

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

UNA “NUEVA” LÍNEA DE INTERVENCIÓN PENAL: EL DERECHO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

José Luis de la Cuesta*

Catedrático de Derecho Penal. Director del Instituto Vasco de Criminología. Univ. del País Vasco
Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal
Redactor-Jefe de la Revue Internationale de Droit Pénal

1. Conocidas son desde hace tiempo las posibilidades y ventajas que la utilización de la forma asociativa o, en general, de entidades colectivas con personalidad jurídica, ofrece para la realización de múltiples actividades. En los diversos ámbitos de la vida los emprendedores encuentran por lo común que la constitución de una compañía, sociedad, asociación, fundación... facilita con frecuencia la determinación de la dimensión del proyecto, el establecimiento de una organización eficaz y hasta el mejor deslinde de la responsabilidad de los partícipes, aspectos todos ellos de gran trascendencia a la hora de abordar una nueva iniciativa que exige el concurso de múltiples personas. Esta realidad cuenta con pleno respaldo en la mayor parte del ordenamiento jurídico. Sin desconocer que estamos ante instrumentos de las personas físicas –las cuales, a la postre, se encuentran detrás de la persona jurídica-, debido a la importancia y beneficios que de su existencia y funcionamiento se derivan para la vida económica, institucional y social, casi todas las ramas del Derecho consideran a las personas jurídicas propios y verdaderos titulares de derechos y obligaciones, centros de imputación plenamente unitarios desde el prisma jurídico. En calidad de tales, las personas jurídicas pueden llegar a ser plenamente responsables, cuando de sus actos deriva el incumplimiento de sus deberes o la realización de hechos irregulares o prohibidos, soportando de manera directa las consecuencias de su actuación y, en su caso, la sanción que corresponda.

El enfoque anterior, que se admite sin problemas hasta para la sanción administrativa, sigue quebrando en no pocos sistemas jurídicos cuando se llega a la sanción penal¹. Apoyada no pocas veces en la conocida máxima *societas delinquere non potest*, formulada en el siglo XIII para el Derecho Canónico –y aun cuando en modo

* El autor agradece a la Kutxa. Caja de Ahorros Guipúzcoa-San Sebastián, la ayuda recibida en el marco de la “1ª Convocatoria UPV/EHU Cajas BBK, Kutxa y Vital de Ayudas para la Realización de Estudios y Proyectos de Investigación en el Proyecto de Investigación”.

¹ Para un repaso del derecho comparado, en especial de los Estados miembros de la UE, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 1998, pp. 311 y ss.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

alguno SINIBALDO DE FIESCHI (Inocencio IV) llegó a negar "universalmente ... la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos de algunos delitos y sujetos pasivos de algunas sanciones penales²-, la tradición jurídica continental continúa negando a las personas jurídicas su condición de "sujeto/objeto de una relación de imposición sancionatoria"³. Se defiende que la responsabilidad penal es esencialmente personal, un principio que podría verse violado por la aplicación de penas a las personas jurídicas, al permitir que quienes no han cometido directamente los hechos ni han tomado parte ni colaborado propiamente en su preparación, decisión o ejecución, acaben sufriendo los efectos de una sanción penal. Elaboradas, además, las categorías conceptuales del Derecho penal con base en el principio de responsabilidad personal del individuo (persona física)⁴, su acomodación a los rasgos propios de las personas jurídicas se reputa imposible -particularmente en lo que se refiere al elemento comportamiento humano o acción y a la culpabilidad-, por la falta de aquella voluntad, en sentido psicológico, precisa para la afirmación de la existencia de una conducta humana susceptible de reproche o motivación. Las personas jurídicas se consideran, en suma, incapaces de acción y de culpabilidad⁵. Tampoco se admite la imposición de medidas, por entender que fundamento de éstas es la peligrosidad criminal, concepto que se presenta para la mayoría como eminentemente subjetivo⁶ y ligado de manera muy intensa a la personalidad del individuo y su adaptación social, algo difícil de predicar de una persona jurídica.

La situación es diversa en el Derecho anglosajón. Inspirada en un reconocido "pragmatismo"⁷, la jurisprudencia inglesa distingue sin problemas entre la responsabilidad colectiva y la responsabilidad "corporativa": la de la sociedad o corporación. La corporación es vista como una "entidad superior a la que

² A. BERISTAIN, *Ciencia penal y Criminología*, Madrid, 1985, pp.202 y ss; S.PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, 1975, pp. 343 ss.

³ J.DE FARIA COSTA, "La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)", en J.M.Silva Sánchez, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro homenaje a Roxin*, Barcelona, 1995, p.431.

⁴ M.BARBERO SANTOS, "¿Responsabilidad penal de la empresa", en L.Arroyo Zapatero, K.Tiedemann, *Estudios de derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p.41; A.JORGE BARREIRO, "El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995", en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castelló de la Plana, 1997, n.121, p.129

⁵ M.BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pp.111 y ss.; M.BARBERO SANTOS, "Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley orgánica de Código Penal", *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp.106 ss.; L.GRACIA MARTÍN, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", *Actualidad Penal*, 39, 1993, pp. 586 y ss.; C.ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Barcelona, 1986, p.71.

⁶ A. BERISTAIN, *Ciencia penal*, cit., p.204.

⁷ G.HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, p.202.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

resulta de la suma de sus miembros"⁸, que puede asumir directamente su responsabilidad por encima y al margen de sus miembros individuales. Estos, aun cuando puedan quedar negativamente afectados si se castiga a la sociedad –también los familiares del condenado sufren indirectamente los efectos de la sanción penal-, no son directamente tenidos por responsables ni objeto de sanción.

2. Algunos países continentales europeos han dado ya pasos importantes en la dirección anglosajona no sólo en la legislación penal especial (en particular, los delitos económicos), sino también en el propio núcleo del derecho penal. Al igual que Holanda extendió en 1976 la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas para cualquier infracción mediante la introducción de este principio en el art. 51 del Código Penal⁹-, el art. 121-2 del nuevo Código Penal francés de 1994¹⁰ establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (con exclusión del Estado) en los casos de infracciones cometidas por sus órganos o representantes y siempre que para tales infracciones aquella responsabilidad se encuentre expresamente prevista por la ley o los reglamentos¹¹. También Dinamarca ha introducido en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de la reforma de 1996¹². Bélgica ha hecho lo propio en 1999¹³.

No es ésta la línea seguida por el legislador español de 1995. El artículo 31 del nuevo Código Penal regula la responsabilidad por el actuar en nombre de otro e imputa ahí al directivo o administrador la posible responsabilidad penal derivada de la actuación a través de la persona jurídica. De otra parte, el art. 129 recoge una lista de "consecuencias accesorias": clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal (hasta cinco años) o definitivo (y que puede ser ya acordada por el juez instructor durante la tramitación de la causa); disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación hasta por cinco años (acordable también por el juez instructor durante la tramitación); prohibición –temporal (hasta por cinco años) o definitiva- de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o

⁸ G.P.FLETCHER, *Conceptos Básicos de Derecho Penal* (trad. F.Muñoz Conde), Valencia, 1997, p.294.

⁹ J.A.E.VERVAELE, "La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, 1, 1998, pp. 153 y ss.

¹⁰ Con todo, M.GARCÍA ARÁN, "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en J.Cerezo Mir y Otros, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Granada, 1999, pp.328 y s.

¹¹ J.PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, pp.310 ss.

¹² S.BACIGALUPO, "La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, 67, 1999, p.18.

¹³ H.D.BOSLY, Th.BOSLY, "La responsabilité pénale des personnes morales et le nouveau droit pénal des sociétés", en *Le nouveau code des sociétés*, Bruxelles, 1999, pp. 321 ss.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

encubierto el delito; intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario, con un máximo de cinco años. Estas pueden aplicarse a las personas jurídicas -de manera motivada y previa audiencia a sus titulares o representantes- en el supuesto de comisión de aquellos delitos para los que se encuentren expresamente previstas. La doctrina discute acerca de los requisitos y naturaleza de estas "consecuencias", que no cuentan con "respaldo tradicional"¹⁴. También se subraya la "enorme inseguridad jurídica"¹⁵ derivada de su escasa regulación por el Código Penal, lo que recomienda su aplicación cautelosa y prudente¹⁶. En cuanto a su naturaleza jurídica, sobresale aquí la posición de ZUGALDÍA ESPINAR, para quien, "en realidad, *son penas*"¹⁷, por lo que a partir de su introducción opina que debe entenderse indirectamente¹⁸ reconocida en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La mayoría de los autores¹⁹ defienden, con mayor razón, que se trata de una nueva vía, que no puede asimilarse ni a las penas ni a las medidas, aun cuando hayan de serles aplicables todas las garantías del Derecho Penal.

3. En los albores del nuevo milenio el establecimiento por parte del Derecho Penal de un sistema adecuado de reacción contra los hechos delictivos procedentes de las personas jurídicas resulta ya una exigencia político criminal inaplazable, a la vista de la expansión de la "delincuencia corporativa"²⁰: de la importancia

¹⁴ B.MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal", *Revista Penal*, 1, 1998, p.45.

¹⁵ A.JORGE BARREIRO, en G.Rodríguez Mourullo (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp.364 y 366.

¹⁶ C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998, p.235. También, B.MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias", *cit.*, p.48.

¹⁷ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", *Poder Judicial*, 46, 1997, pp. 329 y 331. Ver también, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, *cit.*, pp.269, 285 y 305 y s.

¹⁸ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, "Las penas previstas", *cit.*, p.335.

¹⁹ F.DE LA FUENTE HONRUBIA, "Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 42, septiembre-diciembre 1997, p.26; M. GARCÍA ARÁN, en F.Muñoz Conde y M.García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 3^a ed., Valencia, 1998, p.665; L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, p.386; A.JORGE BARREIRO, "El sistema", *cit.*, p.118; G.LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4^a ed., Madrid, 1996, p.124; D.M.LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, pp.57 y s.; B.MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias", *cit.*, p.49; M.MOLINS RAICH, "Análisis de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal. Reflexiones a la luz del principio de personalidad de las penas", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, 1, 1999, pp.196 y 198 y s.

²⁰ V.GARRIDO, P.STANGELAND, S.REDONDO, *Principios de Criminología*, Valencia, 1999, p.616.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

cuantitativa²¹ y cualitativa de los crímenes y delitos relacionados con ellas o que se producen utilizándolas como instrumentos relevantes para tratar de convertir en ineficaz la reacción penal tradicional. Son muchos y muy graves, en efecto (también en el marco del crimen organizado)²², los hechos delictivos que se producen en la actualidad en el entorno o a través de entidades legalmente constituidas. Estas entidades ponen en "crisis" la "filosofía del sujeto individual (autoconsciente)"²³, tradicional en Derecho Penal, y -creadas no pocas veces con objeto prioritario de maximizar beneficios y amparar y ocultar a las personas físicas responsables- se alzan como una barrera casi imposible de superar a la hora de indagar sobre la responsabilidad penal en hechos por sí mismos frecuentemente difíciles de investigar: desbaratando, por ejemplo, toda posibilidad de determinación de los verdaderos dueños del proceso, cuando la ejecución material, el conocimiento de la información necesaria y hasta los "centros decisionales están fragmentados y el iter formativo de la voluntad parcializado"²⁴ en el seno de unas complejas estructuras de enmarañada y variable distribución de funciones. En estas circunstancias hace tiempo que el Consejo de Europa viene recomendando a los Estados miembros que aborden la posible incorporación a sus ordenamientos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en particular, a través de su Resolución 77 (28) sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente, la Recomendación R (81) 12 sobre criminalidad de los negocios, la Recomendación R (82) 15 sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores y, sobre todo, la Recomendación R (88) 18 sobre la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades. Recientemente, la Recomendación R (96) 8 sobre la política criminal en una Europa en transformación, la Convención sobre la protección del ambiente por el derecho penal (ETS núm.172) 4 de noviembre de 1998, y la Convención penal sobre la corrupción, 27 de enero de 1999²⁵ insisten en la cuestión. También la Unión Europea²⁶ apunta progresivamente en esta dirección a través del Segundo protocolo (19 junio 1997) del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y las Acciones comunes 97/154/JAI, de

²¹ Hasta el 80% de los delitos económicos cometidos en Alemania entre 1974 y 1985. H.ACHENBACH, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán", en J.M.Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Roxin*, Barcelona, 1995, p.357.

²² L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en J.Ferré Olivé y E.Anarte Borrallo (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp.202 y s.

²³ S.BACIGALUPO, "La crisis", *cit.*, p.30.

²⁴ L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad", *cit.*, p.209.

²⁵ Por todos, C.BOLOGNESE, *The Criminal Liability of legal persons in the instruments of the Council of Europe: an ongoing project*, presentado al Seminario organizado en el marco del Programa Grotius de la Unión Europea sobre la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, Roma 10-12 junio 1999.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros. Por su parte, el art. 14 del *Corpus Juris*²⁷ regula la responsabilidad penal de las organizaciones. Y es que cerrar toda posibilidad de intervención penal sobre las personas jurídicas o hacerla dependiente de la prueba de un hecho típico, antijurídico y culpable cometido por un sujeto individual, supone políticamente una renuncia difícil de aceptar. Ciertamente, siempre cabe pensar en una intervención sancionadora a través del Derecho administrativo, pero también aquí han de respetarse los principios y garantías penales²⁸, por lo que, en puridad, se podrían levantar objeciones similares²⁹ a las que suscita la intervención penal. Dada la gravedad e importancia de los crímenes relacionados con las "formas colectivas" ³⁰, no parece suficiente la mera aplicación del Derecho administrativo sancionador.

4. La nada satisfactoria constatación anterior ha llevado a destacados sectores doctrinales a estudiar de qué modo y en qué condiciones cabría conciliar una intervención penal sobre las personas jurídicas con el respeto de los principios tradicionales del Derecho Penal. Así, en Alemania autores de la relevancia de HIRSCH³¹, JAKOBS³² o LAMPE³³ proponen una reconfiguración de las categorías de acción y culpabilidad compatible con las personas jurídicas³⁴, si bien sobresalen en este marco -en el Derecho penal comparado- contribuciones

²⁶ Ver también, sobre la situación en el Derecho comunitario, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, *cit.*, pp.339 y ss.

²⁷ *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne* (sous la dirección de M.Delmas-Marty), Paris, 1997, pp. 70-73.

²⁸ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal...*, *cit.*, pp.241 y ss; M.PÉREZ MANZANO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Actualidad Penal*, 2, 1995, p.17 (n.10). También, M.BAJO FERNÁNDEZ, "Hacia un nuevo Derecho Penal: el de las personas jurídicas", en J.L.Iglesias Prada (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.IV, Madrid, 1996, p.5095.

²⁹ L.GRACIA MARTÍN, "La cuestión", *cit.*, pp. 589 y ss.

³⁰ C.SUÁREZ GONZÁLEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo", *Estudios del Ministerio fiscal*, I, 1994, p. 847.

³¹ H.J.HIRSCH, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp.1099 y ss; y "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", *ZStW*, 107, 1995, pp. 285 y ss

³² G.JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. J.Cuello Contreras y J.L.Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp.182 y ss.(6/43-45).

³³ E.J.LAMPE, "Systemunrecht und Unrechtsysteme", *ZStW*, 106, 1994, pp. 683 y ss.

³⁴ Ver igualmente B.SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungs Kräften nach geltendem und geplanten Straf- und*

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

como las de ACHENBACH³⁵, BRENDER³⁶, HEINE³⁷, SCHROTH³⁸, TIEDEMANN³⁹ o VOLK⁴⁰. De entre ellos ha tenido una especial incidencia en nuestro ámbito cultural la propuesta de K.TIEDEMANN de estructuración de la culpabilidad específica de las personas jurídicas sobre la base del "defecto de organización". Merece igualmente una atención particular la elaboración de G.HEINE, más desarrollada y reciente.

Considera TIEDEMANN que no hay dificultades para defender que las personas jurídicas tienen desde el prisma penal capacidad de acción, igual que las personas jurídicas. El problema principal de cara a la reacción penal contra sus actuaciones lo encuentra este autor en la categoría dogmática culpabilidad, construida tradicionalmente sobre el modelo normativo y que tampoco en las nuevas perspectivas preventivas parece ofrecer suficiente espacio para una culpabilidad de las personas jurídicas. Así las cosas, la única alternativa posible es proponer un entendimiento específico de la culpabilidad para las personas jurídicas. Este concepto de culpabilidad, social o jurídico, puede basarse, a su juicio, en la detección de un defecto de organización consistente en la omisión por parte de sus órganos o representantes de las cautelas o mecanismos institucionales de control precisos para evitar que en el seno de su actividad social habitual o estatutaria se produzcan infracciones de las normas penales. Constatada la producción de un hecho delictivo, la prueba la existencia de ese defecto de organización sería suficiente para permitir la intervención penal contra la persona jurídica, una intervención que no tendría por qué depender del hallazgo de la persona física directamente realizadora del hecho típico y antijurídico, ni evidentemente de su posible culpabilidad individual, susceptible de depuración al margen de aquélla.

Para HEINE la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige partir de la construcción de unos presupuestos específicos de imputación, que no coinciden con los tradicionalmente contruidos para los hechos cometidos por personas físicas. Así, si en las personas físicas la autoría se rige por el dominio del

Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln, 1979; para un complemento y matización de su posición "La punibilidad", *cit.*, pp. 565 y ss.

³⁵ H.ACHENBACH, "Sanciones", *cit.*, pp. 381 ss.

³⁶ M.BRENDER, *Die Neueregelung der Verbandstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989.

³⁷ G.HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, *cit.*; y "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen", *Juristen Zeitung*, 6, 1996, pp. 211 y ss.

³⁸ H.J.SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte*, Giessen, 1993; en *Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden Baden, 1995.

³⁹ K.TIEDEMANN, "Die 'Bebussung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", *NJW*, 19, 1988, pp.1169 y ss.

⁴⁰ K.VOLK, "Zur Bestrafung von Unternehmen", *Juristen Zeitung*, 1993.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

hecho, en el caso de las personas jurídicas, este concepto debería ser sustituido por el "dominio de organización sistémico-funcional"⁴¹, que obliga a la entidad a anticiparse a los riesgos inherentes a su funcionamiento y a prevenirlos mediante la adopción de medidas horizontales y verticales de aseguramiento, a través del mantenimiento del nivel de seguridad exigible, y por medio del establecimiento de deberes de inspección internos que garanticen el funcionamiento de los controles y el respeto de las exigencias de calidad. Establecido lo anterior, considera HEINE⁴² que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser excepcional y suscitarse exclusivamente en casos de producción de determinadas perturbaciones sociales graves: muerte o lesiones graves de una cantidad indeterminada de personas, peligro común inusual (incendios, explosiones, graves daños materiales en edificaciones) o atentados especialmente graves para el ambiente, irreversibles o de recuperación a muy largo plazo o muy costosa. Estas perturbaciones serán imputadas típicamente a la persona jurídica cuando, apareciendo como traducción del peligro inherente a la actividad empresarial o industrial, su precipitación haya derivado del incremento de riesgo producido por una gestión defectuosa (dolosa o imprudente). Por lo que respecta a la culpabilidad, entiende HEINE que la culpabilidad específica de la persona jurídica es "culpabilidad por la dirección de la empresa" (*Betriebsführungsschuld*)⁴³, a determinar judicialmente teniendo en cuenta la "individualidad" de la empresa concreta.

5. También en el Derecho Penal español cabe encontrar propuestas de interés en este campo. Por la importancia de su desarrollo, nos detendremos, en particular, en las de ZUGALDÍA y S.BACIGALUPO.

Opina ZUGALDÍA⁴⁴ que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha producido ya en el Derecho Penal español a través del Código Penal de 1995, aunque con una regulación absolutamente insuficiente. Para cubrir las insuficiencias del art. 129, propone la construcción de una "teoría jurídica del delito de la persona jurídica"⁴⁵, que -permitiendo a las personas jurídicas la participación en el proceso penal como imputado y con estricto respeto del principio de necesidad de la intervención desde el prisma preventivo (art.129)- establezca, en primer término, con claridad los presupuestos de la imputación penal:

- en el plano objetivo, la intervención de una persona física (normalmente, por designación de la persona jurídica) en nombre o interés de la persona jurídica y en su marco estatutario;

⁴¹ G.HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 311.

⁴² *ibidem*, p.316.

⁴³ G.HEINE, *ibidem*, p.313.

⁴⁴ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, , "Las penas previstas", *cit.*, p.335.

⁴⁵ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p.337 y pp. 341 y s.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

- en el plano subjetivo, la existencia de dolo o, cuanto menos, una *culpa in vigilando* o *in eligendo* (tan sólo relevante si el delito de que se trata es susceptible de comisión imprudente).

Esta teoría jurídica del delito de la persona jurídica debe, a juicio de ZUGALDIA, concebir la responsabilidad penal de la persona jurídica de un modo independiente de la responsabilidad penal individual, de modo que puedan imponerse consecuencias accesorias a la persona jurídica, incluso a pesar de la imposibilidad de declaración de culpabilidad de la persona física que actuó. En cuanto a la determinación de la consecuencia accesoria aplicable, han de tenerse en cuenta el carácter doloso o imprudente de la infracción, el nivel de exigibilidad y los motivos de la decisión ilícita por parte de la persona jurídica.

La propuesta resulta de gran interés no sólo *de lege ferenda*, sino hasta *de lege lata*, a la vista de las insuficiencias de la regulación de las consecuencias accesorias por parte del Código Penal. No obstante, y a pesar de su proximidad en ciertos aspectos⁴⁶, las diferencias entre las penas y las consecuencias accesorias siguen siendo demasiado grandes⁴⁷ como para admitir sin más su asimilación.

Avanzando en la línea abierta por ZUGALDÍA, S.BACIGALUPO comparte la opinión de la plena posibilidad desde un prisma dogmático de la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas; evidentemente, siempre con base en la realización por las mismas de un hecho delictivo, que podrá calificarse de culpable de resultar necesario para el restablecimiento de la vigencia de la norma⁴⁸. El particular interés de la aportación de esta autora consiste en su aportación, *de lege ferenda*, de cara al esclarecimiento de los criterios de imputación a la persona jurídica de los hechos cometidos por las personas físicas integradas en la misma. Partiendo de la clara determinación de los "destinatarios de la ley penal en este ámbito"⁴⁹, considera en primer término un elemento central la ostentación de una "representación válida" de la entidad⁵⁰. Entiende, sin embargo, S.BACIGALUPO que la relación de representación no puede ser el único criterio válido de

⁴⁶ L.ARROYO ZAPATERO, "Derecho Penal Económico y Constitución", *Revista Penal*, 1, 1998, p.14; F.MUÑOZ CONDE "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", *Revista Penal*, 1, 1998, p.70.

⁴⁷ B.MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias", *cit.*, p. 48; C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, *cit.*, pp.232 y ss; J.TERRADILLOS, en B.Mapelli Caffarena, J.Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3^a ed., Madrid, 1996, p.219.

⁴⁸ *La responsabilidad penal...*, *cit.*, pp.368 y ss. y pp.398 y ss.

⁴⁹ Asociaciones, fundaciones, personas jurídicas de Derecho mercantil, personas de Derecho público encargadas de la prestación de servicios a la comunidad o cuyas actividades, no constituyendo ejercicio de potestades públicas, sean similares a las de las personas jurídicas de Derecho Privado (p.374), sociedades en fase de constitución e irregulares, supuestos de transformación de sociedades. S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, *cit.*, pp.368 y ss.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

imputación. Incluso si se da un adecuado tratamiento en el seno de la representación a los supuestos de no impedimento de la comisión de los hechos por empleados (o a la imputación con base en la teoría del incremento del riesgo) esta vía sigue siendo demasiado estrecha para abarcar la pluralidad de situaciones que la realidad ofrece. En consecuencia, hay que ensanchar el círculo de personas cuyos actos pueden ser imputados a la persona jurídica, para abarcar a todos aquellos sujetos que se hallan "a cargo de una unidad operativa de la empresa"; personas que cuentan con una "verdadera capacidad de representación y decisión dentro del proceso de división de trabajo de la persona jurídica"⁵¹. Con todo, la mera realización de un hecho delictivo por una persona perteneciente a este círculo no ha de bastar para la imputación de los hechos a la entidad. Se requiere, asimismo, un "hecho de conexión"; éste puede fundarse en la infracción de las obligaciones o deberes generales o específicas del giro o tráfico de la persona jurídica o en un enriquecimiento real o potencial que halla su causa generadora en el comportamiento antijurídico realizado en interés de aquélla⁵².

6. Tres son, recapitulando, las líneas por las que camina la doctrina penal en cuanto a la intervención sobre las personas jurídicas:

- 1) configuración de la misma como una intervención accesoria con medidas de carácter fundamentalmente administrativo y sobre la base de una conducta individual típica, antijurídica, culpable y punible, manteniendo el principio *societas delinquere non potest*;
- 2) ampliación o reformulación de las categorías tradicionales del concepto de delito para dar plena cabida a los hechos procedentes de las personas jurídicas;
- 3) construcción de un Derecho penal para las personas jurídicas, con criterios específicos de imputación general e individual y sanciones propias.

Personalmente, comparto la posición de quienes piensan que, admitida plenamente en otras ramas del Derecho, la capacidad de las personas jurídicas de ser titulares de derechos y obligaciones, e incluso de soportar sanciones administrativas por las ilegalidades en que incurran, y ante las características de los hechos criminales producidos en su entorno o que las utilizan como instrumentos y las dificultades que suponen para su adecuada persecución penal, ha llegado la hora de reconocer plenamente en el Derecho penal continental lo que es una auténtica realidad y, en consecuencia, de instrumentar una intervención penal efectiva y directa (no

⁵⁰ S.BACIGALUPO, *ibidem*, p.381 y pp. 381 y ss.

⁵¹ S.BACIGALUPO, *ibidem.*, p.389; ver también, de esta autora, "La crisis", *cit.*, pp.33 y ss.

⁵² S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, *cit.*, pp. 390 y ss.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

accesoria o subsidiaria)⁵³ por los hechos cometidos de manera responsable por las mismas. Esta ha de ser una intervención plenamente compatible con la penal tradicional sobre los individuos que forman parte de su organización y que actúan en ejecución de sus acuerdos y estrategias, asumiendo su representación, pero que resulta absolutamente necesaria si se quiere agotar la doble dimensión del injusto característico de los hechos cometidos⁵⁴ y dada la inequívoca "personalidad delictiva"⁵⁵ de múltiples corporaciones que, en determinadas áreas de actividad, no dejan de aprovechar las oportunidades que se les ofrecen para infringir las normas penales.

La cuestión está en determinar el modo en que conviene instrumentar esta intervención penal. En realidad, existiendo ya en la mayor parte de los ordenamientos medidas, consecuencias..., aplicables a las personas jurídicas, el problema fundamental radica en la actualidad en la fijación (clara y con plenas garantías) de los criterios de imputación de los hechos a la persona jurídica y las bases que deben servir para la graduación de la sanción.

La persona jurídica se sirve (como instrumento) de las personas físicas, que son quienes realizan directamente los hechos potencialmente relevantes desde el prisma penal, de aquí que su responsabilidad haya de establecerse necesariamente a partir de su actuación: tanto si se produce separadamente, como a través de su contemplación en conjunto, si es precisamente esa toma en consideración del conjunto de lo realizado lo que acaba integrando el elemento constitutivo de la infracción (principio de agregación)⁵⁶. Detectada una infracción -y con independencia de la identificación o no de su autor, así como de la necesaria persecución penal de las personas físicas intervenientes, las cuales "prefieren, con frecuencia, que las medidas penales se apliquen a la empresa"⁵⁷- la imputación de los hechos a la persona jurídica obliga a examinar, en primer término, el modo en que se refleja la contribución de ésta a la infracción, punto de partida de la imputación típica, objetiva y subjetiva, algo perfectamente planteable respecto de las personas jurídicas del mismo modo

⁵³ M.GARCÍA ARÁN, "Algunas consideraciones", *cit.*, p.329.

⁵⁴ L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad", *cit.*, p.231.

⁵⁵ V.GARRIDO, P.STANGELAND, S.REDONDO, *Principios*, *cit.*, p.616.

⁵⁶ J.A.E.VERVAELE, "La responsabilidad penal", *cit.*, p. 167.

⁵⁷ A. BERISTAIN, *Ciencia penal*, *cit.*, p.204. Ahora bien, como subraya BAJO FERNÁNDEZ resultaría inadmisible que la intervención sobre la persona jurídica "fuerá la coartada para la impunidad de sus poderosos socios". "Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p.72.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

que se admite en el caso de sujetos que actúan meramente de acuerdo con otros o en situaciones de incapacidad de acción⁵⁸. Tres son, a tal fin, los elementos de mayor relevancia⁵⁹:

- de un lado, de probarse la actuación individual, la existencia de una conexión funcional⁶⁰, a determinar en la línea propuesta por S. BACIGALUPO⁶¹;
- sobre todo, el defecto de organización o funcionamiento, que más que como fundamento de la culpabilidad presenta sus mayores virtualidades en el ámbito de la imputación típica⁶²;
- en tercer término, el incremento del riesgo.

Esto supone requerir, como mínimo, por parte de la entidad, un comportamiento de inobservancia del cuidado externo objetivamente debido, que se haya traducido en un incremento del riesgo inherente a la actividad, suficiente para la imputación típica por imprudencia y sobre lo que se construirán igualmente los supuestos dolosos. Evidentemente, la tipicidad quedará excluida si el resultado fuera imprevisible o inevitable y, en general, cuando pueda probarse la falta de conexión entre el defecto de organización y la producción del resultado de lesión o de peligro.

Ahora bien, la imputación típica (y antijurídica) no es suficiente en las personas físicas ni para la exigencia de responsabilidad penal -que precisa de la culpabilidad-, ni para la imposición de medidas: éstas en el Derecho penal moderno presuponen la peligrosidad criminal postdelictual. Tampoco en el caso de las personas jurídicas ha de bastar la constatación de un hecho típico y antijurídico. De manera paralela a lo que sucede en el Derecho Penal tradicional, a la imputación general –basada nuclearmente en el defecto de organización (intencional o, cuanto menos, evitable)- debe seguir una imputación individual, que -reconociendo lo atractivo de propuestas como la de la culpabilidad por la dirección de la empresa- a mi juicio, simplemente podría hacerse depender de la no concurrencia de una situación inexigibilidad. Ciertamente, la inexistencia de una

⁵⁸ Así, K.TIEDEMANN, "Die 'Bebussung", *cit.*, pp.1171 y ss; y "Responsabilidad penal", *cit.*, pp.37 y ss. Con todo, B.SCHÜNEMANN, "La punibilidad", *cit.*, pp.587 y s. Ver, también, la objeción de PÉREZ MANZANO que rechaza la similitud de estos supuestos, porque la incapacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica es una incapacidad "absoluta". "La responsabilidad penal", *cit.*, p.23.

⁵⁹ Siguiendo en parte a HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, *cit.*, pp. 311 y ss. .

⁶⁰ Críticamente, L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad", *cit.*, p.232.

⁶¹ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, *cit.*, pp.379 y ss., en especial pp.390 y ss. Sobre los tres modelos existentes en Derecho Comparado, K.TIEDEMANN "Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado", en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof.Klaus Tiedemann*, Castelló de la Plana, pp.44 y s.

⁶² En este sentido, L.GRACIA MARTÍN, "La cuestión", *cit.*, pp.601 y 605 y s. y M.PÉREZ MANZANO "La responsabilidad penal", *cit.*, p.21.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

situación de inexigibilidad no esclarece cuál es el fundamento material de la intervención⁶³; sólo permite su exclusión en determinados casos⁶⁴. Es por ello que, en el Derecho penal de las personas jurídicas, debería combinarse con la peligrosidad criminal observada en la persona jurídica, hacia cuya prevención ha de orientarse primordialmente la intervención sancionadora dentro de los límites propios de las penas correspondientes a la infracción cometida. Esto no supone en modo alguno renuncia a otros objetivos de la sanción, que conviene se presente no sólo como respuesta a la infracción, sino asimismo con un alto contenido reparatorio. En este orden de cosas resalta la relevancia que alcanzan sanciones como la multa y la confiscación de las ganancias⁶⁵, de contenido plural: sancionador, preventivo y reparatorio, sin perjuicio, como enseña RUIZ VADILLO⁶⁶, de otras diversas respuestas penales, "adecuada(s) a su carácter"⁶⁷ potencialmente aplicables.

7. La intensidad del debate dogmático y las distancias existentes con la exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas aconsejan esforzarse en evitar toda confusión o interferencia entre los presupuestos de la intervención penal tradicional a través de las penas y medidas y los propios de las personas jurídicas⁶⁸. En este sentido, me parece preferible (y absolutamente necesario) optar por la construcción de una nueva vía de intervención penal que, sin caer en "hipocresía dogmática"⁶⁹ alguna, establezca con claridad los presupuestos y límites de esta nueva forma de responsabilidad. En suma, abrir una línea penal paralela a la tradicional⁷⁰, de modo similar a como sucede con el Derecho Penal de la peligrosidad o de menores y jóvenes⁷¹, cuya "racionalidad material" como "lugares inversos" puede resultar igualmente útil como fuente de legitimación de la intervención punitiva sobre las "personas colectivas"⁷². Una nueva línea de intervención penal, con

⁶³ Que para HEINE debe hallarse en la culpabilidad por la dirección de la empresa. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 313

⁶⁴ También, J.DE FARIA COSTA, "La responsabilidad jurídico penal", cit., p.434; J.FIGUEIREDO DIAS, "Para una domática do direito penal secundário", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 117, 1984.5, pp. 73 y s.

⁶⁵ A pesar de sus insuficiencias, K.TIEDEMANN, "Responsabilidad penal", cit., p.31.

⁶⁶ "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1991, pp. 338 y s.

⁶⁷ F.MUÑOZ CONDE, "Cuestiones dogmáticas básicas", cit., p.72.

⁶⁸ F.MUÑOZ CONDE, "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, cit., p.278.

⁶⁹ L.RODRÍGUEZ RAMOS, "Socetas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 3 octubre 1996, p.2.

⁷⁰ Para GARCÍA ARÁN, situada "en un punto de encuentro con el igualmente nuevo derecho administrativo, en un viaje de aproximación de contenidos". "Algunas consideraciones", cit., p..332.

⁷¹ M.BAJO FERNÁNDEZ, "Hacia", cit., pp.5093 y s.

⁷² J.DE FARIA COSTA, "La responsabilidad jurídico penal", cit., pp.436 y s.

J.L.de la Cuesta, "Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas", en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

criterios de aplicación y niveles garantistas asimilables a los que en la actualidad constituyen presupuestos fundamentales del Derecho Penal individual, pero dirigida a servir de complemento de éste en la defensa de la sociedad y de las víctimas frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales; y, dada su condición, en cierto modo "excepcional"⁷³, reservada tan sólo para los hechos delictivos expresamente determinados por la ley, entre los que deben hallarse, junto a los propuestos por HEINE⁷⁴ -muerte o lesiones graves de una cantidad indeterminada de personas, peligro común inusual (incendios, explosiones, graves daños materiales en edificaciones) o atentados especialmente graves para el ambiente, irreversibles o de recuperación a muy largo plazo o muy costosa-, otras modalidades de delincuencia económica de carácter especialmente grave.

⁷³ L.RODRÍGUEZ RAMOS, "¡Societas!", *cit.*, p.4.

⁷⁴ *Die strafrechtliche Konsequenzen*, *cit.*, p.316.