

LA EVOLUCIÓN IDEOLÓGICA DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA “RESPONSABILIDAD PENAL” DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jesús-María Silva Sánchez¹

Sumario: I. Introducción: modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. A. El modelo de responsabilidad “por atribución”. B. El modelo de responsabilidad por “hecho propio”. II. La teoría del delito y las personas jurídicas. A. En el modelo de responsabilidad por atribución. B. En el modelo de responsabilidad por un hecho propio de la persona jurídica. 1. Previo: las personas jurídicas como destinatarias de directivas y como destinatarias de expectativas de conducta. 2. Los elementos de acción, imputación subjetiva y culpabilidad. 3. El estado de necesidad para los bienes jurídicos y la peligrosidad. 4. El hecho de la persona jurídica y su antijuricidad objetiva. III. El debate sobre la naturaleza de las consecuencias jurídico-penales imponibles por los tribunales penales a las personas jurídicas

I. INTRODUCCIÓN: MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

¿Realizan “hechos” delictivos las personas jurídicas? ¿“Responden” por los hechos delictivos de sus integrantes? Las propuestas de atribución de responsabilidad penal

¹ Catedrático de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra.

a las personas jurídicas oscilan entre un *modelo de responsabilidad por atribución*² y otro denominado de *responsabilidad por un hecho propio*. Ello en función de que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se produzca por una mera transferencia a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en la cúspide de su entramado organizativo (*Zurechnungsmodell*)³ o bien por la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica como tal (modelo de la *originäre Verbandshaftung*)⁴.

A. El modelo de responsabilidad “por atribución”

El modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, la responsabilidad por ese hecho delictivo se *transfiere* a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquélla, son, también, de esta última⁵. Tales hechos, por lo demás, pueden ser de comisión activa o, también, de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección, que den lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de ésta⁶. Lo que queda abierto en todo caso, para este

2 Algunos autores se refieren a este modelo como “modelo de accesoriedad”. Ahora bien: dado que en este contexto “accesoria” no tiene nada que ver con la teoría de la accesoriedad de la participación, se sigue aquí preferentemente la terminología de “responsabilidad por atribución” o “transferida”.

3 SCHOLZ. ZRP, 2000, p. 439: “Ciertamente, sólo puede actuar de modo culpable por naturaleza el individuo (correspondientemente responsable) y no, por contra, la persona jurídica. En otras palabras, desde un punto de vista de dogmática jurídica se trata sólo de la cuestión de si el comportamiento culpable de individuos concretos que tiene lugar en nombre, en interés o bien en la correspondiente responsabilidad orgánica por una persona jurídica, puede ser imputado a esta última desde el punto de vista del derecho penal criminal”. Este modelo debe su nombre a la “teoría de la imputación” del derecho canónico medieval, según la cual a la persona jurídica se le imputa la actuación de las personas físicas que se integran en ella; también se la conoce como “teoría del órgano”. Cfr. NIETO GARCÍA. *Derecho administrativo sancionador*, 1.ª ed., Madrid 1993, p. 313.

4 Cfr. una clasificación parcialmente distinta (forma impropia, forma propia indirecta, forma propia directa) de modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con alusión a los países en que cada uno se habría institucionalizado, en ZUGALDÍA ESPINAR. *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, CPC, 1994, pp. 613 y ss. La forma propia indirecta vendría a coincidir, según creo, con el modelo de atribución, mientras que la forma propia directa se identificaría con el modelo de responsabilidad por hecho propio.

5 STRATENWERTH. „Strafrechtliche Unternehmenshaftung?“, en *Festschrift für R. Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, pp. 295 y ss., 297, 299; ALWART. „Strafrechtliche Haftung des Unternehmens -vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen“, ZStW 105 (1993), pp. 752 y ss., 755; HIRSCH. „La criminalisation du comportement collectif – Allemagne“, en DE DOELDER/ TIEDEMANN (eds.). *Criminal Liability of Corporations*, La Haya, 1996, pp. 31 y ss., 35: se trata de una forma de actividad propia a través de un tercero condicionada por la estructura corporativa.

6 Cfr. HIRSCH, en DE DOELDER/ TIEDEMANN, pp. 56-57.

modelo, es la cuestión del título en cuya virtud la responsabilidad por ese hecho puede ser *transferida* a la persona jurídica.

El modelo de responsabilidad por atribución es el que, con matices, subyace al § 30 de la OWiG, la ley alemana de infracciones de orden⁷, que regula la imposición de una “*Geldbuße*” (multa administrativa) a las personas jurídicas. Este es, a mi juicio, también el modelo que se corresponde con la “*identification doctrine*” anglosajona⁸, según la cual en los casos en que quien comete el delito (realizando tanto el *actus reus* como la *mens rea*) es una persona física lo suficientemente importante en su estructura como para afirmar que expresa el “*directing mind and will of the company*”, entonces la persona jurídica puede ser sancionada directamente en tanto que los actos del órgano *se entienden* como actos de la sociedad¹⁰.

Este modelo abona, a mi entender, sistemas de responsabilidad *alternativa* más que acumulativa¹¹. Y, en esa medida, no fundamenta satisfactoriamente la posibilidad de sancionar tanto al órgano como a la persona jurídica; en realidad, desde la perspectiva que propone habría que afirmar que existe un único hecho de un único sujeto, el del órgano, de modo que la doble sanción incurriría en un *bis in idem*¹².

Por otro lado, no obstante, es cierto que el modelo expuesto elude con bastante facilidad los obstáculos que, desde de la teoría clásica del delito, se arguyen contra la calificación de la persona jurídica como “sujeto” de la infracción. En efecto, al partir de que el órgano ha cometido el delito de modo completo, lo decisivo en ella es la fundamentación político-criminal y dogmática de la “transferencia” de responsabilidad a la persona jurídica. Y para evitar la crítica de que se trataría de una responsabilidad

7 *Ordnungswidrigkeitengesetz*, que contiene normas de derecho penal administrativo.

8 Que, a partir de 1944, sustituyó como fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas a la hasta entonces dominante doctrina de la responsabilidad vicarial o por hecho de otro (*vicarious liability*). Cfr., de modo general, L’HOMME. “La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, enero de 1995, pp. 44 y ss.

9 Esto es, la parte objetiva y subjetiva del delito.

10 Cfr., por ejemplo, WELLS. “Corporations: Culture, Risk and Criminal Liability”, CLR, 1993, pp. 551 y ss., 559; CLARKSON. “Kicking Corporate Bodies and Damning Their Souls”, en MLR 59, julio de 1996, pp. 557 y ss., 560.

11 NIETO GARCÍA. *Derecho administrativo sancionador*, 1.ª ed., pp. 314 y ss.

12 Ciertamente, se apunta por algunos que en realidad se daría una hipótesis de coautoría de la persona jurídica, que no implica un *bis in idem*. Pero tal coautoría, a su vez, sólo podría venir de la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad por un hecho consistente en la omisión de vigilancia del actuar de la persona física que cometió activamente el delito, omisión de vigilancia cometido por otra persona física. Y, entonces, ciertamente el *bis in idem* no concurriría entre la sanción de la persona jurídica y la sanción de la persona física que obró activamente, sino entre la sanción de la persona jurídica y la del órgano que omitió impedir la conducta activa del otro integrante de la empresa.

por un hecho de otro es precisamente para lo que se construye la teoría de la identificación o del “*alter ego*”¹³.

La doctrina reseñada muestra, con todo, problemas en, al menos, tres casos: en el caso en que quien realiza el hecho es una persona de rango inferior en la estructura jerárquica de la empresa, de la que resulta difícil afirmar que representa la voluntad de la sociedad; en el caso en que no se identifica persona física alguna como autora del hecho por atribuir a la persona jurídica; y en el caso en que la persona física cuya responsabilidad habría de ser transferida a la persona jurídica obra de modo inculpable.

Lo primero trató de resolverse en el ámbito anglosajón modificando la *doctrine of identification* (o *alter ego theory*), a la que en ocasiones se le habían añadido los criterios de la *agency* (mandato), y adoptando el puro criterio de la atribución (*attribution*)¹⁴. La consecuencia práctica de este cambio de enfoque es, efectivamente, que permite imputar a la compañía hechos de empleados situados en niveles inferiores a los orgánicos o representativos. El criterio no sería ya la capacidad de la persona física para controlar o determinar la actuación general de la persona jurídica, sino que bastaría con que tuviera una competencia sectorial con autonomía operativa (*branch managers, section heads, etc.*)¹⁵. Este problema, sin embargo, puede resolverse de un modo distinto, a saber, como se señalaba más arriba: centrando el hecho cuya imputación a la persona jurídica fundamenta la responsabilidad de esta última no en la comisión activa llevada a cabo por personas físicas situadas en los niveles intermedios, sino en la omisión de vigilancia o coordinación, ésta sí cometida por los órganos rectores de la empresa¹⁶.

En cuanto al segundo problema, que se corresponde con las situaciones de irresponsabilidad organizada, debe señalarse que sólo es compatible con un modelo de responsabilidad transferida, si se acoge, como en el § 31. 4 OWiG, un modelo de sanción para

13 Que, salvadas todas las distancias, guarda cierta analogía con las doctrinas del actuar en lugar de otro, obviamente aplicadas al revés: esto es, se utiliza para transferir la responsabilidad del órgano a la persona jurídica en lugar de para transferir las condiciones de autoría de la persona jurídica al órgano que carece de ellas (como sucede en las cláusulas usuales del actuar por otro).

14 GRANTHAM. “Corporate Knowledge: Identification or Attribution?”, en MLR 59, septiembre de 1996, pp. 732 y ss.: “The ascription to a company of the action, knowledge or fault of an individual has until recently been on the basis either that the individual was identified as the company or was the company agent. In its recent decision in *Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v The Securities Commission* [1995] 3 WLR 413, the Privy Council has rejected the identification approach and suggested that the principles of agency are but one aspect of the true principle upon which a company is bound, that of attribution”.

15 GRANTHAM. MLR 59, 1996, p. 734. Sobre la oportunidad de este cambio de criterio en casos de toma de decisiones organizada de modo difuso, WELLS. *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 1993, p. 132.

16 Aunque otro motivo podría ser que el modelo de responsabilidad accesoria requeriría una tipificación legal de la cláusula de transferencia de responsabilidad que contuviera el título material de dicha transferencia. Es decir, una cláusula de estructura similar a la del actuar en lugar de otro o, desde otra perspectiva, a la de la autoría mediata.

la persona jurídica independiente de la identificación de la persona física concreta que realizara el hecho punible, este sí concretado.

Por fin, el tercer problema resulta, a mi entender, irresoluble, pese a los intentos de superarlo, y, de algún modo, pone de relieve la inconveniencia de la mezcla que produce el modelo de responsabilidad transferida entre los niveles individual y supraindividual de imputación¹⁷. Seguramente por ello se ha tendido a configurar modelos basados en la responsabilidad propia de la persona jurídica.

B. El modelo de responsabilidad por “hecho propio”

El modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa¹⁸. Es una responsabilidad de estructura “anónima” en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva.

Su génesis se debe a que, en el ámbito anglosajón, la teoría de la identificación, incluso con las modificaciones referidas, seguía sin ser apta para hacer frente a los casos en que no se identificaba a persona física alguna como autora del hecho en cuestión¹⁹. De ahí que dicha doctrina fuera sometida a una intensa crítica, por estimarse además que desconoce el modo de operar de las grandes compañías, en las que las decisiones no responden tanto a criterios individuales cuanto a prácticas y procedimientos estructurales de la compañía en sí. Gráficamente, se había afirmado que la empresa sigue su paso de elefante prácticamente indiferente a la sucesión de jinetes, de modo que debería prescindirse de todas las reglas de atribución y hacer a las compañías, como tales, directamente responsables²⁰. Dicha responsabilidad, se indica, tampoco debería construirse sobre la base de la “*aggregation doctrine*” de origen estadounidense, esto es, por la vía de acumular los elementos objetivos y subjetivos de todas las personas físicas integradas en la estructura organizativa cuyas acciones u omisiones han condu-

17 Cfr. la crítica en ACHENBACH. “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán” (trad. JOSHI JUBERT), en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (coords.) - SILVA SÁNCHEZ (ed. esp.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 406.

18 Cfr. ALWART. ZStW 105 (1993), p. 755

19 Un caso en el que, por otro lado, la necesidad político-criminal de intervención es máxima y se halla, por eso, en la base de cualquier argumentación favorable a la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Cfr. en Alemania el análisis de esta cuestión en ALWART. ZStW 105 (1993), pp. 766-767.

20 CLARKSON. MLR 59, 1996, p. 566: “A better approach would be to effect a complete break from all attribution rules and hold companies, as such, directly criminally liable”.

cido al resultado delictivo²¹. La idea sobre la que habría de construirse tal atribución de responsabilidad no sería otra que la de una “*management failure*” vinculada a la “*corporation policy*”²².

A mi juicio, la discusión continental europea en torno a la denominada “*culpabilidad por defecto de organización*” y a la responsabilidad por la “*actitud criminal de grupo*”, que se proponen como títulos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, se corresponde con el cambio operado en el ámbito anglosajón. Y es cierto que, por esta vía, cabe intentar resolver mejor los casos en que la persona o personas individuales obrantes no han podido ser identificadas o bien han obrado de modo no culpable (con lo que no pueden *transferir* una responsabilidad que no ha surgido). Pero también este modelo presenta problemas. Por un lado, el de dónde cabe localizar el referido hecho propio de la persona jurídica (ni la actitud criminal de grupo ni el defecto de organización son –en sentido estricto– “hechos”). En efecto, mientras que la cuestión del hecho no plantea problemas en un modelo de responsabilidad *transferida* (es el hecho de un órgano o de otro miembro de la persona jurídica), sí lo plantea en el modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica, en el que no resulta fácil singularizar los elementos de tal hecho. Necesariamente, el hecho debería delimitarse en torno a la vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial, en la medida en que ésta haya sido determinante de la producción del resultado delictivo por la actuación de alguna persona física identificada o no. Pero no está claro que pueda hablarse de que tal vulneración es un hecho de la propia persona jurídica. Más bien, podría decirse, será un hecho de los órganos encargados de la vigilancia o coordinación del desarrollo de las actividades de la empresa. Con lo que, de nuevo, los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por hecho propio acabarían en la imputación de un hecho ajeno, aunque ahora éste sea el hecho del órgano de vigilancia. Por expresarlo de otro modo: cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo. En realidad, pues, puede afirmarse que, en buena medida, las construcciones de la culpabilidad por defecto de organización siguen estrechamente vinculadas a la atribución como propio de un hecho ajeno; en este caso, la omisión de los órganos rectores de la persona jurídica. Claro es que esto no implica que estén vinculadas a la identificación del autor de ese hecho²³. Pero eso, como se ha visto, tampoco era una consecuencia inevitable del modelo de la accesoriidad.

21 WELLS. CLR 1993, p. 564: doctrina del “collective” o “aggregated knowledge”. Esta doctrina, como se advierte, pretendía arbitrar una fórmula de superación de la “irresponsabilidad organizada” derivada de la disociación de los diferentes elementos del delito entre diversas personas físicas integradas en la estructura de la empresa.

22 CLARKSON. MLR 59, 1996, pp. 569 y ss.

23 Lo que determina que, a mi juicio, no estén justificadas las críticas que efectúa GRACIA MARTÍN. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, AP 1993, 39, pp. 583 y ss., 604.

El segundo problema que apunta la doctrina a propósito de este modelo es el de cómo podría sancionarse a la empresa por un hecho propio, en sí mismo considerado, sin una tipificación de las posibles formas de organización peligrosas en que puede incurrir²⁴. Ahora bien: creo que esta objeción puede salvarse si se tiene en cuenta que dicha sanción requeriría un acto de alguna persona física que produjera un resultado penalmente relevante y que, a su vez, se hubiera visto favorecido, en los términos convencionales de la teoría de la imputación objetiva, por el defecto de organización de la empresa. Así, la responsabilidad de la persona jurídica por un hecho propio de favorecimiento estaría sujeta a una cierta accesoriedad, en el sentido de la teoría convencional de la participación, con respecto a la actuación principal de alguna persona física, haya sido ésta identificada o no. Los problemas, como se verá, no vienen de aquí sino de otros aspectos de la construcción del “hecho propio” de la persona jurídica.

II. LA TEORÍA DEL DELITO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS²⁵

A. En el modelo de responsabilidad por atribución

Como se ha indicado, el modelo de responsabilidad transferida no plantea, en pureza, problemas desde la perspectiva de la teoría del delito. En la medida en que los elementos de acción, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad los realiza la conducta del órgano, aquellos problemas se ven “eludidos”. En cambio, surge la cuestión dogmática de la naturaleza del título de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por los hechos de sus órganos. Y, obviamente, la cuestión político-criminal de si ese título puede justificar efectivamente la *transferencia* de responsabilidad. Mientras que la transferencia de los aspectos objetivos que fundamentan tal responsabilidad podría no plantear problemas, como después veremos con algo más de detenimiento, no aparece fácil fundamentar una “transferencia” de los elementos subjetivos de las personas físicas actuantes a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta última. Creo, por ello, que no le falta razón a la postura que afirma que “tal imputación ‘normativa’ del comportamiento individual ‘como propio del grupo’ se reduce a una mera imputación objetiva, que podría ser suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-civiles o de derecho público, pero no precisamente para la culpabilidad subjetiva y la pena”²⁶.

24 Lo advierte ALWART (ZStW 105 [1993]), p. 769: “kollektive Zurechnung (ist) ohne Bildung eines Deliktstyps nicht begründbar”.

25 Sobre el desarrollo fundamental de este debate en la década de los años cincuenta del siglo xx, cfr. S. BACIGALUPO. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 126 y ss.

26 KÖHLER. „Strafrecht AT“, Berlín, 1997, p. 562. Asimismo, ahora, JAKOBS. *Strafbarkeit juristischer Personen?*, mecanografiado inédito 2001, p. 8: “no existe una culpabilidad jurídico-penal transferible”.

B. En el modelo de responsabilidad por un hecho propio de la persona jurídica

Este modelo obliga a analizar la posibilidad de que concurran en la actividad de las personas jurídicas los elementos de las categorías de la clásica teoría del delito, que constituyen los presupuestos de la imposición de la pena “clásica”²⁷. Pues bien, debe subrayarse que, en este punto, incluso los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas asumen, de uno u otro modo, la siguiente constatación fundamental: “Si, apelando al idealismo alemán, el delito se entiende como un obrar humano que se basa en la autoconsciencia de la persona como ser racional, la sanción a un colectivo no puede ser de ningún modo pena en sentido clásico, mediante la que se compense una lesión de la libertad imponiéndole al delincuente una pérdida de sus propios derechos de libertad”²⁸. A continuación trataremos de examinar hasta qué punto las cosas son así.

1. *Previo: las personas jurídicas como destinatarias de directivas y como destinatarias de expectativas de conducta*

Superados los términos del debate tradicional entre las teorías de la ficción y de la realidad, resulta difícil cuestionar que las personas jurídicas son sujetos sociales reales, distintos de las personas físicas que se integran en ellas²⁹. Las personas jurídicas constituyen, en efecto, los agentes económicos por excelencia y, a partir de ahí, son agentes sociales fundamentales³⁰. Ahora bien: la cuestión que aquí interesa es si esa condición de sujetos sociales permite caracterizarlos como destinatarios de normas jurídico-penales. El tema es, desde luego, complejo y controvertido³¹. A mi juicio, la respuesta que haya de darse a la pregunta planteada depende del concepto de norma jurídico-penal del que se parta. Si, conforme a un modelo clásico, las normas penales se entienden como directivas de conducta (normas de determinación), entonces mi impresión es que las personas jurídicas no pueden ser destinatarias de ellas³². Las directivas, que tratan de influir sobre la conducta de sus destinatarios mediante argumentos de

27 La obra en la que he visto una construcción más completa de una teoría del delito de la persona jurídica, sobre la base de la idea de “acción institucional”, como producto normativamente construido, todo ello enclavado en un sistema de doble imputación (a la persona física y a la jurídica) es la de BAIGÚN. *La responsabilidad penal, passim*, en especial pp. 38 y ss.

28 DANNECKER. „Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände“, GA 2001, pp. 101 y ss., 107.

29 Así, también, GRACIA MARTÍN, AP 1993, 39, p. 585.

30 Cfr., en este sentido, por ejemplo, HIRSCH, en DE DOELDER/TIEDEMANN (eds.). *Criminal Liability*, pp. 34-35; KÖHLER. AT, p. 558.

31 A mi juicio, la exposición de DANNECKER (GA, 2001, pp. 108 y ss.) resulta en este punto poco convincente.

32 Cfr., sin embargo, EHRHARDT. *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlín, 1994, pp. 186 y ss., para quien las personas jurídicas pueden ser tanto destinatarias de normas jurídico-penales, como destinatarias de un reproche ético-social; H.-J. SCHROTH. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Gießen, 1993, pp. 4, 22.

racionalidad instrumental y de racionalidad valorativa, presuponen personas naturales, dotadas de autoconciencia y libertad. En otras palabras, si bien los “hechos” de las personas jurídicas pueden ser objeto de las normas de valoración penales que subyacen a las normas de determinación y, en este sentido, como se verá, antijurídicos, no pueden ser, en cambio, antinormativos, en el sentido de expresar el actuar contra la norma de determinación de un sujeto que podía actuar conforme a ella.

Ahora bien: por lo mismo, las cosas pueden verse de otro modo si la norma se entiende como expectativa de conducta institucionalizada, de modo que serían normas penales aquellas expectativas de conducta que, por su relevancia para la identidad normativa de una determinada sociedad, son protegidas mediante sanciones penales³³. En efecto, resulta entonces bastante claro que puede estimarse que también las personas jurídicas, en tanto que agentes económicos y sociales reales, son socialmente construidas como *centros de imputación* de la frustración de expectativas normativas y sujeto pasivo de las consecuencias de ella³⁴. Las personas jurídicas, que no pueden ser destinatarias de directivas, sí son construidas como destinatarias de expectativas sociales de conducta y, en esa medida, como sujetos en sí mismas³⁵. Expresado de otro modo: las personas jurídicas pueden aparecer como “centro de imputación” de la defraudación de expectativas normativas³⁶ o de la lesión de normas de valoración. Pero no pueden ser destinatarias de directivas que presupongan la libertad de acción.

Por lo demás, la hipótesis de que las personas jurídicas son sujetos del derecho (también del sancionatorio), aunque no estén en condiciones de vulnerar directivas jurídico-penales, puede reafirmarse desde la perspectiva de la polémica sobre si la sanción penal de las personas físicas y, acumulativamente, la sanción administrativa de las personas jurídicas en las que se integran, constituyen un “*bis in idem*” o no. Para un sector de la doctrina se da aquí *unidad de sujeto*, pues la persona jurídica sólo puede actuar mediante la física, debiendo reconducirse el problema a los argumentos sobre unidad o no de

33 A mi juicio, FEJÓO (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, RPCP n.º 9, pp. 235 y ss., 262 y ss.) se sirve indistintamente de los dos conceptos de norma, lo que resta claridad a su punto de vista.

34 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., Berlín, 1991, 6/44: en la acción se trata “de la determinación valorativa del sujeto de imputación”, y eso, por lo demás, haría posible entender que las personas jurídicas actúan. De modo relativamente próximo en la terminología, GRACIA MARTÍN, AP, 1993, 39, pp. 586-587, aunque sin derivar de ahí la consecuencia de que las personas jurídicas puedan “actuar” de modo contrario a expectativas.

35 JAKOBS. *Strafbarkeit*, p. 13, quien lo explica ahora diciendo que las expectativas normativas dirigidas a la persona jurídica aparecen como expectativas indeterminadas, difusas en cuanto al órgano que habrá de actuar para atenerse a ellas.

36 Por eso BACIGALUPO, partidaria de la responsabilidad penal en sentido estricto de las personas jurídicas, enmarca esta cuestión en el proceso de reestructuración de la idea de sujeto en derecho penal, que, según entiende, conduciría a una concepción del sujeto como sistema (*La responsabilidad...*, pp. 354 y ss., 365). *Vid.* también, BACIGALUPO. “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto en derecho penal”, CPC 67, 1999, pp. 11 y ss.

fundamento³⁷. Sin embargo, parece dominante la postura que entiende compatible la sanción penal a la persona física con la sanción administrativa a la persona jurídica³⁸, con base en el argumento de la divergencia del sujeto activo. Y, desde luego, esta postura explica mejor la dualidad de consecuencias jurídicas que una hipotética diversidad de fundamento, que no es posible hallar en la inmensa mayoría de los casos.

2. *Los elementos de acción, imputación subjetiva y culpabilidad*³⁹

Cabe adoptar, desde luego, dos concepciones contrapuestas a propósito de las personas jurídicas: o ver en ellas, en alguna medida, “personas” o ver en ellas simplemente “cosas”. Para un sector doctrinal, no es posible salir de la idea de que las personas jurídicas son cosas o instrumentos peligrosos en manos de las personas físicas. Como tales cosas, no realizan acciones, de modo que las reacciones del derecho penal que recaigan sobre aquéllas habrán de estar orientadas exclusivamente a combatir su peligrosidad como instrumentos de otro, ajena a cualquier consideración de antijuricidad y de culpabilidad⁴⁰.

Ahora bien: si se parte de que desde el derecho se atribuye a las personas jurídicas la condición de “centros de imputación” podría afirmarse, coherentemente, que sus hechos constituyen, en cuanto tales, expresión de sentido, y que pueden ser objeto de una valoración. Si, a continuación, se cifra en este extremo la concurrencia de una acción, entonces las personas jurídicas actúan (esto es, interactúan, comunican). No obstante, lo que el derecho, al atribuir a las personas jurídicas la condición normativa de sujetos, no puede hacer es atribuirles autoconciencia y libertad⁴¹. En este punto, en efecto,

37 CID MOLINÉ. “Garantías y sanciones”, RAP 140, mayo-agosto de 1996, pp. 131 y ss., 163-164 nota 53.

38 Así, entre otros, GARCÍAS PLANAS. “Consecuencias del principio ‘non bis in idem’ en Derecho penal”, ADPCP 1989, p. 115; DEL REY GUANTER. *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990, p. 134; ARROYO ZAPATERO. “El ‘ne bis in idem’ en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social”, en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho judicial, 1997, pp. 289 y ss., 315-316. Con todo, ARROYO pone de manifiesto el problema que surge al hallarse la persona física en dos procedimientos, el administrativo en calidad de testigo y el penal en calidad de imputado.

39 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR. CPC, 1994, pp. 621 y ss.; HIRSCH. *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Opladen, 1993, pp. 9 y ss., 13 y ss.

40 Cfr. últimamente la radical afirmación de FEIJÓO (RPCP n.º 9, p. 271): “Las personas jurídicas [...] no son en esencia más que un patrimonio (un patrimonio común distinto al de los socios o de las personas que realizan aportaciones). Y un patrimonio no realiza acciones antijurídicas y culpables”, de modo que “las medidas más idóneas para combatir ese indudable factor criminógeno son medidas preventivo-especiales basadas en la peligrosidad objetiva o instrumental de la agrupación que deben ser aplicadas por órganos jurisdiccionales penales” (p. 273).

41 PÉREZ MANZANO. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AP, 1995, 2, pp. 15 y ss., 20: las personas jurídicas carecen del sustrato psico-espiritual o de las condiciones existenciales que permiten hablar de una voluntad en sentido psicológico; ROXIN. *Strafrecht*, AT, I, 3.ª ed., Múnich, 1997, 8/58.

tropieza con los límites ontológicos de la construcción jurídica de los conceptos. Dado que las personas jurídicas carecen de autoconsciencia y libertad, sus hechos no pueden mostrar las características mínimas de la acción humana tal como ésta se examina en los niveles sistemáticos de la *acción*, la *imputación subjetiva* y la *culpabilidad* desde la perspectiva de una construcción del delito que no prescinde de la concepción directiva de las normas jurídico-penales. Desde esta perspectiva, en la persona jurídica no se dan los mínimos para afirmar la presencia de una acción⁴².

Con todo, no cabe ninguna duda de que el centro de todas las discusiones acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la culpabilidad⁴³. En efecto, en la medida en que no cabe dirigir un reproche jurídico en sentido estricto sino a un sujeto dotado de conciencia y libertad, está claro que de los hechos de las personas jurídicas no puede predicarse una culpabilidad en sentido clásico⁴⁴.

La doctrina ha tratado de eludir los obstáculos que el principio clásico de culpabilidad levanta frente a la pretensión de atribuir consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas mediante diversos expedientes: por un lado, mediante la reconfiguración general del concepto de culpabilidad (partiendo del concepto funcional de culpabilidad); por otro lado, por medio de la ampliación del concepto de culpabilidad de modo específico para el ámbito de la empresa (construyendo un concepto de culpabilidad por defecto de

42 Cfr. KÖHLER. AT, p. 562: la persona jurídica “no es un sujeto que refleje vigencia con un centro propio de autoorientación, que estuviera en condiciones de co-constituir la vigencia de la norma determinante para el derecho penal. Por tanto, no puede lesionar el ‘Derecho como Derecho’ mediante la pretensión de vigencia de una máxima de injusto libremente elegida”. Desde una perspectiva distinta, llega ahora a conclusiones muy próximas JAKOBS. *Strafbarkeit*, pp. 3, 8: “Por tanto, aunque las personas jurídicas desde luego son - de modo comparable a los niños y a los inculpables- personas, no son ‘personas activas’ para el derecho penal”.

Desde la perspectiva clásica, negando la posibilidad de que realicen una acción final, CEREZO MIR. *Curso I*, 1, 4.ª ed., Madrid, 1994, pp. 313-314; MIR PUIG. *Derecho penal*, PG, 5.ª ed., Barcelona 1998, 7/51 y ss., acogiendo asimismo la tesis de la incapacidad de acción; negando la existencia en ellas de un querer propio, COBO / VIVES. *Derecho penal*, PG, 5.ª ed., Valencia, 1999, p. 355; LUZÓN PEÑA. *Curso de derecho penal*, PG, I, Madrid, 1996, p. 290, aludiendo a la exigencia de una voluntad derivada de la situación de consciencia del aparato espiritual de un individuo concreto.

43 En cambio, la cuestión del dolo y la imprudencia se ha hallado, aparentemente, siempre en un segundo plano.

44 La culpabilidad, como acto con significado comunicativo, toma de posición frente a la norma, la asocia ahora JAKOBS (*Strafbarkeit*, p. 10) a la persona que tiene “una autoconsciencia competente en términos comunicativos”. Por ello (p. 13) considera que “no hay una deautorización de la norma por la persona jurídica en sí misma: el rol del autor en sentido jurídico penal no lo puede desempeñar por falta de configuración”. Por su parte, PÉREZ MANZANO (AP, 1995, 2, p. 21) insiste en que el reproche que se hace a la persona jurídica no es comparable con el sentido clásico que tiene el juicio de reproche que se formula a la persona física. Pero cfr. DOLCINI. “Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio”, en RIDPP, 1999, p. 23, en el sentido de que, si se prescinde de tales elementos psicológicos y connotaciones éticas, no habría obstáculo para la responsabilidad de la persona jurídica. Para HIRSCH (en DE DOELDER/ TIEDEMANN (eds.). *Criminal Liability*, p. 38), a las personas jurídicas sí se les podría predicar una culpabilidad entendida en el sentido del lenguaje ordinario y en absoluto exenta de connotaciones morales.

organización)⁴⁵; en tercer lugar, mediante la elaboración de un concepto paralelo al de culpabilidad (el estado de necesidad para los bienes jurídicos); y en cuarto lugar, apelando sencillamente a la idea de peligrosidad y elaborando consiguientemente sistemas de medidas independientes de la culpabilidad. Ahora bien, todos estos intentos tienen un punto en común: se distancian radicalmente de cualquier concepto de culpabilidad como juicio de reproche que presuponga autoconciencia y libertad⁴⁶. La cuestión es si este último puede ser el único criterio de legitimación de las restricciones de derechos producidas por medio del derecho penal.

Como es sabido, simplificando al máximo el concepto funcional de culpabilidad, que parte de JAKOBS, puede afirmarse que, para el mismo, debe afirmarse la concurrencia de culpabilidad cuando la sanción penal es necesaria para el restablecimiento de la vigencia de la norma, lo que sería imposible de otro modo. La premisa de este concepto es, por tanto, que haya tenido lugar una lesión de la vigencia de una norma, algo que presupone un comportamiento de un sujeto competente para producir tal efecto comunicativo. Pues bien, a partir de estas premisas se ha intentado construir una culpabilidad de las personas jurídicas, que, obviamente, partiría de entender que éstas poseen la capacidad de poner en cuestión la vigencia de la norma por medio de la actuación de sus órganos, y que es necesario que reciban precisamente una pena, al no poderse producir el restablecimiento de la norma mediante la mera sanción de las personas físicas intervinientes y otras medidas acumulativas⁴⁷. Todo ello, que presupone una concepción filosófica fuertemente despersonalizada, se aleja significativamente de las premisas que subyacen a la imposición de las penas a sujetos individuales. Tanto que surge, inevitable, la pregunta de si la *extensio* de un concepto como el de culpabilidad puede abarcar realidades tan distintas, sin perder prácticamente toda *intensio*⁴⁸. Hasta el momento, desde luego el desarrollo doctrinal no se dirige en este sentido.

45 Crítico con respecto a estos intentos, FEIJÓO. RPCP n.º 9, pp. 251 y ss.

46 En este sentido, PÉREZ MANZANO. AP, 1995, 2, p. 26.

47 Cfr. el mejor estudio y desarrollo de esta concepción en BACIGALUPO. “La responsabilidad penal...”, pp. 199 y ss., poniendo de relieve que se trata de un concepto que prescinde de la idea de sujeto libre y, más aún, de la idea de sujeto individual, para pensar en el sujeto como “sistema de imputación”. A partir de esta idea (pp. 220-221) sería posible afirmar que el individuo no es el único sujeto posible del derecho penal. Con todo, la misma autora (pp. 221-222) reconoce que el estado de elaboración del planteamiento de JAKOBS no permite considerar a la persona jurídica como sujeto del derecho penal, dado que “mantiene en la concepción del sujeto un referente material determinado por la persona y cuyo ámbito normativo se encuentra dado por el ciudadano”. La última publicación de JAKOBS pone de relieve hasta qué punto estas líneas, escritas cuatro años antes, eran acertadas. En efecto, la persona autoconsciente, la única que puede ser penalmente responsable, es, para JAKOBS, mucho más que un puro centro de imputación. Y, sin embargo, esto último es a lo más que puede llegar la persona jurídica, por mucho que ésta tenga una vida propia, de la que no puede ser autoconsciente

48 Sobre los términos *extensio* (campo conceptual) e *intensio* (contenido conceptual), cfr., por ejemplo, BUND. *Juristische Logik und Argumentation*, Friburgo, 1983, p. 14.

En cambio, sí está gozando de cierto predicamento la doctrina del “*Organisationsfehler*” o bien “*Organisationsverschulden*”⁴⁹ (culpabilidad por defecto de organización) como fundamento de la imposición de penas a las personas jurídicas⁵⁰. Ahora bien: de entrada debe señalarse, como se indicó más arriba, que resulta más que dudoso si la culpabilidad por defecto de organización es expresión de una culpabilidad en sentido estricto de la persona jurídica o, por el contrario, una regla de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el hecho culpable de las personas físicas que, en el seno de la misma, infringen los deberes de organización y vigilancia que recaen sobre ellos. En este sentido, apunta *Schünemann* que este modelo no sale del esquema de la “*Fremdzurechnung*” (imputación de un hecho ajeno), pues a tal efecto es lo mismo que a la persona jurídica se le impute el delito cometido directamente de modo activo por un órgano o que lo que se le impute sea un defecto de organización (una omisión) de otro órgano⁵¹. Por lo demás, del defecto de organización no se puede derivar, en sí, una “culpabilidad”: el defecto de organización sería, más bien, un “dato objetivo”, quedando pendiente de aclaración la cuestión de en qué casos y por qué la persona jurídica puede ser estimada “culpable” del defecto de organización que se produce en su seno. La búsqueda de la culpabilidad de una persona jurídica debería partir entonces, hipotéticamente, de la constatación de algo así como un “poder organizarse de otro modo”. Pero en este punto la imagen antropológica es tan fuerte que resulta discutible la propiedad de aplicarla a personas jurídicas.

Las dificultades que se constatan, además de con la idea de culpabilidad en sí misma, tienen que ver con lo problemático de precisar en qué consiste el “hecho” de la persona jurídica, algo que resulta fundamental cuando, según parece, se trata de construir conceptos de “culpabilidad por el hecho” (concreto). De ahí que los intentos doctrinales de conformar la culpabilidad de las personas jurídicas recuerden a la idea de culpabilidad por la conducción de la vida (*Lebensführungsschuld*)⁵² o por el carác-

49 U “*Organisationsschuld*”: SCHROTH. *Unternehmen als Normadressaten*, pp. 191 y ss.

50 Debida fundamentalmente a TIEDEMANN. Cfr., entre otros muchos trabajos del mismo autor, TIEDEMANN. “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW*, 1988, pp. 1169 y ss., 1172. Asimismo, ÍD. “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado”, en GÓMEZ COLOMER/ GONZÁLEZ CUSSAC (COORDS.). *La reforma de la justicia penal*, Castellón, 1997, pp. 25 y ss.

51 SCHÜNEMANN. “Ist eine direkte Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?”, en *International Conference on Environmental Law*, Taipei, 1992, pp. 433 y ss., 459; KÖHLER. AT, p. 562.

52 Cfr. la caracterización de la misma, por ejemplo, en JESCHECK. *Tratado de derecho penal* (trad. de la 3.ª ed. alemana por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), I, Barcelona 1981, pp. 581 y ss., contraponiéndola a la “*Einzelhatschuld*” (culpabilidad por el hecho individual), y subrayando que aquélla parte de la constatación de que “con frecuencia el obrar del hombre no es conducido por medio de reflexiones conscientes, sino por impulsos procedentes del ámbito del carácter adquirido que actúan automáticamente”. En mi opinión, esa dimensión de automaticidad y de historicidad de la empresa, de algo que escapa al control de los órganos que ésta tenga en un momento determinado, es lo que pretende subrayarse, en la medida en que contribuya a la producción de delitos, como elemento fundamentador de la “culpabilidad” de la persona jurídica.

ter⁵³. Así, las expresiones “actitud criminal de la agrupación” (*Schünemann*), la “disposición criminal de la agrupación” (*Marxen*), el “espíritu de la agrupación en sentido normativo (*Brender*)⁵⁴ así como el reciente planteamiento de HEINE, que propone una “culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial” (*Betriebsführungsschuld*)⁵⁵, constituyen una clara evocación de aquella doctrina, aparentemente superada en nuestro ámbito de cultura jurídica. En todo caso, esta “*kriminogene innere Verfassung*”, como ahora la denomina también JAKOBS⁵⁶, sigue sin mostrar los elementos de identidad y autoconsciencia que, vinculando el pasado y el presente, puedan fundar una responsabilidad penal en sentido estricto. En última instancia esa culpabilidad por la conducción de la vida de un sujeto no autoconsciente constituye algo no muy distinto de otra forma de designar a la peligrosidad.

3. *El estado de necesidad para los bienes jurídicos y la peligrosidad*

SCHÜNEMANN ha negado que la imposición de consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas pueda legitimarse con base en la culpabilidad, dado que ésta es, a su juicio, inexistente en las personas jurídicas. A partir de ahí ha propuesto un modelo alternativo de legitimación de la imposición de sanciones: un estado de necesidad preventivo, que él denomina “*Rechtsgüternotstand*” (estado de necesidad para los bienes jurídicos. Dicha situación, en la primera concepción del autor, requería que no se pudiera probar la autoría de ninguna persona física en concreto (en este sentido, era un modelo de responsabilidad subsidiaria) y que un defecto de organización de la empresa hubiera favorecido el hecho o dificultado su prueba⁵⁷. En la concepción actual, en cambio, ya no se requiere la imposibilidad de determinación de un autor individual, así que el modelo es de responsabilidad acumulativa⁵⁸. Según esta propuesta, la sanción imponible a la persona jurídica habría de compensar la actitud criminal de grupo, y su legitimación se hallaría en la necesidad de contrarrestar la potenciación de peligros que supone la conformación de un sistema de acción colectiva en la empresa⁵⁹. Por lo demás, y a diferencia de la mayoría de las demás tesis expuestas, la sanción procedería a partir de la actuación de cualquier miembro de la persona jurídica y no sólo de sus órganos⁶⁰.

53 Expresamente en este sentido, LAMPE. “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, ZStW 106 (1994), pp. 683 y ss., 733.

54 Cfr. las referencias en GRACIA MARTÍN. AP 1993, 39, p. 596.

55 HEINE. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden 1995, pp. 288 y ss.

56 JAKOBS. *Strafbarkeit*, pp. 12-13: constitución interna criminal.

57 *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Clonia, 1979, pp. 236 y ss.

58 Cfr. también “Punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea” (trad. PEÑARANDA/PÉREZ MANZANO), en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 565 y ss., 590 y ss.

59 *International Conference*, p. 465.

60 Salvo los casos de *Exzeßtat* del individuo, concepto cuya precisión es fundamental, también para nuestras consecuencias accesorias: SCHÜNEMANN. *International Conference*, p. 466.

El modelo se separa radicalmente, desde luego, de la idea de culpabilidad, pero es dudoso que consiga hacerlo plenamente de la idea de peligrosidad y que sus reacciones muestren una gran diferencia con respecto a las medidas de seguridad. En todo caso, este principio de legitimación requiere que se trate de reacciones apropiadas, necesarias y proporcionadas, elementos que recuerdan significativamente a la lógica de las medidas de seguridad⁶¹.

4. *El hecho de la persona jurídica y su antijuridicidad objetiva*

A las dificultades apuntadas en cuanto a la culpabilidad se añaden otras relativas al hecho. En efecto, ciertamente en el modelo de responsabilidad *transferida* no es preciso buscar un hecho propio de la persona jurídica: su “hecho propio”, como se ha indicado, lo es por medio de otro (la comisión activa o comisión por omisión del órgano). Basta sencillamente precisar el título de imputación a la persona jurídica del hecho del órgano como hecho propio a efectos de responsabilidad⁶². Ahora bien: ya se han puesto de relieve los problemas de ese modelo y se ha apuntado la tendencia a buscar una “responsabilidad” originaria de la persona jurídica basada en un hecho propio. ¿Dónde puede situarse el hecho propio y concreto de la persona jurídica que habría de dar lugar a la imposición a ésta de consecuencias jurídico-penales?

A mi juicio, está claro que las personas jurídicas pueden ir configurando con el tiempo, y sin que ello sea atribuible a nadie en particular, una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de sus integrantes (organizándose de una determinada manera o generando una actitud criminal de grupo). Y asimismo puede afirmarse que ese “estado de cosas” puede ser penalmente antijurídico, en tanto que lesivo de normas penales de valoración. Ahora bien: lo cierto es que esto no tiene nada que ver con un injusto personal, ni siquiera con la antijuridicidad objetiva de un hecho concreto. El injusto de la persona jurídica se hallaría, más bien, en una conducción de la vida jurídicamente desaprobada⁶³. Como ha expresado con claridad LAMPE, la empresa potencialmente criminal da lugar a un injusto de sistema (*Systemunrecht*), ya por su filosofía criminógena, ya por su deficiente estructura de organización: esto constituye un *estado de injusto*⁶⁴.

61 Claramente en la línea de proponer reacciones consistentes en medidas de seguridad, FEILÓO. RPCP n.º 9, p. 269, quien añade que “esta posición tiene, además, una ventaja indudable frente a la reformulación del principio de culpabilidad. En la medida en que se busca sobre todo prevenir hechos futuros se puede prescindir del dolo o la culpa de la persona física, de su conocimiento de la antijuridicidad o de sus motivos para infringir la norma penal presentes en el hecho anterior”.

62 Aludiendo a la relación funcional y, además, a la inevitabilidad del hecho del órgano por la persona jurídica HIRSCH, en DE DOELDER/ TIEDEMANN (eds.). *Criminal Liability*, p. 59.

63 “Rechtlich mißbilligte Lebensführung”: JESCHECK. „Lehrbuch des Strafrechts“, AT, 4.ª ed., Berlín, 1988, p. 380.

64 LAMPE. ZStW 106 (1994), pp. 715 y ss.

Desde luego, esto no constituye un hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por el hecho que diera lugar a la imposición de una pena. Pero me parece que sí constituye la base fáctica suficiente para imponer, sin vulnerar el principio del hecho, consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas.

III. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES IMPONIBLES POR LOS TRIBUNALES PENALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Se ha señalado recientemente⁶⁵ que ya en la denominación de las “sanciones” aplicables tendría que quedar claro que “en las penas contra colectivos no se trata de clásicas penas criminales que presupongan la libertad de la persona y por ello sólo puedan imponerse a individuos, sino de consecuencias jurídicas distintas en el derecho criminal”. Y, en efecto, a partir de lo anterior, parece que hay que sostener que cualquier consecuencia jurídica que imponga un juez penal por los hechos de las personas jurídicas carecerá hasta tal punto de los presupuestos de la pena clásica, que la propia denominación de pena sea inconveniente⁶⁶. Ahora bien: afirmado esto, que desde luego tampoco es aceptado por todos, se abre todavía un amplio espacio a la duda. Así, unos autores hablan de que se trata de medidas⁶⁷, vinculándolas, sin embargo a un “restablecimiento del derecho” que es más bien propio de las penas. Otros, incluso negando que las consecuencias aplicables a las personas jurídicas sean de naturaleza penal, admiten que operan como cuasi-penas (*strafähnlich*)⁶⁸, o las remiten a una “cuarta vía”⁶⁹.

65 DANNECKER. GA, 2001, p. 108.

66 El propio DANNECKER (GA 2001, p. 114), que parte de esta premisa, alude a unas “an der Gefährlichkeit orientierten Sanktionen” (sanciones orientadas a la peligrosidad), lo que es tanto como calificarlas de medidas de seguridad.

67 STRATENWERTH. *FS f. R. Schmitt*, 1992, pp. 295, 304.

68 Otto. *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlín, 1993, pp. 18 y ss., 25, 28. concluye que se trata de medidas del derecho de supervisión de la economía (*wirtschaftsaufsichtsrechtliche Maßnahmen*), completamente al margen del ámbito en el que rige el principio de culpabilidad, pero que operan de modo análogo a las penas (*strafähnlich*) de modo que su imposición debe ir acompañada de todas las garantías jurídico-penales y procesales clásicas.

69 MAPELLI CAFFARENA. “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal”, RP 1, 1997, pp. 43 y ss., 49. Pero concluye que, aunque “formalmente no puedan considerarse medidas, las consecuencias establecidas en este precepto tendrán que regularse materialmente de acuerdo con los principios generales que regulan aquéllas” (p. 53). Por su parte, DE LA CUESTA ARZAMENDI (“Una nueva línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas”, en MESSUTI/SAMPEDRO [coords.]. *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp. 66 y ss., 80) opta por la “construcción de una nueva vía de intervención penal”, “con criterios de aplicación y niveles garantistas asimilables a los que en la actualidad constituyen presupuestos fundamentales del derecho penal individual”.

En España, el hecho de que el derecho vigente aluda, indefinidamente, a unas “consecuencias accesorias”⁷⁰ permite que se mantengan, al menos, cuatro posiciones al respecto: la de quienes entienden que las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 129 CP son penas⁷¹; la de quienes consideran que son medidas de seguridad cuyo destinatario es la persona física que comete el delito, a la que se priva de una “cosa” o instrumento objetivamente peligroso⁷²; la de quienes las interpretan como medidas de seguridad que recaen directamente sobre la persona jurídica; y la de quienes, en fin, consideran que se trata de consecuencias jurídico-administrativas no sancionatorias que se imponen en el proceso penal por razones de economía procesal⁷³.

En estas páginas nos distanciamos de la tesis de que se pueda tratar de penas por las razones antedichas. Y asimismo, de la tesis de que son medidas de seguridad que recaen sobre la persona física que, dentro de la empresa, haya cometido el delito, privándole del instrumento peligroso que conforma la estructura orgánica de la persona jurídica. Esta última postura, en efecto, más allá de mantener una concepción, a mi entender inadecuada, de la persona jurídica como cosa o instrumento, ha de afrontar importantes obstáculos político-criminales. En concreto, no puede fundamentar la imposición de consecuencias jurídico-penales a una persona jurídica cuando la persona física autora del delito en cuestión ha fallecido antes de concluir el procedimiento, o es condenada personalmente a una inhabilitación, o no ha podido ser identificada, entre otras situaciones próximas. Pues en ninguno de esos casos se cumpliría la pretendida finalidad de privar a una persona física concreta de un instrumento que, en sus manos, sería peligroso. Y, sin embargo, no creo que haya dudas acerca de la necesidad de imponer, también en estos casos, consecuencias jurídico-penales a la persona jurídica en cuyo ámbito de actividad se ha cometido un delito.

70 No hay que esperar, desde luego, una gran capacidad explicativa de la expresión “consecuencias accesorias”. Debe señalarse que esa misma expresión (NEBENFOLGEN) se contenía en la inicial redacción del párrafo 30 OWiG, para calificar a las multas imponibles a las personas jurídicas. Pero, como indica SCHÜNEMANN en *Hacia un derecho penal...*, p. 583, “con semejante nomenclatura acrobática no se puede obviar la problemática constitucional de si estas sanciones se asemejan en cuestiones relevantes a las penas y si por eso están también sujetas a las mismas garantías”.

71 Cfr. la defensa de esta tesis especialmente en ZUGALDÍA ESPINAR. “Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas”, RPJ 46, 1997, pp. 327 y ss., 340. También, por ejemplo, MUÑOZ CONDE. “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, RP, 1, 1997, p. 71: “No hay, pues, en principio, inconveniente legal alguno en revisar la tesis tradicional y reinterpretar el derecho positivo en un sentido más favorable a la exigencia de responsabilidad penal también a las personas jurídicas, aun dentro del respeto más escrupuloso a la actual regulación vigente”.

72 MIR PUIG. PG, 5.ª ed., 34/63 y ss. Próximo a esta concepción se muestra FEIJÓO (RCP n.º 9, pp. 264 y ss.), quien las califica de medidas de índole preventivo-policial, impuestas por un órgano jurisdiccional para rodearlas de las mayores garantías frente a la posible arbitrariedad del Estado.

73 Fundamentalmente GRACIA MARTÍN. AP, 1993, 39, p. 596 y ss.; también BAJO, en BAJO/BACIGALUPO. *Derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 123: son una más de las medidas administrativas que autorizadamente imponen los tribunales de justicia

La discusión, a mi juicio, puede centrarse en dilucidar si las consecuencias jurídicas imponibles a las personas jurídicas son medidas de seguridad jurídico-penales que recaen sobre la persona jurídica en sí misma (la cual sería, por tanto, sujeto de un derecho penal de medidas dirigidas contra ella misma: centro de imputación de la lesión de una norma de valoración y de una peligrosidad de futuro), o bien, como sostiene otra opinión, se trata de consecuencias jurídico-administrativas no sancionatorias. Este último planteamiento parte de la idea de que, dado que las personas jurídicas sólo pueden lesionar normas de valoración, las consecuencias jurídicas aplicables a las empresas han de carecer de fines represivos, aunque pueden y deben cumplir *finalidades preventivas y reafirmativas*⁷⁴. Tales consecuencias jurídico-administrativas, por lo demás, no tendrían siquiera que encontrar su principio legitimador en la comisión real del hecho antijurídico, aunque éste será normalmente un síntoma de peligrosidad, sino simplemente en el peligro de que el hecho se realice y, a partir de ahí, en la necesidad de protección de los bienes jurídicos⁷⁵.

La cuestión, a propósito de este planteamiento, es, sin embargo, en qué se diferencian tales consecuencias de las medidas de seguridad jurídico-penales. Puede sostenerse, en efecto, que las consecuencias accesorias no son, desde luego, manifestación de una *Strafgewalt* (potestad punitiva), sino de una *Zwangsgewalt* (potestad coercitiva): que son ciertamente *Zwangsmaßnahmen* (medidas coercitivas). Pero lo cierto es que también las medidas de seguridad jurídico-penales, especialmente las inocuidadoras, son *Zwangsmaßnahmen*: medidas coercitivas⁷⁶.

Si se excluye a tales medidas del ámbito del derecho penal y, en particular, se niega su carácter de medidas de seguridad, ello es porque la referida postura doctrinal parte de entender que las medidas de seguridad jurídico-penales requieren como presupuesto, por un lado, un hecho que revista el carácter de acción en sentido psicológico, así como los elementos de imputación subjetiva; y, por otro lado, una peligrosidad criminal, que es entendida como probabilidad de realizar en el futuro acciones finales dolosas o imprudentes. Por tanto, dado que las personas jurídicas no pueden realizar acciones finales dolosas o imprudentes, la conclusión a la que se llega es que tampoco cabe imponerles medidas de seguridad.

Ahora bien: el razonamiento de que dado que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción en sentido espiritual, tampoco cabe formular con respecto a ellas el juicio de peligrosidad criminal que fundamenta la imposición de medidas de seguridad, solamente se impone como tal si se aceptan los axiomas sentados a este respecto

74 Pero no “reafirmativas de una norma de determinación” (GRACIA MARTÍN. AP 1993, 39, p. 589).

75 GRACIA MARTÍN. AP 1993, 39, pp. 607-608.

76 Cfr. KÖHLER. AT, p. 55: “Un derecho de medidas en sentido estricto –en contraposición al derecho penal– sólo se puede fundamentar como derecho coercitivo (*Zwangsrecht*) [...]”.

por la corriente dogmática finalista⁷⁷. En efecto, sólo de esta perspectiva es obligado aceptar que todas las consecuencias jurídico-penales han de tener como presupuesto la comisión de un injusto personal.

Tal concepción, a mi entender, es disfuncional con respecto a las finalidades de las medidas de seguridad. En efecto, la finalidad del derecho penal de las penas y del derecho penal de las medidas de seguridad es muy distinta. En un caso, se trata de conseguir efectos de prevención general por vía normativa, mediante el mecanismo de la comunicación y su refuerzo en la imposición de la sanción. Esto último es lo que, en la terminología de JAKOBS, produce la estabilización de la norma por vía contrafáctica. En el derecho penal de las medidas, dejando de momento aparte los efectos secundarios de éstas, se pretende conseguir, por el contrario, efectos de prevención especial (de estabilización cognitiva de la norma, en la terminología de JAKOBS), que, a diferencia de los propios de las penas, tienen lugar básicamente por vía causal-fáctica (y no de comunicación normativa).

A mi juicio, del mismo modo que las medidas de seguridad no requieren el presupuesto de la culpabilidad, tampoco precisan ninguno de los demás presupuestos subjetivos que son propios de la pena (ni acción final, ni dolo, ni imprudencia). Basta con que la situación de ausencia de imputación subjetiva (en cualquiera de sus niveles) existente en el momento de la realización del hecho lesivo de la norma de valoración jurídico-penal sea atribuible al factor que constituye precisamente la razón de la imposición de las medidas de seguridad⁷⁸. Tal factor viene dado, en el caso de las personas jurídicas, por la estructura organizada supraindividual. En efecto, es tal carácter de organización supraindividual, precisamente, el que, al tiempo que da lugar a su específica peligrosidad, excluye la posibilidad de concurrencia en ellas de los elementos de acción final o imputación subjetiva.

Presupuesto de las medidas de seguridad posdelictuales es, pues, sólo la realización de un hecho objetivamente antijurídico de carácter penal (lesivo de una norma de valoración), sin que sea preciso que concurren ni la acción en sentido psicológico, ni el dolo ni la imprudencia, si la ausencia de éstos haya sido condicionada por la propia situación que hace necesaria la medida de seguridad. Por lo mismo, la peligrosidad de futuro debe referirse tan sólo a la probabilidad de realizar hechos objetivamente antijurídicos –de carácter penal– en el futuro y no requiere tampoco que esos hechos futuros hayan de mostrarse como acciones típicamente antijurídicas, en lo objetivo y en lo subjetivo⁷⁹. En conclusión: las personas jurídicas pueden realizar, por sí mismas, los

77 Cfr. ese hilo argumental en GRACIA MARTÍN. AP 1993, 39, p. 590-591.

78 Pone de relieve estos extremos STRATENWERTH (*FSf. Schmitt*, pp. 305-306), aunque acaba distanciándose –de forma no muy categórica– de la línea seguida en el texto.

79 Naturalmente, esto implica separarse de la doctrina dominante que atribuye a las personas jurídicas una peligrosidad puramente instrumental, por entender que la peligrosidad “criminal” requiere que haya

presupuestos que fundamenten la imposición a ellas de medidas de seguridad; y es esto lo que son las denominadas legalmente “consecuencias accesorias”. Por lo demás, debe subrayarse que las consecuencias accesorias no tienen sólo un significado cognitivo-fáctico. Aunque ésta sea su dimensión esencial, es también inherente a ellas una clara significación de reafirmación del derecho (como conjunto de normas de valoración, en este caso). Y tampoco son ajenos a ellas los efectos secundarios de prevención general intimidatoria e incluso de prevención especial predelictual, este último restringido a otras personas físicas de la misma empresa.

La discusión anterior acerca de la naturaleza de las consecuencias accesorias no tiene sólo una dimensión teórica. En efecto, la calificación de las consecuencias accesorias como medidas de seguridad jurídico-penales conlleva que su imposición deba ir rodeada de todas las garantías del derecho penal. En cambio, desde la postura contraria se afirma que, al tratarse de consecuencias no penales, la sujeción de ellas a las garantías del derecho penal sería disfuncional⁸⁰. Por mi parte, estimo fundamental que la imposición de las consecuencias accesorias esté presidida por el principio de la presunción de inocencia, sin que sea admisible basarla en presunciones o sospechas contra la persona jurídica, así como que para ellas rija también el principio de *non bis in idem*. Esto último quiere decir que queda proscrita la imposición a la persona jurídica de consecuencias accesorias en el proceso penal y, acumulativamente, de sanciones administrativas en un procedimiento administrativo que se incoara con posterioridad. Por lo demás, deben regir también en las consecuencias accesorias principios clásicos de las medidas de seguridad como son, entre otros, los de necesidad, intervención mínima y revisabilidad. Por tanto, y en conclusión, creo que cabe sostener que las legalmente denominadas “consecuencias accesorias” son una especie de medidas de seguridad⁸¹ jurídico-penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que centros de imputación de la lesión de una norma jurídico-penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro. Como tales consecuencias estrictamente jurídico-penales, su imposición debe estar sujeta a los principios garantísticos mínimos propios del derecho penal. Cuestión aparte, en la que aquí obviamente no es posible entrar, es si el derecho de las medidas de seguridad (incluidas ahora las consecuencias accesorias para las personas jurídicas), que desde hace más de un siglo se ha integrado en el derecho penal, debería seguir siendo parte de éste o, por el contrario, dadas sus claras diferencias con el derecho penal de la pena clásica, habría de quedar al margen de aquél.

peligro de cometer un hecho (también subjetivamente) típico y antijurídico, siendo así que las personas jurídicas carecerían de la capacidad de “delinquir” (en este sentido). Cfr. CEREZO MIR. *Curso*, I, 1, 4.ª ed., p. 314; LUZÓN PEÑA. *Curso*, p. 292; MIR PUIG. *PG*, 5.ª ed., 7/ 58, p. 173 nota 57 y p. 797.

80 GRACIA, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 1998, p. 387.

81 SCHÜNEMANN, en *Hacia un derecho penal*, p. 589, habla de sanciones independientes de la culpabilidad similares “a las viejas conocidas medidas de seguridad y corrección penales”.