

# ¿Hacia la erradicación del principio “societas delinquere non potest”?

M<sup>a</sup> ÁNGELES CUADRADO RUIZ

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Granada

---

Sumario: I. La capacidad de acción de la persona jurídica. II. La capacidad de culpabilidad de la persona jurídica. III. ¡Societas delinquere potest!, sed puniri non potest? IV. ¿Qué sanciones serían aplicables a las personas jurídicas?

1. Una de las cuestiones más polémicas a comienzos del siglo XXI sigue siendo, la posibilidad de revisión del principio *societas delinquere non potest*<sup>1</sup>. Hasta nuestros días ha existido un enorme desacuerdo en torno a la cuestión de si las personas jurídicas<sup>2</sup> pueden o no ser sujeto

---

<sup>1</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest*, en CPC, 1980, p. 79-81; el mismo, *Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)*, p. 2; PALAZZO, F.; *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*: atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002), Padova, 2003; FOFFANI, L., *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas*, en Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid, 2005.

<sup>2</sup> Así MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*; en CPC, 1977, p. 154; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 112, ídem, *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en ADPCP p. 377-378; BARBERO SANTOS, M., *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, en Doctrina Penal, 1986, n° 35, p. 404- 406; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid, Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, p. 1995 y ss; RUIZ VADILLO, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo*, en Rev. de Derecho penal y Criminología, n° 1, 1991,

activo del delito: argumentos a favor o en contra<sup>3</sup>: siempre hemos podido encontrar para fundamentar una u otra postura. Sobre todo, en los países de la Europa continental de gran tradición dogmática<sup>4</sup>, la teoría del delito elaborada a partir de los delitos de violencia ha permanecido intocable, centrandose la vigencia y, por tanto, la problemática del principio *societas delinquere non potest* —sobre todo en lo relativo a los delitos económicos, de inteligencia o de cuello blanco— en la supuesta carencia de las personas jurídicas de capacidad de acción, de capacidad de culpa y de capacidad de pena. Capacidades estas que sí están presentes en las personas humanas de carne y hueso<sup>5</sup>.

---

p. 6, 8, 13; MILITELLO, V., *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1992 p. 107-109; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed. Berlín 1988, p. 204, 363, 379; WESSELS, *Strafrechts Allgemeiner Teil*, 1990, p. 113, HIRSCH, H.J., *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, en ADPCP, 1993, p. 1104; SCHÜNEMANN, B., *Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus europäischer Sicht*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid, Symposium für Klaus Tiedemann, 1995; HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 201. En una interpretación puramente jurídica, al hablar del empresario como persona, se prescinde del significado humano. Sin embargo, este aspecto tiene un significado relevante penalmente al hablar de riesgo en una empresa. En este sentido EIDAM, G., *Unternehmen und Strafe: Vorsorge- und Krisenmanagement*, 2a ed., 2001, p. 41 y ss.

<sup>3</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Zaragoza, 1985, p. 7 y ss.

<sup>4</sup> Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, Portugal y en España. En Italia el art. 27.1 de la Constitución de 1948 dispuso que “la responsabilidad penal es personal”, lo que ha sido interpretado a nivel constitucional como equivalente del principio *societas delinquere non potest*. Por el contrario, el Código penal de Holanda, modificado en 1976 y el Código penal francés, así como el Código penal suizo, reconocen expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los países del *commom law*, Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia admiten en líneas generales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>5</sup> Sobre la problemática y la discusión acerca de la capacidad de acción, de la capacidad de culpa y de la capacidad de pena de la persona jurídica en la doctrina alemana, vid. JAKOBS, G., *Strafbarkeit juristischer Personen?* En *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 559 y ss. cuyos conceptos de acción y culpabilidad valdrían tanto para las personas físicas como jurídicas; TIEDEMANN, K., *Responsabilidad de las personas jurídicas*, en ADPCP, 1996 afirma la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas a través de la figura de la *actio libera in causa* y los delitos de comisión por omisión; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 199 y ss., ACKERMANN, B., *Die strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 186 y ss.; EHRHARDT, A. *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische*

2. Esta solución dogmática es claramente insatisfactoria desde una perspectiva político-criminal. La cuestión tampoco debe dilucidarse, sencillamente, en los casos para los que el legislador requiera una necesidad práctica de incriminación de personas jurídicas. El hecho de que formaciones de estructura corporativa sean acreedoras de una sanción penal es, según HIRSCH<sup>6</sup>, un problema teórico prelegal, un problema que va más allá del Derecho y que incumbe igualmente a filósofos, sociólogos y teólogos, puesto que el Derecho versa sobre un "quid" preexistente, sobre una realidad sociológica. Lo que son realidades puramente sociales, son también realidades para el Derecho. Y está claro que realidades tan rigurosas como asociaciones, fundaciones o empresas son algo más que una mera ficción. No se trata, por tanto, de situar el problema, que lo está suficientemente, sino de perfilar su vigencia normativa en nuestra realidad social y económica actual<sup>7</sup>. Por eso, una vez más el legislador se ha vuelto a plantear el problema, dando un paso adelante en la incriminación de estos entes jurídicos con el

---

Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht, 1994, p. 42 y ss., 175 y ss., HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 201 y ss., en la doctrina francesa, DELMAS-MARTY, M., *Die strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code pénal*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid, Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, p. 305 y ss., en la doctrina italiana, PALAZZO, F.; *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, op. cit.; FOFFANI, L., *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?*, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005; en Holanda, DOELDER, H. De, *Zur Strafbarkeit juristischer Personen in den Niederlanden*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, p. 311 y ss.; VERVAELE, J.A.E., *La responsabilidad penal en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica*, en *Rev. De Derecho penal y Criminología*, n°1, 1998. Y en la doctrina española ZUGALDIA ESPINAR; J. M., *Erneut zur Frage der Strafbarkeit juristischer Personen*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, p. 327 y ss.; el mismo, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español*, en QUINTERO OLIVARES y otros, *El nuevo Derecho penal español. Estudios en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001; el mismo, *Vigencia del principio societas delinquere potest en el moderno Derecho penal*, en HURTADO POZO y otros, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2000.

<sup>6</sup> HIRSCH, H.J., *La cuestión de la responsabilidad penal*, op. cit., p. 1103.

<sup>7</sup> RUIZ VADILLO, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., p.

Anteproyecto de Ley orgánica de Reforma del Código penal, de 2006<sup>8</sup>, en el que se propone añadir al actual artículo 10 del CP, un segundo párrafo, en el que se establezcan las bases de imputación penal a las personas jurídicas, de forma directa:

“Las personas jurídicas son responsables criminalmente por los hechos delictivos imputables a su actuación social o su forma de organización, sin perjuicio de la responsabilidad penal de quienes actúen en su nombre o por su cuenta”.

3. Por consiguiente, la responsabilidad penal de la persona jurídica, no sólo ofrece nuevas perspectivas, sino que, además, ha recobrado importancia y actualidad<sup>9</sup>. La realidad social demuestra que existen personas jurídicas de muy variada índole, “con nombre y apellido” que defraudan a sus clientes, a los ciudadanos de una población, venden productos alimenticios caducados o sin la composición que se anuncia, blanquean dinero negro u ocasionan problemas de contaminación ambiental y de manera evidente alteran la ordenación del territorio o atentan contra el patrimonio histórico. Lo cierto es que las aguas están revueltas. De un tiempo a esta parte se diría que el principio *societas delinquere non potest* duerme mal, está intranquilo, inquieto. Un poco como aquellos que de algún modo se sienten culpables y su conciencia no les deja en paz<sup>10</sup>.

4. ¿Cuál es la situación actual del principio *societas delinquere non potest*? De una parte, el sistema del Common Law, que conoce el pragmatismo penal y admite, tras veintiún siglos, la responsabilidad penal de los grupos; de otra parte, el sistema de los códigos continentales europeos inspirados en la legislación francesa y en el pensamiento dogmático alemán (en el que existen ciertas particularidades importantes

<sup>8</sup> El Consejo de Ministros aprobó el viernes 14 de julio de 2006 este Anteproyecto de Reforma penal. La modificación del Código responde a la aparición de nuevos fenómenos y nuevas formas de comisión de delitos, a la adaptación a la legislación de la Unión Europea, que incluye la materia penal y a la necesidad de revisar las carencias y necesidades del Código actual.

<sup>9</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal...*, op. cit., p.2

<sup>10</sup> CUADRADO RUIZ, M.A., *Protección penal de la salud de los consumidores*, en *Protección y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla, 1997, p. 126 y ss. En nuestro país operaciones policiales y judiciales como Ballena Blanca, en 2005 o Malaya, en 2006 no hacen más que confirmar esta tesis. En este sentido también, FLORA, G., *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n° 22, 1, 1995, p. 12 y ss. habla de empresas corruptas refiriéndose por ejemplo, a Montedison, Enimont y Cofegar. p. 12.

en los países escandinavos y en los Países Bajos, que se influncian del pragmatismo británico) en los que sigue vigente el principio *societas delinquere non potest*: así en las legislaciones alemana, suiza, italiana o española.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de otras agrupaciones se asume y admite en un creciente número de estos ordenamientos de nuestro entorno: Gran Bretaña, Finlandia, Suecia, Noruega, Islandia, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Austria, Luxemburgo, Francia, Italia, Portugal, Letonia, Lituania, Estonia y Holanda, dado que en ellas se encuentran el origen de las infracciones y quienes ordinariamente reciben sus beneficios.

No obstante, existen pues varias posturas:

A) En el ámbito de la Unión Europea varios países como Reino Unido, Irlanda, Países Bajos, Austria, Holanda, Finlandia<sup>11</sup> y Francia, acogen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *societas puniri potest*, aunque de manera heterogénea. Mientras que Dinamarca<sup>12</sup> o Francia optan por la determinación expresa en sus respectivos Códigos, en el Reino Unido rige la regla opuesta<sup>13</sup>, existe responsabilidad penal de las personas jurídicas salvo que se establezca otra cosa distinta y en Holanda, por su parte, se opta por recurrir a tal responsabilidad dependiendo del caso concreto.

Veamos varios ejemplos:

El Derecho británico y escocés prevé que una persona jurídica constituida y registrada sea perseguida y sancionada penalmente. Paralelamente se puede perseguir a sus órganos (directivos, administradores, secretarios, o dependientes con funciones análogas) si han aprobado el acuerdo o si se les puede atribuir una violación del deber de diligencia o la ejecución misma del hecho<sup>14</sup>.

Holanda, en el parágrafo 51 de su Código penal de 1976, reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas al tiempo que la responsabilidad de la persona física. El criterio que se siguió para hacer

<sup>11</sup> HUBER, B., *Beobachtungen zur Strafrechtsentwicklung*, en *Strafrechtsentwicklung in Europa 1984/86*, tomo 2, Freiburg, 1988, p. 1718 y ss.

<sup>12</sup> Art. 26 del Código penal danés de 1996.

<sup>13</sup> Cfr. WEELS, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford, 1993, p. 130.

<sup>14</sup> QUANTE, A., *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Frankfurt 2005, p. 195-196; HUBER, B., *Il Diritto penale britannico in materia di generi alimentari*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, n.º 1, 1996, p. 55 y ss., 75.

responsable al ente colectivo, no fue ya la decisión del órgano, sino el del “contexto social” en el que la persona jurídica desenvuelve su actividad. Así, por ejemplo, cuando alguien compra en unos grandes almacenes, no está comprando al vendedor que le ha atendido, sino que en el “contexto social”, se compra el artículo a la persona jurídica, de igual modo, si ese vendedor vende cocaína en esos mismos almacenes, no podrá imputarse esa venta de cocaína a la persona jurídica, puesto que las circunstancias que rodean a la persona física son también muy importantes. Para hablar de imputación a la persona jurídica habrá que tener en cuenta si la actividad que se cuestiona se puede o se podría aceptar en el “contexto social” en el que normalmente se desenvuelve tal persona jurídica. En cualquier caso, en Holanda, son compatibles las sanciones penales y las administrativas a las personas jurídicas<sup>15</sup>.

En Francia, el Código penal de 1994 reconoce en su Parte General la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no de forma incondicionada o sistemática, sino más bien como una solución excepcional<sup>16</sup>. El Derecho penal francés se muestra también favorable al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al tiempo que junto a ella coexista una responsabilidad penal de sus dirigentes<sup>17</sup>. El art. 121.2 establece junto a la tradicional responsabilidad personal la responsabilidad de la persona jurídica<sup>18</sup>:

*“Las personas jurídicas, con excepción del Estado, son responsables penalmente, según las disposiciones previstas en los arts. 121.4 a 121.7 y en los casos previstos por la ley o los reglamentos, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o sus representantes.*

*Igualmente las colectividades territoriales y sus asociaciones serán responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades las cuales sean susceptibles de ser*

<sup>15</sup> Cfr. DE DOELDER, H., *Die Strafbarkeit juristischer Personen in der Niederlanden*, op. cit.; VERVAELE, J.A.E., *La responsabilidad penal en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica*, en *Rev. de Derecho penal y Criminología*, n°1, 1998; QUANTE, A., *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, op. cit., p. 198-200.

<sup>16</sup> CONTE, P., *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, en *Riv. trim. di Diritto Penale dell'Economia*, n° 19, 1-2, 1994, p. 93-94.

<sup>17</sup> MERLE/VITU, *Traité de droit Criminele*, París 1982, p. 735. BARBERO SANTOS, M., *¿Responsabilidad penal...? op. cit.*, p. 406.

<sup>18</sup> El término personas jurídicas, —personnes morales— en francés comprende: 1. personas de derecho privado con fines lucrativos (sociedades civiles o comerciales, grupos de interés económico), 2. personas jurídicas de derecho privado sin fin lucrativo (asociaciones, partidos o grupos políticos, sindicatos), 3. personas jurídicas de derecho público, con excepción del Estado (colectividades territoriales, establecimientos públicos).

*objeto de convenios de cesión de un servicio público. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos".*

Cabe destacar que en Francia el debate no se centra en una cuestión tradicional en nuestro Derecho penal como son los criterios de resolución del actuar (en nombre de)<sup>19</sup> por otro, en particular en el ámbito de los delitos especiales; sino que entiende que la persona jurídica sí puede ser autora de la infracción, pues es la que comete los hechos delictivos (art. 121.4.)<sup>20</sup>.

B) Otro grupo de países que ha introducido una responsabilidad penal de las empresas es: Portugal, Italia y Noruega.

En Portugal, el Derecho penal ofrece criterios divergentes al señalar al posible titular de la conducta típica. A pesar del reconocimiento del carácter personal de la responsabilidad penal<sup>21</sup> se contiene un ámbito legal reservado —"salvo disposiciones en contrario"— para posibilitar la viabilidad de la exigencia de responsabilidad penal a las personas colectivas, al considerar a las personas colectivas capaces de acción y de culpa jurídico-penal a través de un proceso "filosófico analógico"<sup>22</sup>. Esto supone, según COSTA ANDRADE la quiebra del principio *societas delinquere non potest* para poder luchar así contra la criminalidad de cuello blanco y también contra la criminalidad medioambiental, ámbitos privilegiados para la punición de las personas jurídicas<sup>23</sup>. Y ello, a pesar de que el Derecho penal secundario<sup>24</sup> admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, si la regla general que

<sup>19</sup> Vid. ampliamente GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro*, op. cit.

<sup>20</sup> PRATS CANUTS, M., *El nuevo Código Penal francés*, en Cuadernos Jurídicos, sep. 1994, p. 73 y ss.

<sup>21</sup> Art. 11 CP portugués: "salvo disposiciones en contrario, sólo las personas individuales son susceptibles de responsabilidad penal".

<sup>22</sup> FIGUEIREDO DIAS, J. de, *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa.*, en Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra 1983, p. 51.

<sup>23</sup> COSTA ANDRADE, M. da, *O novo Código penal e a moderna criminologia*. En Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra 1983, p. 218.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO DIAS, J., *Para una dogmática del Derecho penal secundario, Una contribución para la reforma del Derecho Penal económico y social portugués*. Separata a la Rev. de Legislación y Jurisprudencia, n.ºs 3714 y 3720, Coimbra, 1984, p. 7. El término derecho penal secundario equivaldría a un derecho penal administrativo, también denominado —aunque no en aquel país— derecho penal especial y cuyo núcleo esencial es Derecho penal económico o Derecho penal administrativo económico. Es lo que en Alemania se llama "Nebenstrafrecht".

aparece el en Código es, precisamente, la de negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al mismo tiempo se admiten excepciones casi inabarcables. Así, el Decreto-Ley portugués 28/1984, de 20 de enero que altera el régimen en materia de infracciones económicas y contra la salud pública, en su art. 3 admite junto a la responsabilidad personal, la de las personas colectivas en el ámbito penal, castigando sus actos mediante una penalidad adecuada a la naturaleza de las mismas, que lógicamente, excluye las penas privativas de libertad. Dicho art. establece:

1. *Las personas colectivas, sociedades o cualesquiera otras asociaciones son responsables penalmente por las infracciones previstas en la ley cuando fueren cometidas por sus órganos o sus representantes en su nombre o en interés colectivo. (...)*

3. *La responsabilidad penal de estas entidades no excluye la responsabilidad individual de los respectivos agentes.*

Parece como si una vez aceptada esta última opción por el legislador portugués, rompiendo con los principios del derecho continental, temiera hacer uso de la misma en algunos supuestos, o dicho de otro modo, como si al recurrir a ella le supusiera un cierto pudor a la hora de romper la tendencia a no extraer del Código penal las conductas más graves<sup>25</sup>. No obstante, la jurisprudencia lusa ha dejado claro que “para que las personas jurídicas sean susceptibles de responsabilidad penal, es necesario que la ley expresamente lo diga. Y aún cuando esté prevista en la ley, los titulares de los órganos de representación de aquellas son susceptibles de responsabilidad penal, en el ejercicio de sus funciones”<sup>26</sup>.

Al igual que hasta ahora en España, el derecho positivo italiano desconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas: continúa también vigente el principio del derecho romano *societas delinquere non potest*. Sin embargo, la legislación penal ordinaria no contiene tampoco ninguna norma que excluya explícitamente la responsabilidad penal de estos entes colectivos. La exclusión se sostenía sobre la base de una interpretación sensu contrario del art. 197 CP italiano, en el que una obligación civil de garantía de la persona jurídica se establecía cuando la persona natural representante o administrador de la

<sup>25</sup> ARENAS RODRIGÁÑEZ, P., *Los delitos contra la salud pública en el Derecho Penal portugués*, en CPC 1991, n.º 43, p. 170-172.

<sup>26</sup> STJ de 2 de febrero de 2000, proc. n.º 606/99-3<sup>a</sup>; SASTJ, n.º 38, 68.



persona jurídica cometiese un delito o violase las obligaciones de su cargo y fuese declarada insolvente<sup>27</sup>.

En Italia, a pesar de la consagración en la Constitución<sup>28</sup> de la responsabilidad penal personal, se sostiene que no existen obstáculos ni de naturaleza dogmática ni de naturaleza constitucional para configurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que en el fondo de lo que se trata es de una opción del legislador<sup>29</sup>. Algunos autores consideran que el límite constitucional de la responsabilidad penal personal no puede significar una exclusión de la persona jurídica en la esfera de la imputación penal, al menos en la medida en que se entienda la misma no como una *fictio iuris*, sino como una realidad social<sup>30</sup>. En la doctrina italiana, el órgano administrativo de la empresa organizada en forma de sociedad es quien asume el poder y la responsabilidad del empresario individual, mientras que no existe una posición de garantía del socio en cuanto tal (a no ser que al mismo tiempo sea administrador)<sup>31</sup>.

C) Frente a las nuevas tendencias, la postura tradicional estaría representada por Grecia, que se mantiene hostil a la introducción de sanciones penales contra las personas jurídicas o Luxemburgo que tampoco recoge ningún tipo de responsabilidad, ni siquiera civil, por los actos realizados por parte de una persona jurídica<sup>32</sup>.

En España, y hasta el Anteproyecto de Ley orgánica de Reforma del Cp, de 2006 sigue vigente el principio *societas delinquere non potest*. El Código penal introdujo en 1995, como solución de compromiso, una serie de sanciones penales para las personas jurídicas, a las que hasta el presente y persistiendo el adagio romano, no se ha atrevido a deno-

<sup>27</sup> FIANDACA, G./MUSCO, E., *DP PG*, p. 129.

<sup>28</sup> Art. 27,1 de la Constitución italiana dispone que "*la responsabilidad penal es personal*", lo que se ha interpretado a nivel constitucional como convalidación del principio *societas delinquere non potest*. Vid. TRAVERSI, A., *Responsabilità penali d'impresa*, Milán, 1983, p. 147-153.

<sup>29</sup> FLORA, G., *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, op. cit., p. 18.

<sup>30</sup> Crf. por todos, MANNA, A., *La responsabilità del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n° 3 julio-sett. 1992, p. 665.

<sup>31</sup> PEDRAZZI, C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, en *Riv. Trimestrale di Diritto penale dell'Economia*, ene-jun 1988, p. 129; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, 2ª ed., Milano, 1983, p. 48; GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità per omesso impedimento de ll evento*, en *Arch. Pen.* 1982, p. 745.

<sup>32</sup> TIEDEMANN, K., *La criminalisation du comportement collectif*, en *Criminical Liability of Corporations*, 1996, p. 11-29; VALLS PRIETO, J., *El fraude de subvenciones de la Union europea*, Madrid, 2005, p. 98 y ss.

minar penas, sino consecuencias accesorias a la pena impuesta por un hecho delictivo individual, manteniendo, así, firme la teoría del delito, como orientado hacia hechos personales.

5. Si, efectivamente, una gran parte de los países de nuestro entorno reconocen la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas acudiendo a fórmulas político-criminales eficaces; bien dejando una puerta abierta, tal como hizo el art. 11 del Código penal portugués; bien acuñando expresamente tal responsabilidad como ha hecho el Código penal francés en su art. 121.2, lo cierto es que el Código penal español se ha aferrado a la vieja tradición romanista sin abordar seriamente el problema. La reforma propuesta por el Gobierno en 2006 parece superar ciertos escollos y apuesta por el reconocimiento de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. No obstante, los argumentos dogmáticos que se han venido esgrimiendo para no fundamentar tal decisión hasta esta reforma han sido: la supuesta falta de capacidad de acción, de culpabilidad y de pena de las personas jurídicas y, que como se verá a continuación caen por su propio peso, abriendo una vía a la responsabilidad penal de estos entes colectivos, si llega a buen término dicho Anteproyecto

## I. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Como decía, las razones que se han barajado para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por tanto, para no imponer una pena como sanción comienzan por negar la capacidad de acción de la misma. Lo que se cuestiona aquí es, ni más ni menos, la voluntariedad en sentido psicológico de la persona jurídica, o lo que es lo mismo, la finalidad diferente a la de sus órganos, es decir, la relación de la acción con el sujeto.

2. Para quienes niegan la capacidad de acción de la persona jurídica, ésta —dicen— no sería más que la imputación de acciones naturales de otros, por lo tanto, faltaría el actuar ético-socialmente reprobable de la persona colectiva como tal, que es necesario para los hechos punibles. A las personas jurídicas, insisten, les falta “la conciencia y la voluntad en el sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar...*, op. cit., p. 8, apoyando su argumento en el principio romano, sólo puede ser sujeto activo del delito la persona humana. Sin

3. En primer lugar se ha buscado la forma de debilitar este argumento recurriendo a figuras de autoría reconocidas penalmente, como la coautoría<sup>34</sup> y la autoría mediata<sup>35</sup>. Sin embargo, en estas figuras junto con la participación objetiva en el dominio del hecho, el coautor y el autor mediato están vinculados a la acción de los otros por una decisión concreta, mientras que en la acción de la persona jurídica uno cuenta sólo con la decisión del órgano que efectivamente la ejecuta. Estaríamos aquí ante un caso de acción por medio de otro, condicionado por la estructura de la corporación, pues según la teoría orgánica de la persona jurídica, la relación existente entre el ente colectivo y la persona física hace posible adscribir al primero las consecuencias de las conductas de sus órganos<sup>36</sup>. Además, la capacidad de acción de estos entes colectivos, en contra de lo que se afirma en Derecho penal, está ampliamente reconocida en otros ámbitos: en el derecho civil, mercantil o administrativo en los que también se lesionan normas ético-sociales<sup>37</sup>. Si las personas jurídicas son destinatarias de deberes jurídicos, no sólo pueden cumplirlos, sino que también pueden infringirlos<sup>38</sup>. Si pueden comprar, vender, contratar, arrendar, asumir responsabilidades, pueden hacerlo también fraudulentamente<sup>39</sup>, afirmándose, así, la capacidad de acción de las personas jurídicas<sup>40</sup>.

---

embargo, sí admite que sean un centro de imputación normativa de deberes y derechos, una —unidad de eficacia— en cuanto factor activo en el acaecer social.

<sup>34</sup> Así BUSTOS RAMÍREZ, J., *Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico*, en Política Criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Juan del Rosal, 1993, p. 221.

<sup>35</sup> Así lo sostiene el Tribunal Supremo alemán que ha declarado que “el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de las empresas se puede solucionar de este modo”, BGHSt, 40, p. 237. Vid. ROXIN, *Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, en 50 Jahre Bundesgerichtshof, vol. IV, 2000, p. 177, 192 y ss.

<sup>36</sup> FIANDACA/MUSCO, *DP PG*, reed., 1994, p. 131.

<sup>37</sup> WIESENER, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vertretern und Organen*, 1971, p. 20 y ss., 24 y ss.

<sup>38</sup> HIRSCH, J.H., *La cuestión de la responsabilidad penal...*, op. cit., p. 1105-1108.

<sup>39</sup> VON LISZT/ SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1932, p. 156, n.4: si la persona colectiva es capaz de acción en el Derecho civil, también lo puede ser en el Derecho penal: “wer Verträge schliessen kann, der kann auch betrügerische oder wucherische Verträge schliessen”, cit. por CASTRO E SOUSA, op. cit., p. 113 y por HIRSCH, op. cit., p. 1108, n. 33.

<sup>40</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, en CPC, n° 53, 1994; HIRSCH, J.H., op. cit., p. 1105-1108.

4. En realidad, nadie niega abiertamente la capacidad de acción de las personas jurídicas. Algún sector doctrinal estima que el fundamento de la irresponsabilidad penal de la empresa, frente a la superación de tal principio en los países anglosajones<sup>41</sup>, no es tanto la noción de acción humana como dogma central de la teoría del delito, cuanto la decisión político criminal<sup>42</sup> de no culpar penalmente a una entidad compleja como la persona jurídica que bajo la forma societaria ha desarrollado y desarrolla un papel preeminente en el desarrollo económico: la autonomía patrimonial en el ámbito civil y la inmunidad de la que goza en el marco penal, debido a las frecuentes dificultades que se dan en la práctica para depurar individualizadamente la responsabilidad en el interior de los entes colectivos. Dicha autonomía patrimonial y la inmunidad penal han constituido, de algún modo, los instrumentos jurídicos fundamentales de la protección de la vida y de la actividad de la persona jurídica amparada, así, de los riesgos de los socios en particular y de las consecuencias penales de la actividad de los propios órganos sociales respectivamente<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> BRICOLA, F., *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, En Riv. ital. dir. proc. pen., 1970, p. 1002 y ss.

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*, p. 15; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico: protección penal y cuestiones político criminales*, p. 17; FLORA, G., *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, en Riv. trim. di Diritto penale dell'Economía, n° 22, 1, 1995, p. 18; FIANDACA, G./MUSCO, E., *DP PG*, p. 130.

<sup>43</sup> TIEDEMANN, K., *Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen*, en Old ways and new needs in criminal legislation, ed. Eser/Thormundsson, Freiburg, 1989, p. 172; MILITELLO, V., *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in italia*, en Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economía, 1992, p. 105; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Notas para un estudio sobre los fraudes alimentarios en Derecho penal*, en RFDUC, 1979, p. 74; BACIGALUPO SAGGESE/ SÁNCHEZ VEGA, *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Barcelona, 2006; PALAZZO, F.; *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, op. cit.; FOFFANI, L., *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas*, op. cit.

## II. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

### 1. Otra cuestión es la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

Un gran sector doctrinal afirma que a la persona colectiva le falta, en todo caso, la capacidad para actuar culpablemente<sup>44</sup>, entendida tal capacidad como el reproche ético social a un sujeto libre o con moti- vabilidad normal. Es recomendable, por ello, considerar las cosas con mayor precisión puesto que en ocasiones la aplicación del principio *societas delinquere non potest* supone, precisamente, la conculcación del principio de culpabilidad.

2. En ámbitos de la actividad empresarial como, por ejemplo, las muertes o lesiones procedentes de productos defectuosos, muchas ve- ces, para asegurar la indemnización a las víctimas se acaba “seleccio- nando” por puro azar a una o varias personas físicas como cabeza de turco o chivo expiatorio, condenándolas a una pena simbólica, por razo- nes de justicia material, y en ocasiones, también, para tranquilizar a la opinión pública. De esta forma se deduce una responsabilidad objetiva para implicar civilmente a la sociedad responsable, —que en principio no es responsable penalmente si se mantiene en vigor el *societas de- linquere non potest*— y satisfacer desde el orden penal las pretensio- nes civiles<sup>45</sup>. Y, más aún, se conculcaría el principio de culpabilidad al imponer sanciones penales, las llamadas “consecuencias accesorias” a quien no es responsable penal (la persona jurídica), imponiéndole el juez, por los delitos cometidos en el ámbito de su actividad consecuen- cias que pudiesen suponer una limitación en sus derechos patrimonia- les, o de otra índole.

3. Si las empresas pudieran ser sujetos activos del delito, en con- cretas situaciones en las que no sea evidente e incuestionable la im- prudencia y exclusiva situación de garante de una persona física, se evitaría la hipocresía de condenar a personas inocentes, aún cuando sea a una condena simbólica, con la mera función de ser instrumentos de condena civil de la persona jurídica<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Así RUIZ VADILLO, E., *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 6, 8.

<sup>45</sup> ANARTE BORRALLO, E.,

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., *¡Societas delinquere potest!*, en *La Ley*, 1996 n° 4136, p. 2 y ss.

4. Al observar la realidad social se advierte, no obstante, que se habla con toda frecuencia de culpabilidad de personas jurídicas: se habla de *culpabilidad* de unos laboratorios farmacéuticos por comercializar productos con indeseables efectos secundarios<sup>47</sup>, o de la *culpabilidad* de una empresa química, que por dejadez desagua sustancias tóxicas en un río, poniendo en peligro el suministro de agua potable, o de la *culpabilidad* de partidos políticos por corrupción o de la *culpabilidad* de un Ayuntamiento por concesión de licencias urbanísticas ilegales o incluso de *culpabilidad* de los Estados por entrar a formar parte o no en un conflicto bélico o por la violación de derechos humanos. En estos supuestos al hablar de *culpabilidad*, no significa en tales casos, algo éticamente indiferente.

5. Por tanto, también se puede contrarrestar la consideración del principio *societas delinquere non potest* con tentativas teóricas para fundamentar la responsabilidad directa de las personas jurídicas en una culpabilidad de la propia persona jurídica. Esto es, si la esencia de la corporación no es una mera suma de personas individuales, sino que es algo más, es una estructura independiente que se separa de ellas, de la misma forma, la culpabilidad de la persona jurídica no es idéntica a una culpabilidad sumaria de sus miembros. Si una empresa en la que por falta de previsión en las distintas fases de la producción no se realiza, por ejemplo, el control previsto en la Ley del Medicamento, y produce un somnífero que ocasiona malformaciones en el embrión, y con ello el nacimiento de niños con taras físicas, no se puede decir que sea algo éticamente irrelevante.

Si la empresa es destinataria de normas éticas, de tal modo que pueda hacerse un reproche de culpabilidad por la lesión de la norma, es, entonces, también persona en el sentido ético como para ser destinataria de la punición por el incumplimiento de tales normas<sup>48</sup>. Esto es reconducible en el plano dogmático al esquema de imputación —ya presente en muchos ordenamientos— donde se sancionan los ilícitos por quien se ha puesto voluntariamente en condición de incapacidad<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Así los laboratorios Upjohn, con respecto al somnífero Halcium. Vid. CUADRADO RUIZ, M<sup>a</sup> A. *La protección penal de los medicamentos*, en CJ, n<sup>o</sup> 7, 1993, p. 59 y ss

<sup>48</sup> HIRSCH, H. J., *op. cit.*, 1111, 1114.

<sup>49</sup> En estos casos denominados en nuestra doctrina *actio libera in causa* lo relevante penalmente es el actuar precedente. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 30-31 y 140-141: la dificultad para imputar hechos producidos en estado de inimputabilidad es evidente y ello ha motivado que Códigos como el alemán castiguen al

El fundamento material —como posible solución— de la reprobación directa al ente colectivo descansa en la omisión de medidas necesarias para evitar el delito, que materialmente es llevado a cabo por sujetos individuales. La culpabilidad de la persona jurídica consistiría en que no ha organizado su actividad conforme a las exigencias del ordenamiento y tal falta de organización sería la causa de la posterior comisión de hechos delictivos. Más que un contenido sustancial a verificar en cada caso, bastaría un único principio de responsabilidad: el que el ente pruebe que ha hecho cuanto podía para evitar los defectos organizativos que son fuente del ilícito no tendría efecto disculpante, puesto que mediante la omisión de las medidas necesarias se habría colocado intencionadamente en esa situación para cometer el delito. De esta forma no se excluiría, por tanto, la imputabilidad de la persona jurídica<sup>50</sup>. O dicho con otras palabras, como la necesaria componente subjetiva del delito viene individualizada en la pre-culpabilidad por la consiguiente determinación de las condiciones del futuro delito, de la misma forma se puede hablar de una “culpabilidad organizativa” del ente colectivo. Según el supuesto especial de “*omissio libera in causa in omittendo*”<sup>51</sup> y aplicando su esquema al intento de fundamentar

---

que dolosa o culposamente se pone en situación de inimputabilidad y en dicha situación comete un delito. Vid. ampliamente JOSHI JUBERT, U., *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocada por el sujeto)*. Ed. Bosch, Barcelona 1992; ALCÁCER GUIRAO, R., “*Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal*”, Barcelona, 2005.

<sup>50</sup> Algunas voces en la doctrina alemana, destacando la de TIEDEMANN, K., *Die “Bebusung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, NJW, 1988, p. 1172-1173 han contrarrestado la falta de culpabilidad de las personas jurídicas a través de la *culpabilidad organizativa*, *Organisationsverschulden*; JAKOBS, G., *Strafrecht Allg. Teil*, 2ª ed. 6/44, 6/45; en Italia, MILITELO, V., *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, p. 111; en nuestra doctrina siguiendo este planteamiento, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal...*, op. cit., p. 4: “el motivo que justificaría la imputación de la acción a la persona jurídica y la correspondiente sanción a la misma estaría constituido por un momento omisivo”; el mismo, *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, en CPC, n° 53, 1994.

<sup>51</sup> WELP, J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, p. 137 y ss.; HRUSCHKA, J., *Über Tun und Unterlassen und über Färlässigkeit*, en Bockelmann Festschrift, p. 421 y ss.; VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, p. 122 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, 1986, p. 260-272; JOSHI JUBERT, U., op. cit., p. 191, 206 y ss.; ALONSO ÁLAMO, M., *La acción “libera in causa”*, en ADPCP, 1989, Tomo XLII, p. 89-93.

una responsabilidad penal de las personas jurídicas, entiendo que la incapacidad de acción que procede del comportamiento precedente en la estructura de la *omissio libera in causa* vendría conformado por la omisión de las medidas necesarias por parte del ente colectivo. Ello determinaría la “culpabilidad organizativa” del mismo y, en un segundo momento, siendo incapaz de responsabilidad penal el ente colectivo, los sujetos individuales llevan a cabo el delito. Con palabras de SILVA SÁNCHEZ relativas a la comisión por omisión y para el supuesto que se trata aquí —relativizar la falta de culpabilidad de la persona jurídica—, se podría decir que si la persona jurídica “sabe o puede prever que en tal situación, pese a todo, omitirá la realización de la conducta típicamente indicada, el primer momento se convierte en la última oportunidad de evitar el resultado. Así la previa-no evitación, dolosa o imprudente, puede estimarse como omisión de garante a la que cabe imputar el resultado”<sup>52</sup>. Si el fundamento de la imputación penal en la *actio libera in causa* reside en la acción precedente, y existe una situación de peligro, precisamente, creada porque se podría prever la falta de medidas de ese tipo dentro de la organización de la persona jurídica (la situación de peligro aparece cuando se ve como necesaria o posible la adopción de tales medidas) entonces, en el momento presente, la no-evitación del resultado (de la producción de lesiones a los consumidores, por ejemplo) en ausencia de imputabilidad daría lugar a la apreciación de una omisión del deber de garante, y, en principio, a responsabilidad penal en comisión por omisión<sup>53</sup>.

6. Afirmándose de este modo la “culpabilidad organizativa” se salvaría el escollo dogmático de la falta de culpabilidad para apoyar, así, una

<sup>52</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>., *op. ult. cit.*, p. 269: en estos casos, sostiene que la omisión que se produce en la segunda fase, (amparada por la justificación o inimputabilidad provocadas), sea dolosa, y su provocación, en cambio imprudente, en tales supuestos se suele defender la imputación del resultado a título de imprudencia; HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2<sup>a</sup> ed. Berlín, New York, 1988, p. 311, 336; VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 123-124; en este sentido también ALONSO ÁLAMO, M., *op. cit.*, p. 98, “la *actio libera in causa culposa*” debe limitarse a supuestos en que la incapacidad es previa al comienzo de la ejecución típica”; CUADRADO RUIZ, M. A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

<sup>53</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>., *op. ult. cit.*, p. 271, ALONSO ÁLAMO, M., *op. cit.*, p. 98-98, si se entiende que la *actio praecedens* integra ya el peligro desaprobado jurídicamente, estará presente sin más el delito culpos.



posible fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>54</sup>, en comisión por omisión<sup>55</sup>.

7. De todo ello se deriva que la capacidad penal de las personas jurídicas tampoco se excluye si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad<sup>56</sup>.

8. La jurisprudencia alemana en la sentencia de los pulverizadores para productos de piel siguió, en parte, esta construcción. Resaltó la inexistencia de precauciones por parte de la empresa para hacer frente a una retirada de productos defectuosos del mercado fundamentado, así, una responsabilidad penal. La organización de la empresa no tenía previsto ningún tipo de medidas para el caso de una posible retirada de productos defectuosos del mercado y tampoco había previsto la consiguiente paralización de la producción y distribución de los productos

<sup>54</sup> En contra GRACIA MARTÍN, L., *La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español*, ponencia presentada en Hacia un Derecho penal económico europeo, Madrid oct. 1992, p. 10-11, n. 26, quien incluso niega desde un primer momento la capacidad de acción de las personas jurídicas, por lo que entiende que "el sujeto obligado a producir la situación jurídicamente deseada sólo podría recaer en un sujeto capaz de acción; en estos casos en las personas físicas de los órganos y representantes de la persona jurídica; de existir, por tanto, una culpabilidad de organización, ésta sólo podrá afirmarse en los órganos y representantes, pero no en la persona jurídica".

<sup>55</sup> CUADRADO RUIZ, M<sup>a</sup> A., *La comisión por omisión como problema dogmático*, en ADPCP, 1997, p. 387 y ss., la misma, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

<sup>56</sup> JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed. 1991, 6/44, 6/45, pg 125; HIRSCH, H. J., *op. cit.*, 1108; FIGUEIREDO DIAS, J., *Para uma dogmática do direito penal secundário*, en Rev. de Legislação e de Jurisprudência, 117, 1984-5, p. 73-74. Sin embargo, otros autores como RUIZ VADILLO, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo*, en Rev. de Derecho penal y Criminología, UNED, Madrid 1991, p. 327 y ss. entienden que se trataría de algo que no es propiamente Derecho penal, aunque sí un tipo de derecho sancionador que ha de encontrar su cobertura en una especie de responsabilidad civil por el hecho de actuar en sociedad. No habría culpabilidad en el sentido penal, según este sector doctrinal, sino una responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad: cabría una presunción "*iuris tantum*" (que no sería admisible en Derecho penal) de que producido un delito en el seno de una sociedad, se presume que fue debido a sus estructuras sociales, a su entramado organizativo, con lo que sólo con la prueba contraria, según este sector doctrinal, estaríamos ya fuera del Derecho penal, y cesaría esa responsabilidad. Habla de un sistema "ad hoc", nuevo, "de responsabilidad social, responde porque actúa en sociedad, y los resultados demuestran que las estructuras establecidas por la entidad fueron insuficientes o deficientes."

(ressortüberschreitendes Problem)<sup>57</sup>. En tal caso se implicarían diversos departamentos como, por ejemplo, el departamento de “Marketing y distribución”, del cual también dependían las otras empresas filiales; el departamento de “Ventas y almacenamiento”; o los laboratorios químicos. También se vería involucrado el departamento de “Finanzas” y el de “Contabilidad” por la repercusión financiera de una retirada<sup>58</sup>. Pues bien, no se habían tomado ningún tipo de medidas en ninguno de estos departamentos para el supuesto en el que se produjera una paralización de la fabricación o distribución, o una retirada del producto una vez en el mercado. Aunque desde el punto de vista jurídico cada una de las empresas sigue manteniendo su propia estructura y personalidad, con lo que, en principio, cada una debería hacer frente a su propia responsabilidad; sin embargo, desde una perspectiva económica están integradas bajo una única dirección y unidad económica, por lo que determinados comportamientos delictivos que pueden surgir en órganos y personas jurídicas diversas son ejecutados por una dirección empresarial subordinada que puede aparecer formalmente como responsable (garante múltiple), siendo ello consecuencia de la política empresarial del grupo<sup>59</sup>.

La empresa es el brazo ejecutor de los ejecutivos y a partir de ahí el Tribunal realizó una búsqueda consciente en dos etapas: primero imputó el caso a la empresa, y luego, una vez introducidos en la vida de la organización empresarial buscó la responsabilidad de los sujetos individuales<sup>60</sup>.

9. Entiendo, por ello, que la imputación penal se ha de dirigir tanto a la persona jurídica, sea pública o privada, como a la persona individual. En aquella sentencia de los Lederspray se afirmó, en primer lugar, una responsabilidad penal, una culpabilidad colectiva de la dirección, que en un segundo nivel —el deber de retirada del producto— se traspasa

<sup>57</sup> BGH NJW 1990, 2560 (2565); críticamente ACHENBACH, H., *Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens im deutschen Recht*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994; CUADRADO RUIZ, M.A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, op. cit., p. 28 y ss.

<sup>58</sup> EIDAN, G., *Unternehmen und Strafe*, 2a ed. 2001, p. 167, 306.

<sup>59</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal de la empresa*, 1995, p. 40-41.

<sup>60</sup> KUHLEN, L., *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, en JZ, 1994, p. 1142 y ss.; MIR, S., considera un poco peligroso el preguntarse sólo por la responsabilidad del ente colectivo por lo que habrá que esforzarse en buscar al responsable físico. En Seminario Hispano-alemán sobre *La responsabilidad penal del producto*, Barcelona 11-13 marzo 1994.

a cada uno de los directivos<sup>61</sup>. Por un lado, de la organización de la empresa se desprende una obligación del poder de dirección, a cuyos intereses generales se subordina la mayoría y, al mismo tiempo, la decisión acordada también se convierte en algo propio del ámbito de trabajo de cada responsable. De esta forma, la imposición de consecuencias penales a las empresas no vulneraría el principio de culpabilidad, sino que sobre la base de tal principio se impondría la sanción admitiéndose, así, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

### III. ¡SOCIETAS DELINQUERE POTEST!, SED PUNIRI NON POTEST?

1. De los argumentos anteriormente expuestos, respecto de la capacidad de acción y capacidad de culpabilidad parece abrirse una puerta a favor del ¡societas delinquere potest!. Sin embargo, la falta de receptividad a la pena, es decir, de sentir los contenidos de retribución, expiación, intimidación o reeducación<sup>62</sup> que, por esencia, está orientada sólo a la persona de carne y hueso, es el otro argumento que se ha esgrimido para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. La pena expresa el juicio de desvalor o desaprobación ético social de la sociedad sobre el delincuente por haber cometido una infracción jurídica. La necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación es una experiencia fundamental de la persona como ente moral<sup>63</sup>. De ahí que para algunos la pena sólo fuese aplicable a las personas naturales.

<sup>61</sup> CUADRADORUIZ, M.A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998, p. 15 y ss.; BEULKE/ BACHMANN, *Die Lederspray-Entscheidung*, BGHSt 37, 106, en JuS 1992, p. 741; HASSEMER, W., *Strafrechtliche Produkthaftung*, en JuS 1991, p. 255.

<sup>62</sup> Art. 25.2 de la Constitución española: "las penas privativas de libertad... deben orientarse hacia la reeducación y reinserción social". El art. 27.3 de la Constitución italiana de 1948: "las penas deben tender a la reeducación del condenado" utiliza el término pena sin referirse a ninguna de sus modalidades en concreto. La orientación programática a la resocialización como fin del sistema penitenciario ha provocado un amplio debate. El constituyente español se ha referido expresamente a la pena privativa de libertad aunque interpretaciones doctrinales se hayan referido a todo tipo de penas. Vid. ampliamente GRACIA MARTÍN; L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006.

<sup>63</sup> JESCHECK, H.H., *DP PG*, vol. I, 3ª ed., p. 90-91.

3. Si se le mira como una organización abstracta, efectivamente, el ente colectivo no puede tener sentimientos. Pero es una estructura que recibe vida a través de sus miembros y de sus órganos. Por ello, la sanción penal produce reacciones dentro de la persona jurídica. Por ejemplo, una multa considerable a la empresa disminuye sus ganancias, y por tanto, las de sus socios. Se ha de tener en cuenta que se trata de efectos mediatos, ya que los socios no responden con su propio patrimonio, y los efectos que se derivan para ellos están limitados a los efectos para la sociedad. De la actividad de la persona jurídica, así como de la actividad de la misma se derivan ventajas o desventajas para el socio. Para minimizar estos riesgos, los socios pueden asegurarse a través de la elección de órganos fiables. Por ello, los efectos mediatos que tienen las sanciones penales no son indiferentes a las personas jurídicas, como tampoco son injustos<sup>64</sup>.

4. Desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial los efectos de la pena también se adecuan a los entes colectivos<sup>65</sup>. Una pena económica millonaria a una empresa intimidará a otras empresas para no correr el mismo riesgo (prevención general). Y desde la óptica de la opinión pública, las empresas se esfuerzan por no deteriorar su imagen y su prestigio por lo que la empresa sancionada penalmente cuidará, incluso más que la persona natural, no volver a entrar en conflictos (prevención especial)<sup>66</sup>.

5. Creo que actualmente no es muy difícil constatar que determinadas conductas nacidas en el ámbito de las sociedades mercantiles se estiman acreedoras de sanción penal<sup>67</sup>, y más aún, dado que a través de productos de consumo masivo, alimentos, medicamentos, medio ambiente, ordenación del territorio, etc., el rango de los intereses a tutelar —la salud pública— o —el medio ambiente—, por ejemplo afecta a

<sup>64</sup> HIRSCH, H. J., *op. cit.*, p. 1116.

<sup>65</sup> JEANDIDIER, W., *Droit Pénal General*, París, 1988, p. 290. En contra BUSTOS RAMÍREZ, J., *Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico*, p. 218; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität*, p. 19 y ss., 56 y ss., habla del reducido efecto preventivo del Derecho penal en organizaciones jerárquicas en las que existe una filosofía o moral propia.

<sup>66</sup> EHRHARDT, A., *op. cit.*, p. 203-205; HIRSCH, H. J., *op. cit.*, p. 1113.

<sup>67</sup> TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, p. 151; BUSTOS, J., *Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico*, p. 221; FOFFANI, L., *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?*, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005.

multitud de personas<sup>68</sup>. Estoy persuadida de la capacidad de pena de las personas jurídicas y lo que se habrá de establecer, por tanto, es un repertorio adecuado a la naturaleza de estas personas del que, por supuesto, quedará excluida la pena privativa de libertad.

#### IV. ¿QUÉ SANCIONES SERÍAN APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS?

1. Las divergencias que he venido esbozando en cuanto al principio romano *societas delinquere non potest* tienen aquí su reflejo. En el fondo nadie niega abiertamente la criminalidad de las empresas y a través de las mismas. Lo que ocurre es que para algunos aplicar las rígidas categorías de la teoría del delito a las sociedades mercantiles resultaría ciertamente distorsionador<sup>69</sup>. Por ello, la discusión actual se centra más en la naturaleza de las sanciones a las empresas<sup>70</sup>: —penas, ¿es,

<sup>68</sup> MANNA, A., *La responsabilidad del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n° 3 luglio-sett. 1992, p. 664-667; CUADRADO RUIZ, M.A., *Protección penal de la salud de los consumidores*, en *Protección penal y Tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*. Univ. de Sevilla, 1997, p. 111 y ss.; la misma, *Protección penal del consumidor en el Estado social y democrático de Derecho*, en *Rev. Internationale de Langues Juridiques et de Droit comparé*, n° 2, 2003; DOVAL PAIS, A., *Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario masivo*, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005.

<sup>69</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en *ADPCP*, 1981, se pregunta si los costos de prescindir de los principios liberales garantizadores de culpabilidad y personalidad de las penas compensan el capricho dogmático de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, p. 378; afirmativamente, BACIGALUPO SAGGESE/ SÁNCHEZ VEGA, *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Barcelona, 2006; FOFFANI, L., *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas*, op. cit.

<sup>70</sup> BAJO FERNÁNDEZ en *De nuevo sobre la responsabilidad...* op. cit., p. 379, se pronuncia en contra de aplicar penas a los entes colectivos, que serían la coartada para la impunidad de sus poderosos socios. Advierte, no obstante que cabría un sistema jurídico penal pensado expresamente para las personas jurídicas, tal y como observa RIGUI, E., en *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid 1991; más ampliamente, QUANTE, A., *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Frankfurt am Main, 2005, p. 175 y ss., 191 y ss.

o no, la empresa penalmente punible?<sup>71</sup>. ¿Bastaría una sanción civil o administrativa?<sup>72</sup>, ¿o una medida de seguridad?<sup>73</sup>, ¿o consecuencias accesorias?<sup>74</sup>. Si con estas últimas soluciones, hasta ahora, ha quedado intacto el principio dogmático de la responsabilidad penal orientada hacia hechos de la persona física, lo que la Reforma penal que está en marcha pretende es solucionar el problema de política criminal respecto a la punibilidad de las empresas<sup>75</sup> y considerarlas personas directamente responsables penalmente.

<sup>71</sup> TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, p. 155; ZUGALDÍA ESPINAR; J. M., *Las penas previstas en el art. 129 del Cp para las personas jurídicas*, en *Poder Judicial*, n° 46, 1997; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra, 2000; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002, p. 215 y ss.

<sup>72</sup> A favor BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, p. 116-117: en el sistema continental la persona jurídica aunque es penalmente irresponsable sufre los mismos castigos de multa, disolución, privaciones de derechos, etc., por la vía de las sanciones administrativas; BARBERO SANTOS, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, en *Doctrina Penal*, n. 35, 1986, p. 397 y ss., TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios*, 1987, p. 35 y vid. también 103-110.

<sup>73</sup> A favor RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones político criminales sobre los delitos societarios*, en *ADPCP*, 1984, p. 689; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Notas para un estudio sobre los fraudes alimentarios*, p. 71; en contra BARBERO SANTOS, *¿Responsabilidad penal...?* op. cit., p. 107, ZUGALDÍA ESPINAR, *Conveniencia político criminal...*, op. cit., p. 87, entienden que el concepto de peligrosidad criminal íntimamente relacionado con el de medida de seguridad no es aplicable a los entes colectivos.

<sup>74</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Las "consecuencias accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español*, en *Derecho penal* n° 1997-1998: El sistema de sanciones penales; MARTÍNEZ RUIZ, J., *Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP*, en *RECPC*, 1999; TAMARIT SUMALLA, J.M., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Cp, Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, en *Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002; GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Cp*, Valencia 2004, p. 121 y ss.; de la FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del art. 129 Cp (medidas aplicables a las personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, Valladolid, 2004.

<sup>75</sup> La Recomendación N° R (88) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, adoptada por dicho Comité el 20.10.1988, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1991, p. 653 y ss., relativa a la responsabilidad de las empresas dotadas de personalidad jurídica por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades recoge una amplia enumeración de posibles sanciones, entre las que prevalecen las de carácter administrativo penal.

2. En mi opinión la cuestión consiste en si verdaderamente la sanción al ente colectivo estriba realmente en una pena, en sanciones de tipo para-penal como las que hasta el presente se han venido imponiendo en el Derecho económico europeo o si son suficientes las sanciones administrativas<sup>76</sup>. Si se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, si son capaces de un comportamiento penal activo u omisivo, y de recibir el reproche ético social, es decir, si son capaces de culpabilidad, entonces la consecuencia jurídico penal debería ser una pena adecuada a su naturaleza, sancionándose a la persona jurídica por encima del derecho contravencional<sup>77</sup>.

En estos casos habría que cuestionarse: primero, si es suficiente la sanción a la empresa, sobre todo, en los casos en los que la actividad sea "expresión de la política de empresa"<sup>78</sup> o si basta la tradicional responsabilidad de la persona física cuando una empresa se utiliza como instrumento o pantalla para delinquir<sup>79</sup> y, en segundo lugar, si hubiese que simultanear ambos regímenes de responsabilidad.

Es evidente que los dirigentes de una empresa, pueden ser sustituidos, quedando intacta la estructura organizativa del sujeto colectivo y su actitud criminal si sólo es objeto de sanciones las personas físicas<sup>80</sup>. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que los Administradores pueden cometer delitos, no en ejecución de iniciativas personales, sino de

<sup>76</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico, desarrollo económico...*, p. 16, "si se consideran penas hay que renunciar al principio de culpabilidad y al de personalidad de las penas", "si se consideran sanciones administrativas, porque, por ejemplo, son impuestas por órganos administrativos, se pone en peligro los principios que deben regir todo procedimiento sancionador, no siempre compatibles con los principios de eficacia e interés público del ámbito jurídico administrativo. Si se consideran que son medidas de seguridad en función de la peligrosidad, el coste que se paga afecta al concepto de peligrosidad y de medida de seguridad". En contra, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Las "consecuencias accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español*, op. cit.; CUADRADO RUIZ, M. A., *Sanciones penales en materia ambiental*, en *Derecho penal ambiental*, Madrid, 2006; AGUADO LÓPEZ, S., *Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005.

<sup>77</sup> Así también HIRSCH, H. J., *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, op. cit., p. 1117.

<sup>78</sup> Cfr. por todos MANNA, A., *La responsabilità del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente*, p. 664.

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Protección penal del ambiente*, en *Rev. de Derec. Púb.* Tomo I, *Derecho Penal y Constitución*, EDERSA, 1982, p. 276.

<sup>80</sup> SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität...* op. cit., p. 18 y ss.

decisiones de la Asamblea o de directrices de la política empresarial. En estos casos castigar sólo al Administrador, sería dejar impune al centro decisorio<sup>81</sup>.

3. Entiendo, por tanto, que la doble vía de punición, en la que fuera compatible la responsabilidad directa de la persona jurídica con la responsabilidad de la persona individual sería la más adecuada<sup>82</sup>. En los casos en los que el autor individual actúe como órgano tendría lugar una doble sanción, en contradicción —a primera vista— con el principio *ne bis in idem*, por cuanto se le impondría una sanción contra él y también, proporcionalmente, la pena contra el ente colectivo. Sin embargo, cuando un órgano de una empresa económica delinque en favor de la empresa, es la empresa la que comete el hecho delictivo. Existe, por un lado, la propia responsabilidad individual, y por el otro, la de la empresa, y ninguna de las dos ha de ser eliminada total o parcialmente puesto que los efectos mediatos de la sanción a la empresa no alcanzan al responsable individual de distinta forma a como lo haría respecto a otros trabajadores o socios<sup>83</sup>. Por eso creo que no sería injusto<sup>84</sup>.

4. El Código penal francés no excluye expresamente las sanciones a personas físicas en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, recoge todo un catálogo de consecuencias jurídicas (arts. 131.37 a 131.44) planteadas a la luz de las exigencias del Derecho penal económico y empresarial. Así, junto a las penas más tradicionales de

<sup>81</sup> REUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 1.

<sup>82</sup> ACKERMANN, B., *Die strafbarkeit juristischer Personen...*, op. cit., p. 206; EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz...*, op. cit., pg 215; también TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal de la empresa*, p. 61: “las penas impuestas exclusivamente al autor-persona física no pueden alcanzar la necesaria eficacia si no van acompañadas de otras sanciones que afecten a la empresa-persona jurídica en cuyo seno, funcional, se produjo la conducta criminal”; asimismo, vid. la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa n° R (88) 18, de 20 de octubre que propone una responsabilidad acumulativa de la persona física junto con una responsabilidad de la persona jurídica, para el caso de infracción del deber de control por la dirección; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *¡ Societas delinquere potest!*, en la Ley, 1996, n° 4136, p. 4; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität*, op. cit., p. 155, 232 y ss., 251 y ss. es partidario una “multa anónima” al grupo como caso excepcional en los que no se pueda individualizar al autor pero, sobre todo, de la intensificación de las sanciones individuales: del renacer de la pena corta de libertad y de la pérdida del “status” vinculada a ella; así también TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, p. 247 y ss.

<sup>83</sup> HIRSCH, H.J., *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, op. cit., p. 1116-1117.

<sup>84</sup> EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz...*, op. cit., p. 214-215.



multa, disolución, suspensión o intervención judicial, se prevén otro tipo de sanciones sin duda novedosas: la exclusión de los mercados públicos de forma definitiva o por un período de hasta cinco años; la prohibición de recurrir al crédito público de forma definitiva o por un período de hasta cinco años; la prohibición de emitir cheques u otros títulos de crédito o cartas de pago por un período máximo de hasta cinco años, entre otras.

5. Algunas de estas sanciones también son recogidas por el ordenamiento español, sin embargo, hasta el momento, no se las denomina penas, sino consecuencias accesorias. De aprobarse el Anteproyecto de Ley orgánica de Reforma del Código penal, de 2006, la rúbrica del Título VI de Libro I del Cp pasaría a denominarse "De las penas aplicables a las personas jurídicas", en vez de "De las consecuencias accesorias", que es cómo actualmente se denomina. Entiendo que no bastaría sólo un cambio de rúbrica sino que debería también incluirse como pena aplicable a las personas jurídicas: la multa y añadirse otras a este catálogo como por ejemplo: la prestación de servicios sociales compensatorios, paralela al trabajo en beneficio de la comunidad, que se aplica a las personas físicas<sup>85</sup> u otras como las que incluye el ordenamiento francés en su Código penal, entre otras.

Esperemos que tras aprobarse esta reforma del Código penal se dejen de utilizar eufemismos y fórmulas encubiertas, ya que supondría un sistema de responsabilidad penal directa de la persona jurídica que permitiría la imputación al ente colectivo.

---

<sup>85</sup> Así también GARCÍA ARÁN, M., *Propuestas de reforma penal*, Seminario de la Fac. de Derecho de la Univ. de Granada, ene 2006.