

UNIVERSITAS DELINQUERE POTEST*

Evaristo González González
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El objeto del estudio es analizar los graves problemas que plantea la vigencia del viejo apogtegra «*societas delinquere non potest*» y aportar una reelaboración de conceptos de la teoría general del delito susceptible de basar una teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuya validez no se supedita al derecho vigente, sino que se construye a partir de categorías dogmáticas, lo cual avala su capacidad de permanencia, más allá de las concretas previsiones legislativas.

PALABRAS CLAVE: acción, culpabilidad, pena, persona jurídica, delito, responsabilidad, sanción.

ABSTRACT

This work's aim is to analyse the serious matters which causes the force of the old principle «*societas delinquere non potest*», and show a new building of the concepts of the general theory on offence able of basing a theory on corporations' criminal responsibility whose force does not depend on valid law, on the contrary, it is based on dogmatical categories, which assures its ability in order to stay, does not matter of valid law.

KEY WORDS: action, guilt, penalty, corporation, offence, responsibility, sanction.

La cuestión, —insistió Alicia—, es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes (Lewis CARROLL, «A través del espejo y lo que Alicia encontró allí», capítulo VI)

I. REFUTACIÓN DE LAS OBJECIONES DOGMÁTICAS

1. CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia perseveran hoy en afirmar la incapacidad de acción de las personas jurídicas. Evidentemente, si la acción se define en un sentido biológico es imposible que una persona jurídica actúe. Pero pretender que el derecho tiene inexcusable obligación de atenerse con singular escrúpulo al concepto de acción propio de las ciencias naturales resulta tan



absurdo como lo sería exigir de éstas que utilizarasen con corrección técnico-jurídica la palabra «ley»: en ambos casos, el interlocutor ignora lo que significa «polisemia».

Por esta razón, me parece especialmente criticable la postura de Gracia Martín¹, quien considera como único concepto válido de acción el de comportamiento humano voluntario o ejercicio de la voluntad en sentido psicológico. Al referirse a las personas jurídicas distingue, siguiendo a Engisch, entre sujeto de acción y sujeto de imputación: las personas jurídicas no actúan, son sus representantes quienes actúan, cosa distinta es que los efectos de las actuaciones de éstos —sujetos de acción— se imputen a la esfera jurídica de aquélla —sujeto de imputación—, lo cual es aceptable en otras ramas del Derecho, pero no funciona así en el Derecho Penal donde, para que haya castigo la primera condición es que haya acción, y ésta sólo puede realizarla esa persona física representante. Esta postura le lleva, por inferencia lógica, a mantener que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, ni de culpabilidad, ni de peligrosidad y por lo tanto no pueden ser sancionadas ni con penas, ni con medidas de seguridad, ni con sanciones administrativas, conclusiones éstas insostenibles *de lege lata* y *de lege ferenda*, y si parase aquí el argumento, a pesar de no compartirlo, podría reconocerle la virtud de la coherencia a Gracia Martín, pero se traiciona a sí mismo cuando, acaso advirtiendo lo absurdo de allanar el camino a la impunidad de toda conducta societaria, propone aplicar a las personas jurídicas contraventoras no sanciones, sino lo que él llama «consecuencias jurídicas preventivas y reafirmativas», que no serán denominadas sanciones, pero que pueden hacer las delicias de cualquier partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: disoluciones, cierres, suspensiones, prohibiciones, multas, etc. A estas consecuencias les realizo yo dos críticas fundamentales: (1) si no son sanciones, no están sometidas a las garantías constitucionales (legalidad, culpabilidad) del derecho sancionador, y por lo tanto su acogida en el derecho positivo redundaría en una sensible disminución de derechos para aquellos a quienes les fuesen impuestas, lo cual no me parece correcto en un marco jurídico-político de Estado de Derecho; (2) Gracia Martín acuña el término «consecuencias jurídicas preventivas y reafirmativas», ¿y qué es la pena? ¿Por ventura no es posible conceptuar la pena como una consecuencia jurídica del delito que tiende a prevenir éste (preventiva) y a reafirmar el orden jurídico perturbado y el concreto bien jurídico lesionado (reafirmativa)?

* El presente artículo es un extracto del contenido esencial del trabajo que le es homónimo, galardonado con el XIII Premio «Felipe González Vicén» (2002), por el jurado compuesto por los profesores doctores don Eloy Ruiloba Santana (presidente), don Esteban Sola Reche y don Benito Reverón Palenzuela. Han sido omitidos los capítulos acerca de la formación histórica del principio *universitas delinquere non potest*, del derecho comparado, del derecho comunitario europeo y algunos ejemplos por exigencias de la edición.

¹ «Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de la empresa y reforma penal», AP, núm. 16, 1993; «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», AP, núm. 39, 1993.



Finalmente, Gracia Martín habla de una relación de representación entre el sujeto que actúa y la persona jurídica, pero esto manifiesta un claro desconocimiento de la teoría general del derecho mercantil, porque si bien la asociación puede concluir negocios de representación conforme a las disposiciones del Código Civil (art. 1.709 y siguientes) no concurre en la actuación de los órganos —sean uni o pluripersonales— la nota de la alteridad: el mandatario es persona distinta del mandante, pero el órgano no es algo distinto de la persona jurídica, no tiene personalidad jurídica propia, cuando él actúa es la persona jurídica quien actúa y su ámbito de competencias no dimana de un contrato específico, sino de la correspondiente cláusula estatutaria². Esta consideración, que conocen todos los mercantilistas, permite también descalificar las palabras de Rodríguez Mourullo cuando afirma que no es que la persona jurídica «concluya» contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos, pero el fenómeno de la representación no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena, y esta segunda proposición se refuta desde el mismo seno de la dogmática penal, puesto que el autor mediato responde de un acto que se le considera propio aunque éste se realice parcial o totalmente a través de otra persona; empleando las palabras del mismo Mourullo, el coautor no «realiza personalmente la acción conminada con pena».

Por el contrario, si definimos la acción como la evitabilidad individual de la producción de un resultado, resulta totalmente posible fundamentar la capacidad de acción de las personas jurídicas; así lo hace Jakobs³. La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si tuviese un motivo dominante para evitar una determinada acción, la habría evitado. Este concepto presenta la ventaja de abarcar tanto conductas dolosas como culposas, puesto que el reconocimiento de la realización del comportamiento y, eventualmente, de sus consecuencias (en caso de dolo) o la posibilidad de conocimiento individual (en caso de culpa) pertenecen como requisitos de la evitabilidad de la acción y, por lo tanto, al ámbito de lo injusto.

La acción no se comprueba —dice Jakobs— ni siquiera en la persona física, de forma meramente natural, se trata de una determinación valorativa del sujeto de imputación, es decir, de qué sistema compuesto de psique y soma es valorado por sus efectos externos, pero esta psique y este soma, dado que estamos en un nivel valorativo y no biologicista o naturalista, no tienen por qué equipararse de modo inescindible con el cuerpo humano, antes al contrario, el sistema de un sujeto de imputación puede estar determinado por el estatuto y los órganos de una persona

² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: «Instituciones de derecho civil», volumen I. Tecnos, 1995.

³ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: «Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas». Aranzadi, 2000.

jurídica. Para Jakobs, las acciones de un órgano de una persona jurídica realizadas de acuerdo a los estatutos de ésta son acciones propias de la persona jurídica, y la evitabilidad se deberá determinar conforme a las capacidades que se le reconocen al órgano en los estatutos.

2. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La mayoría de la doctrina considera inaplicable a la persona jurídica el concepto de culpabilidad, lo cual tiene la misma causa que la vista en el epígrafe precedente para negar la capacidad de acción: se parte de un concepto de culpabilidad preestablecido sobre el que no se discute y a partir del cual se discute todo. Pero nuestro TC ha señalado que si bien el derecho sancionador debe respetar el principio de culpabilidad, no existe un contenido constitucional de éste. En tal sentido, han sido varios los autores que han afrontado la elaboración de un concepto de culpabilidad susceptible de ser aplicado a la persona jurídica.

El profesor Tiedemann⁴ elabora un concepto de culpabilidad orientado por categorías jurídicas y sociales. El reproche social que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica es la culpabilidad de la organización (*Organizationsverschulden*). La persona jurídica responde de los hechos realizados por individuos como hechos de conexión porque no ha tomado las medidas de cuidado precisas para garantizar una correcta y lícita actividad de empresa, esto siempre y cuando no estemos ante un exceso en la representación.

Por su parte, Hirsch⁵ parte de constatar que en la realidad social es un hecho tanto la aceptación de la culpabilidad de las corporaciones como la formulación de un juicio ético al respecto. En consecuencia, no encuentra obstáculo para realizar un juicio de culpabilidad sobre la persona jurídica.

La tesis de Hirsch permite la siguiente condensación: en primer lugar, debe haber una acción llevada a cabo por un órgano o representante, la acción debe tener una relación funcional con la actividad de la empresa y no se debe tratar de cualquier acción posible dentro de la empresa. La culpabilidad de la persona jurídica se determina a partir de la culpabilidad del órgano que realizó la acción: se trata de analizar si el hecho de conexión pudo haber sido evitado por la persona jurídica, porque la omisión de la evitación es lo que determina, en última instancia, la punición de la persona jurídica, que devendría responsable junto con la persona física concreta que actuó en una responsabilidad cumulativa.

⁴ ARROYO ZAPATERO y KLAUS TIEDEMANN: «Estudios de derecho penal económico», Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 1994.

⁵ Vid. BACIGALUPO SAGESSE: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», Bosch, 1998.

Roxin afirma en su famoso escrito *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970) la necesidad de reconsiderar las premisas de la dogmática penal y sostiene la tesis de que todas las categorías del delito se encuentran en función de cuestiones de política criminal. Así, la tipicidad tiene por objeto realizar el principio *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad tiene por objeto la ponderación de intereses individuales e intereses generales en situaciones de conflicto y la culpabilidad tiene por fin responder, desde consideraciones de prevención general y especial, a la cuestión normativa de si y en qué medida un comportamiento amenazado en principio con pena requiere en determinadas circunstancias una sanción penal. Además, Roxin insiste en distinguir la responsabilidad de la culpabilidad. Los presupuestos de la responsabilidad son la capacidad de culpabilidad, la posibilidad de conocer la ilicitud de la conducta y la normalidad de la situación de la acción, que falta en determinadas formas de delito y en el exceso en la legítima defensa.

La responsabilidad trata de establecer si existen razones que justifiquen imponer pena. La sanción será necesaria si existen exigencias mínimas de prevención general y es idónea para la prevención especial.

A partir de aquí, la culpabilidad es entendida como un actuar contrario a derecho a pesar de la existencia de una receptividad normativa por parte del autor. Por ende, habrá que afirmar la existencia de culpabilidad en un autor que en el momento del hecho podía haber adoptado un comportamiento adecuado a la norma. Si ello es así, la culpabilidad sirve como límite de la pena, es decir, que aunque exista culpabilidad no se debe imponer pena si no existe necesidad preventiva, sea ésta general o especial. La culpabilidad y la prevención se delimitan la una a la otra.

Esta elaboración de Roxin puede servir de base para una exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas si una vez constatada la concurrencia de acción, tipicidad y antijuridicidad consideramos la culpabilidad desde un punto de vista político-criminal como necesidad o no de imponer pena, de manera que la cuestión no sería ya ¿pudo el autor haber obrado de otra manera? Sino, ante este comportamiento antijurídico, esto es, lesivo del orden jurídico sin causa legítima para ello, ¿debe aplicarse pena? ¿Es conveniente desde un punto de vista de prevención general y especial que se aplique una sanción penal?

Jakobs plantea otro concepto de culpabilidad también orientado en criterios de prevención, pero diferente al propugnado por Roxin. Este autor defiende que la culpabilidad, como fundamento para la aplicación de una pena, se refleja en la necesidad de afirmar la vinculación del derecho frente al ciudadano fiel al mismo, por lo que la culpabilidad se debe basar en la prevención general. Si sólo se impone una pena cuando resulta necesaria para el mantenimiento del orden, entonces la culpabilidad sólo es relevante cuando se trata de tal necesidad. Es una cuestión normativa la determinación de quién es el sujeto responsable, y no algo que deba ser analizado desde una perspectiva biológica o psicológica. Por su parte, el quebrantamiento de la norma no es un conflicto relevante para el derecho penal por sus consecuencias lesivas, porque la pena no es una compensación por el daño; es relevante porque supone una negación de la norma y esa negación produce un conflicto social en la medida en que se cuestiona la norma como modelo orientativo de conducta. Dicho en palabras de Jakobs: «el fin del derecho penal es el manteni-

miento de la vigencia de la norma como modelo de orientación del trato social». Pero la vigencia de la norma no tiene por finalidad intimidar a delincuentes potenciales. Los destinatarios de la conminación penal son todas las personas, y en el contexto de la teoría funcionalista de Jakobs, persona significa tener que ejercer un papel, se trata de la representación de una competencia socialmente comprensible, y entendiendo la libertad no como la libertad de la voluntad (*Willensfreiheit*), sino como libertad de autoorganización o autoconducción (*Freiheit zur Selbstverwaltung*). Es perfectamente posible afirmar que la persona jurídica no sólo es persona, sino sujeto del derecho penal, un sujeto libre y por lo tanto capaz de ser infiel al derecho y, si Jakobs define la culpabilidad como «la demostración de la falta de fidelidad al derecho por parte del autor», capaz de ser considerado culpable⁶.

II. REFUTACIÓN DE LAS OBJECIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

1. LA REPRESIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS NO ES TAREA DEL DERECHO PENAL

La represión de actividades ilícitas de las personas jurídicas no es tarea del derecho penal desde el mismo momento que éste se asienta sobre la idea de pena. Ésta resultaría ineficaz tanto en orden a la prevención general (no puede intimidarse a una persona jurídica) como a la prevención especial (no puede haber corrección, ni enmienda, ni arrepentimiento, ni reeducación, ni efecto intimidatorio). Además, la persona jurídica no puede sufrir la pena privativa de libertad, eje de todo el sistema penológico

La eficacia de la prevención general me parece indudable. En el actual estado legislativo, es perfectamente posible que una sociedad incremente su patrimonio a expensas de actividades delictivas realizadas por sus órganos, y en caso de complicaciones no hay problema, los órganos son separados y la sociedad sigue adelante su carrera delictiva. En cambio, si ciertos hechos cometidos por las sociedades se llevan al derecho penal, ya su sola tipificación determinará un efecto beneficioso en el orden socioeconómico, porque sin duda muchas prácticas desaparecerían ante el temor a la sanción penal. Debe pensarse también en la posibilidad de que exista un «cerebro en la sombra» detrás de una organización económicamente poderosa, quien podría ver caer a testaferros innúmero colocados en los órganos de gestión y representación sociales, mientras que él mismo ni es alcanzado por la sanción ni otrosí se ve privado de sus medios criminales. En cuanto a la prevención especial, si bien es cierto que la sociedad no puede ser intimidada, ¿acaso no es cierto que también hay

⁶ GUNTHER JAKOBS: «La imputación en derecho penal» Civitas, 2000; «Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional», Civitas, 2000.

delinquentes a quienes no les causa ningún pavor la sanción penal; debería por ello dejar de castigárseles? Es claro que no. Y aún más, la sanción aplicada únicamente a los individuos que participaron en el hecho delictivo no es justa ni eficaz: en primer lugar, se castiga a quienes generalmente no son sino instrumentos utilizados por la sociedad; en segundo lugar, porque no opera sobre la causa generadora del acto delictivo. La responsabilidad civil es también un medio inadecuado, por insuficiente, para reprimir las infracciones cometidas por personas jurídicas, principalmente porque la acción civil se haría efectiva en las lesiones a derechos patrimoniales particulares o privados, quedando al margen la reparación de daños irrogados a bienes jurídico-públicos no evaluables en dinero. Por lo que a las sanciones administrativas respecta, éstas tienen el inconveniente de que son aplicadas en mayor o menor medida por autoridades políticas y por ello no ofrecen las garantías de investigación y enjuiciamiento que ofrecen la jurisdicción y procedimiento penal. Finalmente, la incompatibilidad lógica entre persona jurídica y privación de libertad deambulatoria es evidente, pero puede trazarse un amplio elenco de penas perfectamente aplicables a las corporaciones: prohibición de operar en determinadas zonas del territorio nacional, disolución de la sociedad, suspensión de actividades por cierto tiempo, obligación de abandonar sus operaciones en España para corporaciones extranjeras, multas, publicación en los medios de comunicación social de la sentencia condenatoria, nombramiento de nuevos administradores, disolución, etc. Como se ve, no es más que un problema de imaginación.

2. LA PERSONALIDAD DE LAS CORPORACIONES

La personalidad de las corporaciones está limitada por el cumplimiento del fin que el Derecho les asigna y como el fin de delinquir no se les reconoce, no pueden cometer delitos (P.A. Feuerbach)

Este argumento apenas necesita contestación, es manifiesto su absurdo; no obstante, valga el siguiente comentario. Si una corporación no puede delinquir porque el Derecho no le reconoce ese fin, entonces también tendremos que negar que una asociación sin ánimo de lucro pueda enriquecerse, porque la Ley no le asigna esa función.

3. LA PERSONA JURÍDICA CARECE DE CAPACIDAD PROCESAL

Cierto es que el enjuiciamiento criminal de las personas jurídicas conlleva problemas procesales, pero éstos no revisten una entidad bastante como para constituir un obstáculo, y buena prueba de ello es que en el derecho británico la *Summary Jurisdiction Act* de 1879 y la *Criminal Justice Act* de 1925 han articulado la actuación procesal penal de las personas jurídicas. A mayor abundamiento, puede recordarse que tampoco las asociaciones de consumidores podían actuar en el proceso civil hasta la Ley 1/2000, y décadas antes podría haber parecido también algo dificultoso. Eso sí, habría que reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. LA PERSONA JURÍDICA NO EXISTE REALMENTE, ES UNA MERA FICCIÓN JURÍDICA

La tesis de la ficción jurídica está hoy ya del todo abandonada y se considera que las personas jurídicas son auténticas realidades jurídicas que ponen de manifiesto una realidad social preexistente con voluntad propia. Además, resulta chocante que se alegue que la persona jurídica es tan sólo una ficción para evitar que se le impongan sanciones penales, pero no para cuando adquiere derechos o contrae obligaciones en otras ramas del Derecho, por ejemplo, cuando se le exige a una empresa el pago del IAE no se le ocurre a nadie decir que ésta es una mera entelequia.

5. EL PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD DE LAS PENAS

El principio de personalidad de las penas impide sancionar a una persona jurídica, porque al hacerlo se castigaría a todos los que la componen, a quienes intervinieron en la ejecución del hecho criminal y a quienes no participaron en él, por lo que la pena sería contraria a la idea de justicia.

Para rebatir este argumento basta con fijar correctamente el sentido de la expresión «personalidad de la pena». La personalidad de la pena quiere decir que ni la responsabilidad penal ni la pena pueden trascender a otras personas y el empleo del adjetivo «personal» no excluye la posibilidad de que el responsable de la infracción penal sea una persona (precisamente, persona) jurídica.

Pero es más, la personalidad de la pena resulta transgredida si se afirma la irresponsabilidad penal de las corporaciones, porque podrían resultar sancionados administradores que en verdad poco o nada han tenido que ver con la producción del hecho delictivo. Y, por otro lado, ¿acaso la imposición de una cuantiosa multa por la Administración no afecta por igual a los socios inocentes y culpables del ilícito administrativo? ¿No ocurre lo mismo en las indemnizaciones civiles y las medidas de seguridad? ¿Quién critica la pena de prisión para cabezas de familia porque paguen justos (mujer e hijos) por pecador (el reo)?

6. LA VÍA IDÓNEA ES LA DOCTRINA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO»

La vía idónea para castigar un comportamiento antijurídico realizado a través de una persona jurídica es la doctrina del «levantamiento del velo», que permite deslindar inocentes de culpables y por lo tanto deja a salvo tanto el principio de personalidad como el de justicia.

El punto de partida de la denominada «doctrina del levantamiento del velo» (*disregard of legal entity or veil lifting* en derecho anglosajón) reside en considerar a la persona jurídica una mera ficción, que sólo debe mantenerse en tanto que sirva al fin para el que fue creada, y no cuando se utiliza para menoscabar intereses ajenos. En esta línea, se considera que se produce un fraude de ley cuando aquella persona (física) a la que se dirige una norma se oculta tras una persona jurídica al objeto de



sustraerse al mandato de dicha norma⁷. La sala primera del TS ha declarado en varias sentencias (por todas, cfr. STS 11/11/95) que «en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, (artículos 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por la vía de la equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo 7.1 Cc), la práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades y sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esta ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (artículo 6.4 Cc), admitiéndose que los jueces puedan penetrar en el interior («levantar el velo») de estas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 Cc) en daño ajeno o de los derechos de los demás, que es fundamento del orden público y de la paz social de acuerdo con el artículo 10 CE». Por supuesto, no duda la doctrina de que el abuso de la forma social deberá probarse fehacientemente en el curso del proceso.

La sala 2ª del TS ha hecho uso de esta técnica en relación al delito fiscal de forma señalada en su sentencia de 20 de mayo de 1996, siguiendo la línea iniciada por la STS de 24 de julio de 1989, donde, en relación con un delito de alzamiento de bienes, declara el ponente, señor Bacigalupo Zapater: «Si la existencia de una persona jurídica es simplemente una forma externa que no implica una verdadera independencia de patrimonios, porque sólo revela una modalidad comercial de las operaciones de un mismo sujeto o sujetos individuales, no cabe hablar de una actuación a nombre de otro.

En tales situaciones, por el contrario, se trata de una actuación en nombre propio, aunque utilizando exteriormente una personalidad jurídica diferente. Una interpretación que tome en cuenta la finalidad perseguida por el legislador de no permitir que, con el amparo de formas jurídicas destinadas a fines ilícitos, se logre la impunidad de comportamientos merecedores de pena [...] no puede sino otorgar preferencia a la situación patrimonial real, pues ésta expresa, en verdad, el sentido jurídico-penalmente relevante de los hechos»⁸.

A mí, por el contrario, me parece totalmente inadecuado el empleo de esta técnica en derecho penal.

En primer lugar, considero que utilizar la técnica del levantamiento del velo en aquellos casos en que la infracción penal aparece como imputable a una persona jurídica conculca el principio de legalidad, porque el legislador ha querido que sean resueltos estos casos mediante la técnica del art. 31 CP y la jurisprudencia no puede ni tiene que soslayar este claro propósito legislativo.

En segundo lugar, esta técnica no es, ni mucho menos, la panacea para las lagunas de punibilidad que produce el art. 31 CP. En efecto, el problema surge cuan-

⁷ GARCÍA COBALEDA: «La doctrina del levantamiento del velo tras la sentencia ‘Marleasing’ del TJCE», AC, núm. 41; 1997.

⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y JARA MERINO: «Levantamiento del velo y delito fiscal», AJA, núm. 264, 1996.



do con fines defraudatorios se forma una sociedad compuesta por varios socios efectivos y otros varios meramente formales, y en el proceso no se alcanza a demostrar, ni siquiera de forma indiciaria, la participación real de cada uno de ellos en la sociedad, o mejor, las cuotas tributarias reales de las distintas personas físicas, cuotas que resultan defraudadas mediante el abuso de la personalidad social. La situación se plantea también en sociedades de accionariado restringido, formadas por personas vinculadas por lazos familiares estrechos o por dependencia laboral (las denominadas sociedades de conveniencia o familiares) cuando no resulta posible demostrar procesalmente cuál es el socio que verdaderamente controla la sociedad, y descartar a los demás socios testaferros que tiene atribuidas participaciones sociales «vacías». ¿Qué puede hacerse en estos casos? ¿Aplicar subsidiariamente el criterio de atribución por partes iguales de las cuotas? ¿No va eso directamente contra el principio de culpabilidad?

Estas elaboraciones jurisprudenciales no hacen sino mostrar los abruptos derroteros por los que acaban transitando los penalistas que se obstinan en negar la capacidad de acción, culpabilidad y pena de las personas jurídicas, con la consiguiente merma de justicia y esto que digo lo ratifico no con palabras mías, sino con un caso que expone el profesor Rodríguez Ramos⁹, no sólo catedrático de derecho penal sino eximio abogado, y que me sirve de colofón:

En una fábrica de armas de una provincia cercana a la villa de Madrid se produce una explosión, que causa la muerte de una obrera y lesiones a otros trabajadores. Sin diligencia de investigación pericial durante la instrucción ni, consecuentemente, en la fase de juicio oral, se formaliza la acusación contra tres personas de tres escalafones jerárquicos bien diversos (director, jefe de producción y capataz), así como contra la sociedad y contra la compañía de seguros como responsables civiles. Tal acusación es la de homicidio y lesiones por imprudencia temeraria, ante la Sección Penal de la Audiencia Provincial. Al no haberse estudiado ni conocido en el proceso las causas de la explosión es evidente que *ex post* resultará imposible saber si se trataba de una causalidad previsible y/o evitable, debiendo en su caso considerarse como fortuita la explosión. Sin embargo, aludiendo a que existía una excesiva acumulación de material peligroso en el lugar del siniestro (cuestión que tampoco se probó), fueron condenadas las tres personas inculpadas como autoras de una falta de imprudencia simple con resultado de muerte y lesiones a una pena simbólica. Recurrida la sentencia en casación, el TS la confirma, y ante la amistosa protesta del abogado de los condenados (el propio profesor Rodríguez Ramos), uno de los magistrados firmantes (conocido suyo) le responde que la protesta está justificada desde un punto de vista dogmático y procesal, pero que razones de justicia material centradas en que las víctimas eran las menos culpables y precisaban rápida indemnización, procedente además no de los reos, sino de la responsabilidad civil subsidiaria, hace preciso condenar a éstos a una pena simbólica.

⁹ «¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», La Ley, núm. 4.136, 1996.

III. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ¿UN SOLO *IUS PUNIENDI*?

1. INJUSTO ADMINISTRATIVO E INJUSTO PENAL

Goldschmidt creyó encontrar una diferencia ontológica entre injusto administrativo e injusto penal en que el derecho penal protege derechos subjetivos o bienes jurídicos, mientras que el derecho administrativo castiga la desobediencia de los mandatos emitidos por la administración. Esta diferencia no es mantenible en la actualidad porque no puede dudarse ni de que el derecho administrativo protege también bienes jurídicos ni de que no sólo reacciona frente a la vulneración de órdenes administrativas —que se plasman en normas de rango reglamentario—, sino también sanciona la infracción de mandatos del legislador.

Rebollo Puig declara que la diferencia entre una sanción administrativa y una penal radica únicamente en el órgano del Estado que las aplica.

Roxin señala que los ilícitos penales y las infracciones administrativas constituyen dos formas de lesión de bienes jurídicos y el criterio para establecer cuándo debe encomendarse la reacción jurídica al derecho penal o al administrativo es el principio de subsidiaridad. El legislador debe recurrir a la sanción administrativa cuando la perturbación social pueda subsanarse de mejor o igual forma que con la imposición de una pena.

En la doctrina alemana se ha llegado a afirmar que la infracción administrativa es un delito que el legislador pretende sancionar fuera del ámbito del derecho penal y cuya sanción es impuesta por la administración. En el derecho positivo de aquella nación este concepto halla su plasmación en el §1 de la Ley de Contravenciones al Orden (*Ordnungswidrigkeitengesetz-OWiG*):

Una infracción administrativa es una acción antijurídica y reprochable que realiza el tipo penal de una ley que permite el castigo por medio de una multa.

Esta identidad sustancial entre los injustos administrativo y penal ha sido acogida en la jurisprudencia del TS desde su sentencia de 9 de febrero de 1972, donde afirma: «...las contravenciones tipificadas (en un reglamento administrativo) se integran en el supraconcepto de ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal...»

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO SANCIONADOR

Aceptada la unidad esencial entre derecho administrativo sancionador y derecho penal, es consecuencia lógica que se produzca una traslación de principios del segundo al primero.

La línea la inicia el TS. La STS de 9 de junio de 1986 pone de manifiesto la necesidad de emplear los «principios valorativos e interpretativos del derecho pe-



nal» como «criterios técnico jurídicos comunes y unitarios» Las SSTs de 16 de diciembre de 1986 y 20 de enero de 1987 declaran vigentes los principios de presunción de inocencia, de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad en un procedimiento administrativo sancionador, y contienen el texto siguiente: «la potestad sancionadora de la administración, [...], ofrece un entorno intrínsecamente penal, obteniendo en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción y desde la audiencia al interesado a la *reformatio in peius*».

El TC afronta por primera vez la cuestión en su sentencia 18/81: «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro TS».

En relación específica al principio de culpabilidad resulta de especial importancia la STC 246/1991, ya que se refiere a su aplicación a las personas jurídicas. De acuerdo con ella:

- La persona jurídica es responsable directa de la sanción administrativa, pues tiene capacidad infractora.
- Los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador porque ambos son manifestación del *ius puniendi* (STC 18/87).
- También lo es el principio de culpabilidad, porque es inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/90).
- Ello no es óbice para la responsabilidad de las personas jurídicas, sino que el principio de culpabilidad «se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto a las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma» (STC 246/1991, FJ 2º).

Podemos extraer tres conclusiones claras de lo dispuesto por el TC: la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad, tiene capacidad infractora y por lo tanto de acción y además puede ser objeto de imputación.

Además, la STC 2/81 sienta la plena aplicabilidad del principio *non bis in idem* cuando entre la sanción administrativa y la penal exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, lo cual se recoge en el art. 133 LRJ-PAC.

Atendiendo por lo tanto a las tesis expuestas, y recordando que el TC es el máximo intérprete de la Constitución y su doctrina de inexcusable seguimiento no sólo para juzgados y tribunales sino para todos los poderes públicos, no puede dejar

de llamar poderosamente la atención el hecho de que una persona jurídica pueda ser sancionada, en el ámbito administrativo y no en el penal si afirmamos, como declara expresamente el TC, la unicidad del derecho sancionador. Esta perplejidad puede apreciarse mejor, y creo que llegar a compartirse, con el examen de algunos ejemplos, véanse los que siguen.

El art. 220 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de ordenación del territorio y espacios naturales protegidos de Canarias, tipifica el vertido no autorizado de residuos y establece un subtipo agravado para el caso de que el vertido se realice al mar o altere las condiciones de un espacio natural protegido o de su entorno, acto que (art. 130 LRJ-PAC) puede ser realizado por una persona jurídica; ¿puede afirmarse de una manera lógica y racionalmente fundada que quien tiene capacidad para hacer esto no la tenga para contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, inyecciones o depósitos en el suelo, subsuelo, aguas terrestres, marítimas o subterráneas (art. 325 CP)?

No se entiende tampoco que la LGT, la cual reconoce capacidad infractora a las personas jurídicas expresamente en su art. 77.3, posibilite la imposición de una sanción grave a una persona jurídica por disfrute indebido de beneficios fiscales en una cuantía de 90.149 euros, mientras que si la cuantía asciende a 90.152 euros constituya ya un delito del art. 305 CP para cuya expiación se buscará una persona física, ¿quien pudo hacer lo primero, no podrá hacer lo segundo?

Pero aún puede verse más claro el absurdo: el art. 79 a) LGT tipifica como infracción grave dejar de ingresar en los plazos reglamentariamente señalados la deuda tributaria en todo o en parte, imaginemos ahora que esta conducta es realizada por una empresa con respecto a la cuota del Impuesto sobre Sociedades, conforme a nuestro derecho positivo si defrauda menos de 90.151'81 euros incurrirá en el tipo del citado art. 79 a) LGT y será multada la sociedad, mientras que si supera esa cifra procederá la aplicación del art. 305 CP y se exigirá responsabilidad a personas físicas por la vía del art. 31 CP; pero la punición de estas personas es algo contrario a justicia por la sencilla razón de que ellas no han defraudado y no han defraudado porque no han podido defraudar y no han podido defraudar porque no son sujetos pasivos del impuesto (art. 7 de la Ley 43/1995); si la sociedad puede ser considerada sujeto pasivo y tiene capacidad para cumplir, como tal sociedad, las obligaciones tributarias, ¿no podrá también violarlas?

IV. ANÁLISIS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. EL ARTÍCULO 31

La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas ha llevado al nacimiento de la teoría de las denominadas «actuaciones en lugar de otro», para colmar lagunas de punibilidad. En este sentido, la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y Urgente, introdujo el art. 15 bis en el Código Penal de 1973. Este artículo

extendía la responsabilidad penal al sujeto que actuaba en nombre de una persona jurídica cuando no concurría en él la condición subjetiva reclamada por el tipo, pero sí en ella.

El art. 15 bis estaba inspirado en el § 14 del StGB, pero le separaban de él dos diferencias notables: (1) extendía la responsabilidad únicamente a los representantes de personas jurídicas, pero no a los de personas físicas; (2) era de aplicación a supuestos de representación no sólo legal, sino también voluntaria.

El art. 31 del Código Penal de 1995 extiende la responsabilidad ya no sólo al que actúa «en representación» (legal o voluntaria) de otro, sino que también deberá responder quien actúe «en nombre» de otro, responderá también el representante de una persona física e incluso el administrador de hecho. La fórmula es más completa que la del código derogado, pero insuficiente en sus objetivos. Y es que a pesar de su, sólo a primera vista, completa y correcta redacción, este artículo plantea serios problemas en la atribución de responsabilidad a quien actúa en nombre o representación de una persona jurídica en casos en que concurren varias sociedades, *ad exemplum*, considérese el siguiente supuesto: la empresa A es designada administradora de la empresa B; para ejercitar esas funciones de gestión en B, la sociedad administradora A puede designar un administrador propio (α) o bien un tercero ajeno a la sociedad (β) y es aquí donde surge el problema, porque si el designado es un tercero, que no pertenece al consejo de administración de A, (β), al mismo no podrá extendersele la responsabilidad, ya que no es administrador de derecho y, como se probará, ni siquiera de hecho del sujeto cualificado conforme al art. 31, (A); muy al contrario, sólo puede ser considerado administrador de hecho en el seno de la empresa B, que es donde ejerce *de facto* actividad de administración, sin embargo, B no es la sociedad cualificada por el tipo.

Procedo ahora a demostrar por qué el tercero designado por la sociedad cualificada que lleva a cabo la acción típica (β) no puede ser considerado administrador de hecho.

Con arreglo al concepto tradicionalmente manejado por la doctrina mercantil, el administrador de hecho es aquel sujeto que ejerce *de facto* los poderes inherentes al puesto de administrador, sin estar regularmente investido para tal fin, ya sea porque ni está ni ha estado nunca legitimado para ello, o bien porque a pesar de haber perdido su condición de administrador de derecho continúa desempeñando funciones propias de administración. Pero la doctrina penal ha declarado administrador de hecho a todo aquel que realiza actos de administración sin ser administrador.

Pues bien, volvamos ahora al supuesto planteado y se observará con nitidez que ni aun acudiendo a este concepto amplio de administrador de hecho podremos sancionar la conducta del tercero (β) designado por la sociedad cualificada (A) que lleva a cabo la acción descrita en el tipo, ya que no realiza ningún tipo de actividad (ni siquiera de hecho) en la sociedad cualificada, su actividad se desarrolla en la sociedad que se le ha encomendado administrar (B). Es cierto que el sujeto representa a la sociedad cualificada (A), pero difícilmente puede decirse que cumple el segundo elemento de la administración, esto es, la gestión, dado que toda su



labor material de gestión la lleva a cabo en la sociedad (B) y no en la empresa cualificada típicamente (A)¹⁰.

Pero esto no es lo más grave, ya que el art. 31 es igualmente ineficaz para resolver situaciones en las que el resultado lesivo es fruto de una sucesión de actos llevados a cabo por una pluralidad de personas que ostentan una o varias competencias compartidas, de tal forma que ninguno de tales sujetos lleva a cabo en su totalidad los elementos objetivos del tipo, y lo peor viene cuando se constata que el art. 31 puede llegar a ser interpretado como una fuente de responsabilidad objetiva, puesto que no exige de un modo explícito y claro que el sujeto que representa al cualificado lleve a cabo la acción descrita en el tipo. En efecto, la STS 30/11/90 condenó al director de una central térmica como autor de un delito contra el medio ambiente del art. 347 bis CP en virtud de lo previsto en el artículo 15 bis CP, ya que el director de la central era el representante de la empresa que realizó los vertidos contaminantes. Con mejor criterio, la STS 3/7/92 absolvió del delito de apropiación indebida del artículo 535 CP al presidente de un consejo de administración cuya empresa se había apropiado indebidamente de la cuota obrera de la seguridad social, sin que de ello tuviese conocimiento el presidente, ni se debiese a negligencia por su parte, en este caso, razonaba (y hacía bien) el tribunal, la falta de acción por parte del imputado no podía ser suplida por aplicación del art. 15 bis.

2. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129

Esta denominación de consecuencias accesorias no tiene antecedentes en derecho penal español hasta la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983. La opción por esta denominación trae causa de las numerosas críticas que había recibido la intitulación de estas mismas medidas como «medidas de seguridad» en el Proyecto de Código Penal de 1980. Y si con anterioridad la doctrina no se había manifestado en profundidad sobre las consecuencias accesorias previstas en los proyectos legislativos, con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 no ha tenido más remedio que enfrentarse a la cuestión.

Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco¹¹ consideran que se trata de penas accesorias, con lo cual se estarían aplicando penas a personas jurídicas.

Para Vázquez Iruzubieta y Mir Puig¹², son consecuencias accesorias especiales que, como el comiso, privan a la persona física del instrumento peligroso que representa en sus manos el instrumento del delito, lo cual me parece desconocer la realidad

¹⁰ Gustavo Javier FERNÁNDEZ TERUELO: «La aplicación jurisprudencial del artículo 31 del Código Penal español», *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, núm. 3, año 2001; «Los delitos societarios en el Código Penal español» Dykinson, 1998.

¹¹ QUINTERO OLIVARES (dir.) / VALLE MUÑOZ (coord.): «Comentarios al Código Penal», Aranzadi, 1996.

¹² *Ibidem*.

sociológica de nuestro tiempo, donde a menudo es más correcto y realista decir que la persona física es un mero instrumento al servicio de la persona jurídica que al revés.

Cerezo Mir¹³ defiende que las consecuencias accesorias tienen carácter administrativo partiendo de afirmar la incapacidad de acción por parte de las personas jurídicas, pero no prueba esto último, y su alegación complementaria de que la responsabilidad civil puede ser impuesta en un proceso penal y por ello nadie se pregunta sobre su posible naturaleza penal es fácilmente rebatible. Cierto es que la pretensión civil es acumulada a la penal, salvo que la parte actora realice reserva expresa, y por lo tanto en un proceso penal un juez penal puede imponer en su sentencia, penal, una indemnización civil, pero esto no tiene por qué ser así, dada la distinta naturaleza de una y otra de las pretensiones ejercitadas en el proceso, mientras que en el caso de las consecuencias tipificadas en el artículo 129, sólo pueden ser impuestas en el seno de un proceso penal, además, estarán condicionadas por el principio de culpabilidad, supondrán la aplicación por el juez de un texto penal (el propio Código) y no de una norma administrativa —mientras que para pronunciarse sobre responsabilidad civil debe atender a la legislación civil—, y, por último, si no existe una diferencia ontológica entre derecho administrativo sancionador y derecho penal, sino que ambos son meras manifestaciones de un mismo *ius puniendi* cuya única diferenciación estriba en los órganos por que son aplicados y la posibilidad de privar, o no, de libertad deambulatoria, ¿no será penal una sanción que aparece recogida en el Código Penal y es aplicada por un órgano jurisdiccional del orden penal?

Gracia Martín, Alastuey Dobón y Boldova Pasamar¹⁴ opinan que estas consecuencias no son sanciones (ni penales ni administrativas) sino simples consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción, que no deben estar condicionadas de ninguna manera por las reglas y principios que sujetan a las consecuencias penales del delito. Las consecuencias accesorias encuentran su fundamento y legitimación en un supuesto de hecho al que le son ajenas por completo tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal de un sujeto determinado. Por esta razón, cualquier supuesto en que no concurren los presupuestos de aplicación de una pena o medida de seguridad no impide en absoluto que, si se dan sus presupuestos propios y específicos, se pueda aplicar una consecuencia accesoria.

Otros autores consideran estéril discutir la naturaleza jurídica de estas consecuencias accesorias y se conforman con aducir que también en otros órdenes jurídicos aparece dicho término, señaladamente, en el alemán. El Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch-StGB*) contiene en su § 45 y siguientes la regulación de las *Nebenfolge*, cuya traducción literal es «consecuencias accesorias» y entre las cuales figuran la inhabilitación para cargo público y la privación del derecho de sufragio activo y pasivo. La denominación de consecuencias accesorias se contrapone a la de penas accesorias (*Nebenstrafen*) y a las medidas de seguridad, y pone de manifiesto que se

¹³ «Curso de derecho penal - Parte General. I», Tecnos, 1999.

¹⁴ «Las consecuencias jurídicas del delito», Tirant lo Blanch, 1999.

trata de sanciones de tipo especial que se encuentran relacionadas automáticamente con la condena a una pena en virtud de lo establecido en la ley o que pueden ser ordenadas especialmente por una resolución judicial, cuando su aplicación sea facultativa para el Tribunal.

Por el contrario, si tomamos el *Nouveau Code Pénal* francés comprobamos que las establece en su artículo 132 como penas. ¿Debe esto llevar a la conclusión de que la naturaleza jurídica de las denominadas «consecuencias accesorias» depende de lo que diga el legislador, nacional o extranjero? No parece razonable. ¿Desde cuándo la dogmática subordina sus elaboraciones a los términos que acuña el legislador?

Zugaldía Espinar¹⁵ estima que la respuesta a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas requiere ser acorde con los principios constitucionales que disciplinan el ejercicio del *ius puniendi*, y la única manera de lograr esta conformidad es considerar que las denominadas consecuencias accesorias no son más que penas en sentido estricto. El razonamiento de este autor es el que sigue:

- En primer lugar, las consecuencias accesorias no son instrumentos reparatorios civiles, dado que su finalidad no es reequilibrar el patrimonio y, por otro lado, la responsabilidad civil que deriva de los daños irrogados con motivo de la comisión de un delito o falta es regulada con rango de ley ordinaria según establece la disposición final 6ª del Código Penal, en tanto que el art. 129 tiene carácter de Ley Orgánica.
- En segundo lugar, las consecuencias accesorias tampoco pueden revestir el carácter de sanciones administrativas, porque si bien el juez penal puede imponer sanciones administrativas, extrañas serían las sanciones administrativas previstas en ley penal como consecuencia de una infracción penal.
- En tercer lugar, es inadmisibles calificarlas de consecuencias jurídicas preventivas reafirmativas, porque supone sortear las garantías constitucionales que requiere una sanción.
- En cuarto lugar, tampoco es correcto considerarlas sanciones que privan a la persona física del instrumento del delito, pues implica que la persona jurídica es un «objeto» y de ser así la consecuencia accesoria sólo debería afectar a la persona física, pero no a la persona jurídica, que es un tercero.
- En quinto lugar, demostrado que se trata de sanciones penales, hay que afirmar su carácter de penas y no de medidas de seguridad, puesto que la pena es aquella sanción penal cuyo presupuesto y límite es el principio de culpabilidad y el TC ha indicado que la sanción a una persona jurídica exige su propia acción y su propia culpabilidad.

¹⁵ «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula *societas delinquere non potest*», CPC, núm. 11, 1980. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», CPC, núm. 25, 1994. «Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas», PJ, núm. 46, 1997.

En consecuencia, considera de aplicación a las consecuencias accesorias las reglas de prescripción (art. 133 CP), que su incumplimiento supone un delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP, vía art. 31 CP) y que la condena de una persona jurídica a una consecuencia accesoria puede hacer derivar su responsabilidad civil directa (art. 116 CP).

Asimismo, Zugaldía ha elaborado los criterios objetivos de imputación que a su entender deben tenerse en consideración para poder llevar a cabo una aplicación garantista del art. 129 respecto a las personas jurídicas:

La acción de la persona jurídica se determina en función de los siguientes extremos:

- 1) La persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario.
- 2) La acción de la persona física ha de aparecer en el contexto social como propia de la persona jurídica.
- 3) La persona física debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica.

En virtud del principio de culpabilidad, no se podrá imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica si:

- 1) La persona jurídica no ha omitido la adopción de ninguna de las medidas de precaución previstas para garantizar el desarrollo legal de la actividad de la empresa.
- 2) El órgano actuante no ha sido elegido por la persona jurídica, sino impuesto por un tercero.
- 3) En la realización del hecho no ha habido ni dolo ni culpa de la propia persona jurídica.

Por último, afirma Zugaldía que las consecuencias accesorias son accesorias en el sentido de la participación criminal, lo cual significa que se puede imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica si el órgano actuante obra de modo ilícito pero no culpable, siempre que la persona jurídica haya actuado al menos de forma culpable. Por otra parte, si la persona física que comete el delito actúa con dolo y la persona jurídica interviene sólo a título de *culpa in eligendo vel in vigilando*, la imposición de la consecuencia accesoria a la persona jurídica sólo será posible si el delito en cuestión es punible en su modalidad imprudente.

Esta perspectiva representa un gran paso en aras a establecer un sistema de responsabilidad directa de las personas jurídicas, pero no puedo de ningún modo concordar con Zugaldía en que el Código Penal de 1995 haya derogado el principio *societas delinquere non potest*. Estoy de acuerdo con él en que las denominadas consecuencias accesorias del art. 129 deben tener la consideración de penas y ello por razones que ya he aducido líneas antes, pero discrepo ampliamente en el sentido de que el CP consagre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es de resaltar que el art. 129.1 dice «El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código,



y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, *podrá* imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: ...» (el subrayado es mío). Por lo tanto, no puede considerarse que el Código atribuya responsabilidad penal a las personas jurídicas, porque las consecuencias del art. 129 carecen del carácter de necesidad propio de la pena, así, cuando alguien matare a otro «será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años» (art. 138 CP), y no, «podrá ser castigado»; cuestión distinta es que la pena sea única (como la vista, art. 138 CP), cumulativa (por ejemplo «el que incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses»; art. 356 CP) o alternativa (p. ej. «el que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses»; art. 183.1 CP).

Por lo tanto, es cierto que el Código permite la punición de personas jurídicas, pero sólo permite, y resultaría perfectamente posible no imponer jamás las consecuencias accesorias del art. 129 durante todo el período de vigencia del texto actual, ¿podría entonces afirmarse que el Código había derogado el principio *societas delinquere non potest*? Y sin embargo sería el mismo texto. Además, si esto fuese así, ¿qué sentido tendría la presencia del art. 31? Zugaldía no duda en responder que este artículo es una cláusula de extensión de responsabilidad que se utiliza para punir a una persona física cuando comete un delito especial y no concurre en ella la circunstancia cualificada de *intrañeus*, pero sí en la persona jurídica en cuyo nombre actúa, pero esto contradice su proclamación de que el Código pena a las personas jurídicas, porque, entonces, si cuando una persona jurídica comete un delito especial no es castigada ella sino su representante, al que se transfiere *ope legis* la cualidad de *intrañeus*, ¿por qué es ella castigada cuando el delito es común?, ¿es que la capacidad infractora es distinta? Parece a todas luces más correcto afirmar que el art. 31 lo que consagra es precisamente la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, permitiendo únicamente el procesamiento de sus representantes, que además no podrán ser penados, por exigencias constitucionales, si no son hallados culpables en el sentido jurídico-penal de la expresión. Así es como yo interpreto el nexo disyuntivo «aunque» del art. 31: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.» Por lo tanto, el que actúe como administrador o representante responde incluso si faltaren en él las cualidades necesarias para ser considerado autor. Lo que hace la proposición que sigue al término «aunque» no es más que permitir la aplicación sin trabas del precepto a los delitos especiales.

Es en este sentido que señalo en el que también lo entiende la jurisprudencia, y para muestra baste la siguiente: en el mes de noviembre del año 2001 la Audiencia Provincial de Sevilla ha dado por terminado el denominado «caso Aznalcollar» y estima que no hay responsabilidades, éste es un caso de delito contra los

recursos naturales y el medio ambiente, que no es delito especial, y sin embargo ha sido aplicado el art. 31, que precisamente es la causa de la exención de responsabilidades, porque no ha podido constatarse la presencia de dolo o culpa en los administradores de la empresa sueca «Boliden».

En conclusión, me parece que las tesis del profesor Zugaldía no se corresponden con la realidad y comete un exceso de euforia al afirmar la derogación del principio *societas delinquere non potest*, puesto que no es así. No resulta baladí recordar la frase del magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Charles Hugh Evans, pronunciada en una conferencia en 1824, «Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es».

V. MODELO PROPUESTO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sociedad actual ha sido calificada como una sociedad de riesgo. El riesgo es un elemento presente en la vida cotidiana de las naciones más desarrolladas que no puede ser proscrito bajo pena de retroceso socioeconómico, pero que sí debe ser controlado y circunscrito a determinados umbrales cuantitativos y cualitativos en pro de la salud pública. El riesgo es aportado mayoritariamente no ya por las personas naturales, sino por las personas jurídicas. En efecto, desde una perspectiva social es innegable que las personas jurídicas contaminan ríos, lagos y mares, lanzan al mercado productos defectuosos nocivos para el organismo humano, etc., y sin embargo, el derecho penal les niega la cualidad de agente y dirige su sanción contra la persona física; pero, ésta es la cuestión, ¿contra qué persona física? La moderna empresa puede caracterizarse como un entramado de relaciones horizontales y verticales orientadas conforme a los principios de jerarquía y división del trabajo, lo cual dificulta muy mucho no ya que pueda encontrarse al sujeto físico concretamente responsable, sino incluso que podamos hablar de él, pues decisión y acción no tienen por qué concurrir en un mismo individuo, y aún podemos hablar de otra dificultad, cual es la siguiente: que un trabajador pueda llegar a declararse culpable y afrontar una pena de multa para no perder su empleo o no ver perjudicada a su familia. Está claro, como dice Schünemann, que este modelo de empresa conduce a una «irresponsabilidad organizada», y para ello baste un sencillo ejemplo: una empresa realiza vertidos en un río cuya ilicitud deriva no de su existencia sino de su volumen; el consejo de administración ignora estas actuaciones, el ingeniero encargado de los vertidos se limita a seguir la práctica que le indicó su antecesor en el cargo, desconociendo el carácter ilícito del acto, y el operario que abre la compuerta se limita a cumplir las órdenes del ingeniero porque ni siquiera tiene cursados estudios primarios, ¿quién es aquí el culpable?

Otro problema no menos peliagudo se plantea en el ámbito del nexo causal.

Es bien sabido que para imputar la responsabilidad penal debe constatarse un nexo causal entre el resultado nocivo y la acción del sujeto, pero en el supuesto de daños causados por productos defectuosos, ¿cómo y con quién se establece ese

nexo causal? La pregunta no tiene fácil solución, y la jurisprudencia ha querido contestarla de una manera muy criticable, estableciendo profusamente deberes de cuidado y posiciones de garante. Considérese, por ejemplo, el denominado «caso de la colza»¹⁶. Los hechos fueron, aproximadamente, los que siguen: En mayo de 1981 se descubre un brote epidémico, cuyas lesiones corresponden a una neumonía intersticial, lo cual hace presumir que la enfermedad se transmite por vía respiratoria, por lo que inicialmente se habla de «neumonía atípica», cuya causa se busca primero en un posible accidente relacionado con armas bacteriológicas producido en la base militar estadounidense de Torrejón de Ardoz (lugar primero de detección de la enfermedad), pero se maneja también desde el primer momento la hipótesis de una intoxicación alimentaria; las investigaciones policiales revelan que en los años 1980 y 1981 se había distribuido para consumo humano aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%, aceite que era importado legalmente de Francia con la exigencia de no ser destinado al consumo humano, sino a la industria siderúrgica y para asegurar que no se destinaría al consumo bucal las autoridades administrativas ordenaban desnaturalizar los caracteres organolépticos del aceite mediante varios productos entre los que destacaba la anilina al 2%. Pues bien, a partir de 1980, la empresa RAPSA comienza a incrementar notablemente las cantidades de aceite de colza que importa de Francia. Este incremento se produce a raíz de conversaciones entre el director y gestor de RAPSA (Juan Miguel Bengoechea), Jorge Pich, y el administrador y el director gerente de Raelca (Enrique Salomó y Ramón Ferrero). RAPSA vende a Pich, Salomó y Ferrero aceite que éstos destinan al consumo humano. Salomó, con la mediación de Pich, recibe de RAPSA aceite de colza desnaturalizado que es refinado por Alabart, eliminando la anilina, para destinarlo al consumo humano. Alabart distribuye ese aceite entre muchas empresas dedicadas al aceite de consumo de boca, la mayoría de las cuales ignoran que se trata de aceite de colza desnaturalizado, y muchos responsables son condenados por estafa, pues conocían que el aceite no era de la clase y calidad atribuidas. En los meses de enero y febrero Alabart realiza al menos 9 envíos de «aceite refinado de semillas» —en el que había introducido aceite desnaturalizado del remitido por RAPSA a Salomó— a Raelca. Posteriormente, RAPSA envía directamente a Raelca un total de 110.259 kg de aceite de colza en cinco envíos distintos, que Raelca envía para su refinado a las factorías ITH y Danesa Bau, S.A. Los envíos a estas empresas se hacen bajo las denominaciones «colza», «aceite de semillas crudo» o «aceite de colza crudo». Una vez refinado, Raelca distribuye el aceite para consumo humano. Resultado, 330 muertes y 15.000 damnificados. En sentencia de 23 de abril de 1992, el TS rechaza

¹⁶ PAREDES CASTAÑÓN: «Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del 'caso de la colza'», PJ, núm. 47, 1994. NÚÑEZ CASTAÑO: «Responsabilidad penal en la empresa», Tirant lo Blanch, 2000. MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.): «Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad por el producto», Bosch, 1996.



el recurso interpuesto por don Ramón Ferrero López. El recurso argumentaba que no puede aceptarse la tesis de que la actuación del condenado al frente de «Raelca S.A.» fuese negligente, como la califica la sentencia de instancia, puesto que la comercialización de aceite respetó cuidadosamente los trámites exigidos por la reglamentación administrativa vigente, y no puede calificarse de negligente la conducta del reo si no se especifican los deberes incumplidos, alega, por ello, que los incumplimientos de deberes se producen en otros ámbitos de responsabilidad, ya que todos aquellos que suministraron aceite de colza a Ramón Ferrero tenían perfecto conocimiento de que éste se dedicaba al comercio de aceite comestible y además el refinado del aceite corría a cargo de terceras empresas; por todo ello, el resultado efectivamente producido era completamente imprevisible *ex ante* para el procesado. Pero el TS rechaza completamente el recurso y su argumentación puede resumirse en los siguientes puntos:

- El cumplimiento de los requisitos administrativos no es por sí mismo suficiente para eximir por completo de responsabilidad penal.
- El criterio determinante del alcance de la obligación de adoptar medidas de cuidado está constituido por «las expectativas del consumidor: el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable». Es decir, que el productor estará obligado a adoptar medidas de cuidado extraordinarias, agotando todas las investigaciones y análisis para descartar todo posible peligro. Y a esta obligatoriedad de las medidas extraordinarias de cuidado no empece la circunstancia de que, en el momento de suceder los hechos, las mismas no estuviesen explicitadas en la reglamentación administrativa, porque resultaban deducibles del deber general de diligencia establecido por el artículo 1.104 Cc.

Esta decisión abona la opinión de quienes consideran que existe un deber de actuar hasta el límite de las propias capacidades (Stratenwerth, Jakobs, Mir Puig, Silva Sánchez, Bacigalupo Zapater...), pero yo convengo plenamente con Paredes Castañón en que una exigencia de tal magnitud es absolutamente inaceptable para la conciencia jurídica socialmente dominante, la punición de un sujeto que ha cumplido con lo estipulado para la posición que ocupa es un exceso de intervención penal que choca frontalmente con los principios que se desprenden del Estado social y democrático de Derecho.

Es de trascendental importancia considerar también si el recurrente, director de la empresa comercializadora del aceite, tenía derecho a confiar en la diligencia de las otras empresas que colaboraban en el proyecto empresarial. Lo primero que debe traerse a colación es el «principio de confianza», cuyo efecto limitador del alcance del «deber de cuidado» es generalmente aceptado para aquellos casos en los que cada uno de los sujetos que contribuyen causalmente a la producción de un resultado dañino obra por separado y sin acuerdo previo, circunstancia la cual hace difícilmente previsible para cada uno de los intervinientes la conducta imprudente del otro; de modo que, al final, el grado en que la conducta de cada sujeto es





juzgada como negligente no se hace depender en absoluto de tales conductas de los demás, realizándose la comparación únicamente entre la conducta efectiva del imputado y aquella que debería haber realizado si todos los intervinientes se hubiesen conducido adecuadamente, y si esto se acepta para el caso aquí traído sólo podría atribuírsele responsabilidad penal al señor Ferrero López aplicando la figura de la *culpa in vigilando*. Siguiendo nuevamente a Paredes Castañón, es aplicable a la posición del director de un proyecto la figura del «principio de confianza», así, dicho director sólo será responsable por delito de resultado en virtud de *culpa in vigilando* cuando en el seno del correspondiente sector del tráfico jurídico exista una expectativa tal en torno a su actuación de control de las actividades de subordinados, suministradores, etc., que conviertan ese incumplimiento del deber de vigilancia en una auténtica fuente de riesgo, idéntica en su potencia a la constituida por la realización de una conducta activa de creación de peligro. Y en la inmensa mayoría de las ocasiones es imposible decir que el director de la empresa que incumple su deber de controlar la calidad del producto ha matado, lesionado, etc., igual que quien proporcionó o produjo la sustancia lesiva; a lo sumo, se le podrá responsabilizar de un delito de omisión propia si éste existe o como partícipe en comisión por omisión si obra dolosamente.

Así pues, el «caso de la colza» me parece un exponente nítido de las dificultades con que tropieza la imputación penal en las relaciones jurídicas que se desarrollan en la moderna sociedad de riesgo y cuya característica básica consiste en la actuación de personas jurídicas cuyas acciones u omisiones pueden, eventualmente, irrogar daños a una multiplicidad de sujetos pasivos por la lesión de múltiples bienes jurídicos individuales o causar lo que podríamos denominar un «daño general o social» como consecuencia de la lesión a un bien jurídico colectivo.

Pero la problemática no se agota, porque junto a casos como éste tenemos otros en que la persona jurídica parece dedicarse a lícitas actividades mientras que sus verdaderas, y ocultas, actuaciones son constitutivas de delito y ya en el supuesto más grave nos encontramos con organizaciones criminales que pese a no estar inscritas en ningún registro y carecer de personalidad jurídica funcionan de modo similar a las asociaciones, con la nota diferencial de que se colocan conscientemente al margen y en contra del derecho. En estos casos me parece especialmente indudable la conveniencia político-criminal de atribuir responsabilidad penal a la organización.

2. PERSONAS JURÍDICAS A LAS QUE DEBE ATRIBUIRSE RESPONSABILIDAD PENAL

El Código Civil recoge como personas jurídicas en su artículo 35 las siguientes figuras:

- 1) Las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones de interés público reconocidas por la ley.
- 2) Las asociaciones de interés particular, civiles o mercantiles, a las que la ley conceda personalidad propia.

En todo caso, esta personalidad se extingue con la liquidación y disolución, que sería causa de extinción de la responsabilidad penal para la entidad, pero no para sus integrantes.

2.1. *Asociaciones de derecho civil*

Una asociación de derecho civil se caracteriza por funcionar de forma organizada por un estatuto, actúa como unidad y posee un órgano directivo, usualmente formado por presidente, vicepresidente, secretario, vicesecretario, tesorero y vocales. La nota definitoria es que no persigue ánimo de lucro, por contraste con la sociedad mercantil. La existencia de personalidad jurídica propia y de patrimonio social me parecen elementos bastantes para poder considerar a estas asociaciones destinatarios de la ley penal.

2.2. *Fundaciones*

La ley de fundaciones de 26 de diciembre del año 2002 las define como «organizaciones constituidas sin fin de lucro que por voluntad de sus creadores tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general» (núm. 1º del artículo 2). La actuación como unidad y la presencia de un patrimonio social me determinan a conferir la responsabilidad penal.

2.3. *Sociedades mercantiles*

Dentro de la variada tipología de sociedades mercantiles que nuestra legislación vigente reconoce, considero que toda sociedad mercantil que reúna un capital social y tenga personalidad jurídica propia diferente de sus miembros debe ser considerada destinataria de la norma penal, lo cual excluye a las compañías colectivas, y ello porque en éstas todos los socios están obligados personal y solidariamente con todos sus bienes por las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla (art. 127 Cco); por lo tanto, no se trata de una sociedad cuya característica sea la distinción entre su personalidad y la de sus socios.

2.4. *Sociedades en fase de constitución y sociedades de hecho (irregulares)*

La sociedad en fase de constitución debe ser considerada responsable penal si tiene ya una cierta estructura que permita ser percibida por los terceros como una unidad.

La sociedad de hecho es aquella persona jurídica cuya actividad como sociedad se basa en una deficiente base jurídica. Las sociedades irregulares aparecen



en el tráfico jurídico como sociedades formalmente constituidas, pero carecen de todos los requisitos jurídicos de su constitución.

2.5. *Personas jurídicas de derecho público*

En nuestro derecho son personas jurídicas de derecho público las Cámaras oficiales de comercio, industria y navegación, los Colegios profesionales, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, el municipio, la isla, la provincia, la comunidad autónoma y el Estado.

En mi opinión, todas estas personas jurídicas deben considerarse dotadas de responsabilidad penal sin exclusión alguna, porque no puede negarse a ninguna capacidad para infringir preceptos penales. En contra de mi posición, hay quien alega que el Estado no puede ser objeto de sanción penal porque no puede castigarse a sí mismo, pues el ejercicio de la función jurisdiccional es una emanación de la soberanía y ésta se proyecta desde el Estado, pero en ningún caso sobre el Estado, y en el terreno práctico se aduce con gran satisfacción que no puede imponerse sanción al Estado porque la pagarían todos los ciudadanos mediante sus respectivas cuotas tributarias.

Sin embargo, creo que todos y cada uno de estos argumentos pueden rebatirse sin gran dificultad.

La punición de las personas jurídico-públicas no es una propuesta que podamos caracterizar como revolucionaria, puesto que ya se lleva a cabo en Francia, Países Bajos, Noruega, etc., afectando la polémica únicamente al Estado, cuya punición, como se ha visto, es rechazada en Francia y Países Bajos, pero aceptada en Noruega. Para mí, esta responsabilidad es una consecuencia insoslayable del Estado de Derecho, donde todo poder debe someterse al imperio de la ley, y si bien es cierto que el Estado es algo distinto de los tres poderes en que se encarna, no es menos cierto que actúa a través de ellos y que posee un patrimonio y un capital propios, como también es factible que el aparato del Estado pueda perpetrar delitos. Y el argumento de que la imposición de una pena pecuniaria al Estado sería pagada por todos los ciudadanos desconoce la existencia de la responsabilidad administrativa de aquél, porque, en efecto, se imponen multas administrativas al Estado, ¿qué sucede, es que éstas no son pagadas, al fin y al cabo, con la recaudación tributaria?, ¿o es que por ello van a defender estos autores que el Estado no responda en vía administrativa? Y entonces, ¿cómo respondería de sus actos?, ¿en vía civil?, ¿es que no saldrían las indemnizaciones de los tributos? Evidentemente, el argumento no conduce más que a la irresponsabilidad absoluta del Estado.

3. ELEMENTOS DEL DELITO

3.1. *¿Cuándo puede hablarse de acción u omisión de una persona jurídica?*

Una persona jurídica actúa por medio de sus órganos y podrá decirse que una actuación le es propia cuando se trate de actos realizados por sus órganos o

representantes regulares, siempre que se hallaren dentro del ámbito de sus atribuciones, y con exclusión de que esos representantes hayan sido impuestos por una intervención judicial o de que la acción del tercero determine la ruptura del nexo causal, de acuerdo a los criterios generales del derecho penal.

Algunos han propuesto¹⁷ (es el caso del Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala¹⁸ de 1991) que además el acto debe insertarse dentro del giro o tráfico propio de la persona jurídica, pero esto supone desconocer el fenómeno del crimen organizado, donde el objeto estatutario y aparente de la actividad societaria puede ser bien disímil del objeto verdadero, e ilícito: por ejemplo, una empresa que se dedica al negocio del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, actividad que figura en sus estatutos como objeto social y que es efectivamente ejercida por una pléyade de asalariados, pero que además, y de forma clandestina por lo ilícito, introduce sustancias estupefacientes desde el Norte de África en Europa y media en la compraventa internacional de armas a cambio de comisiones; en un determinado momento, es detenido un miembro de la sociedad, no importa su escalafón, en una cala dirigiendo un desembarco de subfusiles, en este caso, la aplicación de un criterio como el propuesto por el Proyecto de Código Penal para Guatemala impediría o al menos dificultaría muy mucho proceder contra la persona jurídica, resultando más conveniente para la represión del crimen organizado aceptar que una situación como la descrita permita dirigir una instrucción judicial contra la persona jurídica a efectos de verificar cuál es su actividad real.

En cuanto a la omisión, se hablará de tal cuando la persona jurídica estuviese legalmente obligada a realizar un acto, hubiese aceptado formalmente ese deber o dicha obligación surgiese de un acto ilícito precedente de esa misma persona o de otra vinculada con ella.

3.1.1. Supuestos de transformación de sociedades

El cambio en la forma societaria no debe excluir la imposición de una sanción a una nueva sociedad, aunque el hecho punible haya tenido lugar durante la existencia de la sociedad anterior. Para ello, la sociedad anterior debe estar comprendida en el círculo de destinatarios de la ley penal, porque de lo contrario se produciría una aplicación retroactiva ilícita, de la ley penal, y la nueva sociedad ha de ser idéntica a la anterior. Estos dos presupuestos deben constatarse del siguiente modo:

¹⁷ MAIER/BINDER (coords.): «El derecho penal hoy», Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1995.

¹⁸ Los autores del Proyecto fueron los profesores guatemaltecos Hugo Pellecer Robles, Mario Guillermo Ruiz Wong, Héctor Hugo Pérez Aguilera, Luis Alberto Cordón y Cordón, Julio Ernesto Morales Pérez, Héctor Aníbal De León Velasco, Gonzalo Menéndez de la Riva y Luis Fernando Monroy Mairén, dirigidos por el profesor argentino David Baigún y actuando como secretario el también argentino profesor Julio Maier.





Para determinar el momento en que se produce la acción ha de estarse a la consumación y no al agotamiento del delito. Por ejemplo, si un miembro de una compañía colectiva comete un delito económico, pero el enriquecimiento se produce a favor de la sociedad comanditaria por acciones que posteriormente se constituye, no será ésta la que deba recibir el reproche penal, sino la persona que comió el delito. Cuestión distinta se plantea cuando ambas sociedades son destinatarias de la conminación penal, en cuyo caso lo relevante es determinar si se da identidad entre la sociedad que comete el ilícito y la que posteriormente le sucede. Para apreciar si existe identidad entre las sociedades hay que atender al caso concreto. Ello debe dificultar que un cambio circunstancial de la forma jurídica impida la punición, lo cual, además, constituiría un claro fraude de ley. Por la misma razón, el cambio de forma jurídica durante el proceso no puede ni debe conducir a una suspensión o cancelación de éste, que continuará contra la nueva sociedad constituida sin que resulten afectados los plazos, ni los procesales, ni los sustantivos de prescripción y caducidad. Es más, si la transformación de la sociedad puede, por el motivo que fuere (por ejemplo introducción de un número considerable de nuevos socios o mudanza en los órganos de gestión y administración), entorpecer el curso del proceso, el juzgador puede tener por no producida la mutación y continuar entendiendo las actuaciones con quienes han venido obrando en representación de la persona jurídica por aplicación de la doctrina del fraude de ley.

En los casos específicos de la sociedad en fase de constitución y de la sociedad irregular, debe considerarse que la sociedad con capacidad jurídica es prolongación de la primera (y por lo tanto, idéntica) y la sociedad cuya situación jurídica se regulariza es idéntica a la segunda.

3.2. *Dolo y culpa en la persona jurídica*

El dolo —conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo— debe apreciarse cuando el órgano o representante singular actúa con dolo. En el caso de una persona física representante no merece mayores consideraciones la prueba del mismo, que se imputará a la persona jurídica por la condición que en este caso tendrá la persona física de ser su *alter ego*. Para el caso de la existencia de un órgano colegiado al que compete tomar la decisión de que dimana el ilícito, deberá predicarse dolo de la sociedad cuando el órgano haya tomado decisión válida y mayoritaria de emprender la acción punible u omitir, por el motivo que sea, la obligación debida.

Este dolo de la sociedad, y por el que deberá responder ella en cuanto tal, cursará con el dolo de los consejeros o administradores que hayan votado a favor del acto ilícito y de los que se hayan abstenido, quedando a salvo los ausentes por causa legítima y los opositores al acuerdo, no siendo necesario la previa condena de las personas físicas para condenar a la sociedad ni tampoco a la inversa.

La culpa debe apreciarse cuando se produce, en expresión de Tiedemann, un «defecto de organización»: cuando la sociedad ha sido negligente en la adopción de medidas de cuidado exigibles.

El procesamiento de la persona jurídica es otro punto donde los defensores de su irresponsabilidad penal aprovechan para poner trabas, pero hay que ser un acólito verdaderamente fanático de Lundsted para negar que una persona jurídica pueda ser constituida como posición pasiva en un proceso penal. Evidentemente — incluso, perogrullescamente—, la persona jurídica nunca podrá «sentarse en el banquillo», ni, en puridad, «ser interrogada», pero determinar la idoneidad de la persona jurídica para ser objeto de procesamiento no puede partir de consideraciones fenoménicas como las expuestas; por el contrario, ha de atenderse a si pueden garantizarse a la persona jurídica las garantías que deben inspirar todo proceso penal. Las garantías a que me refiero no son otras que las contenidas en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁹, datado en 4 de noviembre de 1950 y vigente para España desde 26 de septiembre de 1979. Estas garantías pueden ser perfectamente respetadas en un proceso seguido contra una persona jurídica, como ha afirmado en reiteradas ocasiones el Tribunal de La Haya en relación a la legislación neerlandesa. Por la persona jurídica actuará quien legalmente la represente, que, por supuesto, deberá aportar la documentación acreditativa de esa representación que ostenta. Si la representación estuviese atribuida a varias personas de forma conjunta, deberán designar a una de ellas para que actúe ante el órgano jurisdiccional. Si durante la tramitación

¹⁹ 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exija o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.



del proceso se destituye al representante, podrá entrar al proceso el nuevo representante, produciéndose una sucesión procesal, pero éste no podrá contradecir ni atacar lo declarado o probado por su predecesor, en virtud del principio de adquisición procesal. Debe tenerse en cuenta para comprender adecuadamente estas cuestiones que el representante no está hablando por sí y de sí, sino que está ejerciendo de *alter ego* de la sociedad, en esos momentos, él «es» la sociedad y su actuación debe ceñirse a describir aquello de que la sociedad tuvo conocimiento, lo que la sociedad hizo, etc., sin que tengan lugar las apreciaciones subjetivas. Singular problema puede plantear que, notificada la sociedad correctamente, comparezcan los imputados a título individual pero no acuda ante la sala de justicia el representante de la sociedad, que también es imputada, y peor aún si éste sale del país, caso extremo en el que me parece correcto, y así lo acepta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la condena en rebeldía de la sociedad si ésta no designa en un plazo judicialmente fijado un nuevo representante.

5. SISTEMA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las penas que pueden imponerse a la persona jurídica son más de las que podría parecer a primera vista. Sin ánimo de exhaustividad, y considerando esta cuestión como abierta por naturaleza, yo propongo el siguiente elenco:

- a) Multa pecuniaria.
- b) Suspensión total o parcial de las actividades.
- c) Disolución.
- d) Pérdida de beneficios fiscales.
- e) Inhabilitación para la percepción de subvenciones y ayudas públicas.
- f) Publicidad de la sentencia condenatoria.
- g) Realización de prestaciones obligatorias.

Aunque los autores que han tratado la responsabilidad penal de las personas jurídicas han centrado sus consideraciones penológicas en la multa o sanción pecuniaria, estoy firmemente convencido de que las exigencias de la prevención general impelen a potenciar lo que el Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala denomina realización de prestaciones obligatorias y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América trabajos en beneficio de la comunidad. Ambos términos hacen referencia a una misma realidad: sancionar a la persona jurídica culpable con una parcial ablación de su libertad de empresa compeliéndola a ejecutar una serie de actos en beneficio de la comunidad ciudadana con apercibimiento de que su irrealización en el término estipulado judicialmente en la correspondiente sentencia implicará un delito de quebrantamiento de condena que acarreará consecuencias de mayor gravedad.

El fundamento dogmático —o incluso, si se quiere, filosófico— es de bien fácil exposición: dotada la persona jurídica de libertad de autoorganizar su ámbito de actuaciones internas y externas, debe ejercer esa libertad dentro del respeto a la





libertad de los demás sujetos, ya sean éstos personas físicas o jurídicas, en términos kantianos afirmaremos que la persona jurídica puede realizar su *liberum arbitrium* pero nunca su *arbitrium brutum*, porque de otro modo contravendría la expectativa social, institucionalizada en la norma jurídica (en la cual se incluye, en relación *genus ad speciem*, la normativa penal) y si no ha ejercido, por tanto, la libertad socialmente otorgada conforme a lo socialmente esperado o aceptado no parece excesivo que se imponga como pena la ejecución de ciertas labores socialmente provechosas que permitan orientar en un sentido lícito el actuar de la sociedad infractora y restablezcan la vigencia de la norma reafirmando la expectativa social de que la libertad de autoorganización no va a ser ejercida en un sentido nocivo. En concreto, esta pena es la realmente idónea para sancionar los daños irrogados a un bien o interés colectivo, orientándose las prestaciones a la reposición de las cosas al estado anterior o al querido por la ley. Para ilustrar en alguna medida estas líneas quiero traer a colación una sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que me parece ejemplar y consistente en condenar a una empresa que había contaminado una playa con vertidos ilegales a no sólo abonar una multa sino a limpiar el litoral dañado en un plazo de tiempo fijado en la sentencia y a su costa. El efecto preventivo general y especial me parece que es innegable y además restaura la confianza social en la norma jurídico-penal, confianza que se vería mermada si, desde una perspectiva exclusivamente sancionatoria y poco atenta al papel que ha de tener la reparación, la empresa hubiese sido condenada tan sólo a satisfacer el pago de la multa y la playa hubiera permanecido durante un indeterminado lapso de tiempo en lamentables circunstancias a la espera de que la autoridad competente procediese a su acondicionamiento. La tutela del interés ciudadano en que las cosas se adecuen a un orden determinado y el acogimiento de la reparación en el derecho penal como vía de realización de la prevención general y especial me parecen postulados de necesaria observancia.

La medida de seguridad es la más joven de las sanciones penales²⁰. Su formulación acabada se aprecia por vez primera en el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893. Su autor, Stoos, propugna en él un sistema integrador de pena y medidas de seguridad: la medida se aplica de forma complementaria a la pena, pero en algunos casos es posible que sustituya a la pena. La medida de seguridad en el sistema de Stoos viene caracterizada por su carácter jurisdiccional, fundamentarse en la peligrosidad del delincuente, tener una duración indeterminada (pues depende de que cese el estado de peligrosidad del sujeto) y cumplir una función de complemento de la pena. Por lo tanto, tenemos que la medida de seguridad se basa no en la culpabilidad, sino en la peligrosidad del sujeto, y la pregunta salta a la vista: ¿y qué es peligrosidad? El introductor del término en el derecho penal, Feuerbach, la define como cierta cualidad de las personas consistente en la existencia de un fun-

²⁰ SANTOS REQUENA: «La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal», Comares, 2001.

damento para establecer la probabilidad de que efectivamente esa persona lesionará el derecho. Es pacífico en la doctrina moderna que la peligrosidad implica un juicio de probabilidad (aspecto subjetivo) fundado en hechos (aspecto objetivo), de manera que sea posible determinar la probabilidad de que va a producirse la lesión de un bien jurídico.

En lo que a la persona jurídica respecta, considero que la peligrosidad debe apreciarse cuando realiza una segunda infracción penal dirigida contra el mismo bien jurídico que la precedente, de forma tal que podamos hablar de reincidencia en sentido técnico jurídico-penal. En este caso, y aquí muestro mi conformidad con el citado sistema de Stoos, la imposición de la pena, aplicando el elenco anteriormente propuesto, no basta, porque junto a la necesidad de reafirmar la vigencia de la norma en cuanto institucionalización de la expectativa social aparece una necesidad de defensa social frente a un sujeto que demuestra su insensibilidad ante los bienes jurídicos, y por ello debe adoptarse la medida de seguridad, basada no en un juicio de culpabilidad, sino en uno de peligrosidad, pero que se realizará en el mismo proceso por razones de economía procesal perfectamente comprensibles. Las medidas de seguridad que yo propongo para la persona jurídica —considerando como finalidad propia erradicar una determinada «cultura de empresa» poco atenta al respeto de los bienes jurídicos— son éstas:

- Auditorías periódicas de cuentas.
- Actuaciones periódicas de la Inspección del Trabajo, de la Seguridad Social, etc.
- Asistencia de un miembro del Ministerio Fiscal, a las Juntas generales de socios o, incluso, a las reuniones del Consejo de Administración. Por supuesto, este fiscal quedaría afectado por el deber de sigilo.
- Periódicos controles técnicos de la calidad de los productos.
- Intervención judicial de la empresa.