

DE NUEVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

por MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ *

A la memoria de don José Antón Oneca.

I. — La cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas había dejado de ser polémica hace ya algún tiempo. Sin embargo, los ecos de la discusión de épocas anteriores, el testimonio constante del sistema pragmático anglosajón y la aparición de respuestas sancionatorias en leyes y códigos penales en los países de sistema de codificación¹, parecen ser causa de un replanteamiento de la cuestión.

A mi juicio, la nueva polémica corre el riesgo de plantearse en términos bizantinos y, por tanto, estériles. Hoy resultaría absurda una discusión sobre responsabilidad o irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas si antes no se resuelve el problema semántico que subyace tras esta opción, y que consiste, fundamentalmente, en

* Profesor ordinario de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Este trabajo fue publicado en el "Anuario de Derecho Penal", 1982, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid.

¹ Delmas-Marty y Tiedemann, *La criminalité, le droit penal et les multinationales*, en "La Semaine Juridique. Juris Classeur Périodique", n^o 1, 4 enero 1979, 12900, p. 15, citan en este sentido (aparte de los países anglosajones) al Japón, Holanda (ley de 1950 sobre infracciones económicas y art. 51 del Código Penal modificado por ley 23 junio 1976), Yugoslavia (ley de 1960 sobre infracciones económicas) y distintas reformas en marcha en Finlandia, Noruega, Polonia y Francia. M. Barbero Santos, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980¹, p. 108, añade Colombia. Por su parte, E. Righi, *Los delitos que involucran a las empresas transnacionales y el principio "societas delinquere non potest"*, ponencia mecanografiada presentada al *Congreso Internacional de Derecho Económico*, celebrado en ENEP-Acatlán de la UNAM, Méjico, 29 julio-3 agosto 1981, señala, además, Méjico, Cuba y las leyes de represión del monopolio, de precios y de cambios de Argentina, Brasil y Chile.

precisar qué se quiere decir cuando hablamos de "responsabilidad" y de "responsabilidad criminal con referencia a la persona jurídica. De mantener una concepción no técnica, sino amplia, de estas expresiones debemos concluir, como hace Rodríguez Ramos, que son inviables tanto la postura que quiera mantener el *societas delinquere potest* como la que pretenda sostener el *societas delinquere non potest*².

Con frecuencia en la cuestión se superponen, al menos, tres planos. De un lado, el derecho positivo, en el cual se trata de indagar si se imponen o no sanciones a las personas jurídicas. De otro lado, el plano

dogmático, en donde se discute si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, y si las sanciones impuestas son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas. Por último, el plano político-criminal donde se cuestiona la idoneidad de imponer penas u otras sanciones a las personas jurídicas. Estos tres planos no pueden de ningún modo superponerse si se quiere conseguir una mínima plataforma sólida para la discusión, sino que deben necesariamente estudiarse de forma independiente. En este sentido, es imprescindible comenzar por conocer la situación del derecho vigente.

II. — Pues bien, es fácil comprobar que en todos los países de nuestro nivel cultural e histórico, el legislador ha respondido de forma similar frente a los tres problemas fundamentales que plantean las personas jurídicas y, en general, las entidades supraindividuales. El primer problema procede directamente del hecho de que estas entidades supraindividuales o colectivas pueden mediar en actividades delictivas. Pues bien, una de las respuestas jurídicas ha sido la de precisar con exactitud qué personas físicas deben sufrir la sanción, bien mediante las reglas generales de participación, o conforme a reglas específicas (por ejemplo, en los delitos relativos a reuniones, manifestaciones o asociaciones ilícitas). En otras ocasiones la respuesta que el ordenamiento jurídico arbitra consiste, precisamente, en imponer sanciones a la propia entidad supraindividual.

El segundo problema consiste en las dificultades de prueba existentes para determinar las personas físicas que, formando parte de la entidad, deben en puridad sufrir los efectos sancionatorios. El derecho responde a esta cuestión estableciendo, a veces, criterios de imputación objetiva o, nuevamente, imponiendo sanciones a la propia entidad supraindividual.

² L. Rodríguez Ramos, *Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal*, en "La Ley", 31 octubre 1980, p. 2.

El tercer problema se presenta cuando es preciso determinar la persona que ha de responder en los casos en que la persona física que realiza el comportamiento lesivo actúa en nombre de otro. El derecho ha respondido, bien sancionando a quien obra en representación de otro, o a éste mismo aunque fuera una persona jurídica.

Así, pues, en todo caso el derecho ha tenido que recurrir a imponer sanciones a las personas jurídicas o entes colectivos en general. En este sentido,, podríamos decir que en todos los países de nuestro nivel cultural e histórico rige el principio *societas delinquere potest*. Porque, en efecto, en todos los países el legislador, para solucionar los problemas apuntados, impone a las entidades supraindividuales (sociedades mercantiles, asociaciones, agrupaciones, empresas, etc.) sanciones tales como multas, disoluciones, prohibiciones de diversa índole, suspensiones, pérdidas de beneficios, etc.

III. — Hecha esta comprobación del derecho positivo, cabe plantear, entonces, la cuestión dogmática consistente en determinar si tales efectos jurídicos son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas. Cuando se niega su carácter de penas es cuando decimos que rige el principio *societas delinquere non potest*. Ahora bien, cada una de estas tres opciones tiene su *costo* correspondiente.

En efecto, si se las considera penas hay que renunciar al principio de culpabilidad y al de personalidad de las penas, principios de corte liberal que constituyen, según criterio dominante, un logro de la civilización moderna. Por otra parte, sería imprescindible revisar toda la dogmática jurídico-penal en cuanto al concepto de acción, culpabilidad, teoría de la pena, eximentes, participación, concurso, etc.³.

Si, al contrario, se las considera sanciones administrativas porque, por ejemplo, son impuestas por órganos administrativos, se ponen en peligro los principios liberales que deben regir todo procedimiento sancionador, no siempre compatibles con los principios de eficacia e interés público del ámbito jurídico administrativo⁴.

³ En este sentido, de revisar la dogmática moderna a efectos de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, E. Righi, ob. cit; J. M. Zugaldía, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest"*, en "Cuadernos de Política Criminal", 11, 1980, p. 86; E. Saavedra Rojas, *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Proyecto del Código Penal 1978*, en "Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle", Cali-Colombia, I, II semestre de 1979, ps. 23-25.

⁴ Esto es lo que ha ocurrido en España y en América Latina. Ver M. Bajo Fernández, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, y Righi, ob. cit.

Si se las considera, por último, como medidas de seguridad en función de la peligrosidad, el costo que se paga afecta al concepto de peligrosidad y de medida de seguridad⁵.

Si partimos del principio dogmático de que son penas las sanciones previstas como tales en las leyes e impuestas por órganos de la administración de justicia mediante procedimiento criminal, sanciones administrativas las impuestas por órganos administrativos⁶ y medidas de seguridad las sanciones, jurisdiccionalizadas o no, impuestas en función de la peligrosidad del autor,, entonces tenemos que convenir que en nuestro derecho positivo las sanciones que se imponen a las entidades supraindividuales son siempre sanciones administrativas o medidas de seguridad⁷. Como sanciones administrativas resultan paradigmáticas las previstas en el decreto de disciplina de mercado del 20 diciembre 1974 por su amplitud, eficacia y modernidad⁸. Por otra parte, los escasos supuestos en que el Código Penal vigente impone sanciones a los entes colectivos (la disolución de los arts. 165 y 349, y el cierre de establecimientos o local y retirada de licencia del art. 452 bis, *d*) son medidas de seguridad⁹.

Por todo ello, creo que a nivel de derecho positivo español no hay nada que discutir sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En nuestro derecho positivo rige el principio de la responsabilidad penal individual, entendiendo por individuo la persona física. Las personas jurídicas y, en general, las entidades supraindividuales, no pueden ser castigadas con las penas previstas en el art. 27 del Código Penal impuestas por los tribunales de justicia, sino, a lo sumo, con medidas de seguridad, sanciones administrativas y sanciones civiles. En este sentido, y *sólo en este sentido*, decimos que las personas jurídicas no son criminalmente responsables, es decir, que rige el principio *societas delinquere non potest*,

De lo señalado hasta ahora conviene recordar dos cosas. Primero, que en todos los países el derecho responde ante la persona jurídica con efectos sancionadores similares y que, por otra parte, no pueden

⁵ Lo que implica también inseguridad jurídica. Righi, ob. cit.

⁶ Sobre la distinción entre ilícito penal y administrativo ver Bajo Fernández, ob. cit., ps. 86 y ss. y 92.

⁷ Dejando aparte la responsabilidad civil contractual y extracontractual y Ja subsidiaria derivada de delito prevista en los arts. 21 y 22 del Código Penal.

⁸ No sería equivocado afirmar que tal elenco de sanciones del Decreto de Disciplina de mercado de 1974, influyó en las medidas de seguridad previstas para los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal español de 1980.

⁹ Ver: Bajo Fernández, ob. cit., ps. 113-114.

ser otros que los que permite la propia naturaleza de las cosas. A una sociedad mercantil no se le pueden imponer sanciones privativas de libertad sino sólo, como así ocurre, repito., en todos los países, sanciones tales como multas, disoluciones, prohibiciones, etc. Segundo, que las sanciones impuestas en derecho positivo español a las personas jurídicas y demás entes colectivos, no son penas sino sanciones administrativas o medidas de seguridad o sanciones civiles.

IV. — Desde el punto de vista político-criminal podemos cuestionarnos si las personas jurídicas deben o no sufrir sanciones más severas o de otro signo, en el bien entendido de que no podemos mezclar esta cuestión con la puramente dogmática de si tales sanciones son, serán o fueron penas, medidas de seguridad o meras indemnizaciones. Y también, desde el punto de vista político-criminal podemos cuestionarnos si tales sanciones deben o no jurisdiccionalizarse.

Desde esta perspectiva, tiene sentido la discusión surgida alrededor del Proyecto de Código Penal español de 1980 que ha jurisdiccionalizado una amplia gama de sanciones a imponer a las personas jurídicas y otros entes supraindividuales (como la empresa) y las ha denominado medidas de seguridad. Yo me he sumado a aquel sector doctrinal que propugna una solución como la adoptada en el Proyecto, en razón de una mayor eficacia político-criminal y de la necesidad de sustraer este sector sancionador del ámbito administrativo¹⁰. Ahora bien, como ya he apuntado, esta solución tiene sus costos dogmáticos.

En efecto, Barbero Santos advierte que si se quiere luchar contra la peligrosidad de las personas jurídicas ha de hacerse con medidas civiles o administrativas porque la peligrosidad criminal no es concepto aplicable a los entes colectivos: "resulta evidente que se trata de un concepto no aplicable a las personas jurídicas, y que, en consecuencia, no puede imponerse a éstas medidas de seguridad de carácter penal"¹¹. Del mismo modo, Zugaldía observa que "difícilmente puede comprenderse cómo las personas jurídicas van a denotar una *peligrosidad criminal* (que supone, cuanto menos, la realización de una acción típica) cuando se parte de considerar que los entes sociales son incapaces de acción"¹² y, por otra parte, considera absurdo hablar de una peligrosi-

¹⁰ Bajo Fernández, ob. cit., ps. 117-118 y capítulo III. La solución del Proyecto de Código Penal también es aplaudida por Rodríguez Ramos, ob. cit., p. 3, por razones de pragmatismo político-criminal, aunque reconoce importantes defectos técnicos en el Proyecto.

¹¹ Barbero Santos, ob. cit., ps. 107 y 106-109.

¹² Zugaldía, ob. cit., p. 87.

dad objetiva cuando se defiende la subjetivación culpabilista del derecho penal¹³.

Para evitar estos costos dogmáticos y que el Proyecto consiga una coherencia, entiende Barbero Santos que el Proyecto de Código Penal debería de luchar contra la "peligrosidad" de las personas jurídicas con medidas de carácter civil o administrativo cuya imposición se confiaría a un juez penal¹⁴.

No voy a entrar aquí en esta discusión. Me interesa más en estos momentos resaltar la confusión de planos que en ocasiones se hace en el nuevo replanteamiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Por ejemplo, se preconiza la responsabilidad criminal de las personas jurídicas porque sólo así se puede conseguir mayor eficacia penal en la persecución del delito. En este sentido, Zugaldía niega eficacia a las medidas de seguridad¹⁵ y la encuentra, sin embargo, en las penas¹⁶. Del mismo modo, Saavedra nos recuerda cómo las multas administrativas se convierten en un costo más de la empresa fácilmente asumible¹⁷ y cómo el derecho penal administrativo carece de poder intimidante¹⁸, preconizando, por ello, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Hay aquí una evidente confusión de planos. La ineficacia de las sanciones previstas en determinado derecho positivo para las personas jurídicas, es una cuestión político-criminal que no se resuelve con una modificación de las teorías de la acción, de la culpabilidad o de la pena para admitir teórica o dogmáticamente la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Aunque nuevamente caiga en el defecto de Don Pero Grullo, me veo obligado a decir que la ineficacia de las sanciones es un problema que sólo se resuelve imponiendo sanciones más eficaces. E imponer sanciones más eficaces no implica necesaria-

¹³ Zugaldía, ob. cit., p. 77: "por lo demás, se defiende la subjetivación culpabilista del derecho penal y se admite, sin discusión, paradójicamente, una peligrosidad de carácter objetivo".

¹⁴ Barbero Santos, ob. cit., ps. 107-108 y 109. De este modo, Barbero Santos parece invertir totalmente su anterior postura. En efecto, en 1967 había mantenido, contra la opinión mayoritaria en España, una responsabilidad penal *sui generis* de las personas jurídicas por una razón político-criminal: sustraer de la competencia de las autoridades administrativas la facultad de imponer sanciones de grave contenido penal a las personas jurídicas. Ver: Barbero Santos, ob. cit., p. 107, nota 109.

¹⁵ Zugaldía, ob. cit., p. 87.

¹⁶ Zugaldía, ob. cit., p. 75.

¹⁷ Saavedra, ob. cit., p. 13.

¹⁸ Saavedra, ob. cit., p. 17.

mente cambio alguno en el principio del *societas delinquere non potest*, a no ser que se pretendiera imponer penas privativas de libertad a los entes colectivos. Las sanciones que el Proyecto de Código Penal español de 1980 llama medidas de seguridad, las que el Proyecto de Código Penal colombiano de 1978 llama penas accesorias¹⁹, las que se establecen en los arts. 63 y 64 del Anteproyecto de Código Penal francés de 1978 o en los criterios de la Comisión (alemana) de lucha contra la criminalidad económica²⁰, las que impone nuestro decreto de disciplina de mercado como sanciones administrativas y las que citan Zugaldía y Righi como *penas*²¹ son las mismas, con ligeras modificaciones. Lo cual prueba, a mi juicio fehacientemente, la innecesariedad de acudir al problema teórico de modificar nuestra dogmática jurídico-penal para reclamar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, siendo así que el derecho no necesita que se modifiquen las teorías de la acción, de la culpabilidad y de la pena para una lucha adecuada contra la delincuencia que gira alrededor de los entes colectivos y de las personas jurídicas. ¿Qué necesidad hay, desde el punto de vista político-criminal, de reivindicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas si el problema político-criminal subyacente se resuelve sin elucubraciones dogmáticas? Se declare o no, a nivel dogmático, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas las sanciones que el derecho prevea serán las mismas. Ni siquiera se ganaría en mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia, ya que las normas del procedimiento criminal pensadas para garantizar los derechos fundamentales de la persona, constituyen un importante obstáculo contra esa pretendida eficacia, obstáculo que no existe en el procedimiento administrativo.

V. — Por último, me interesa subrayar la imposibilidad existente en el plano dogmático para la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

La dogmática jurídico-penal, tal y como se concibe en la actualidad y tal como ha sido construida sobre nuestro derecho positivo, no admite una responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Tiene razón Rodríguez Ramos cuando advierte que la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Bélgica y Francia se explica

¹⁹ Ver tales sanciones en Saavedra, ob. cit., p. 19.

²⁰ Las referencias a la legislación francesa y alemana pueden ser comprobadas en *Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales. Textos y documentos*, publicación del Instituto de Estudios Económicos, 6, 1980, ps. 45-46 y 125-126.

²¹ Righi, ob. cit., p. 30; Zugaldía, ob. cit., p. 77.

por el escaso arraigo de la dogmática jurídico-penal²². Tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena²⁸.

A mí me resulta insostenible una imputabilidad de las corporaciones o un reconocimiento de su culpabilidad en virtud de la concepción normativa, como preconiza Saavedra²⁴. Como también me resulta insostenible cualquier vuelta al organicismo. Cuando el único que en España defendía todavía una tesis organicista²⁵ ha abandonado totalmente esta posición²⁶, Zugaldía recoge el legado y, después de acusar al principio *societas delinquere non potest* de estar inspirado en un "antropomorfismo pueril decimonónico"²⁷, atribuye a la persona jurídica, al igual que a la persona física, "una voluntad... propia"²⁸, de lo que deduce que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no violenta el principio de la personalidad de las penas, ya que la persona jurídica es también una persona, un individuo²⁹. De este modo —sigue el autor— la persona jurídica no es ninguna ficción sino una realidad social, por lo cual, cuando se aplica la pena, ésta "no recae sobre los socios individualmente sino sobre un ente real"³⁰.

Realmente, quien sostiene la imputabilidad o culpabilidad de las corporaciones, o que las personas jurídicas son "personas" en el sentido que a éstas se les da cuando se formula el principio de personalidad de las penas, o que la pena impuesta; a la persona jurídica no recae sobre cada uno de los socios que la componen porque el ente moral es un objeto "real" distinto de sus socios, digo que quien sostiene esto está hablando un idioma desconocido para quienes seguimos la dogmática jurídico-penal dominante. El mantenimiento de estas tesis y, en general, la de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, exige revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad, y

²² Rodríguez Ramos, ob. cit, p. 2.

²³ Mi posición tuve ocasión de exponerla en la obra ya citada, ps. 111-112 y capítulo IV, *passún*.

²⁴ Saavedra, ob. cit, ps. 21 y 23.

²⁵ Ver mi crítica a esta antigua tesis de Barbero Santos en Bajo Fernández, ob. cit, ps. 110-111.

²⁶ "Ninguna duda cabe que las asociaciones y sociedades, es decir, las personas jurídicas, son sujetos incapaces de cometer hechos delictivos y, en consecuencia, de ser criminalmente peligrosos". Barbero Santos, ob. cit., p. 106.

²⁷ Zugaldía, ob. cit., p. 83.

²⁸ Zugaldía, ob. cit., p. 78.

²⁹ Zugaldía, ob. cit., ps. 78-79.

³⁰ Zugaldía, ob. cit., p. 79.

reformular la teoría de la pena³¹. Yo me pregunto si los costos que esto acarrearía,, fundamentalmente prescindir de los principios liberales garantizadores de culpabilidad y personalidad de las penas, compensan el capricho, puramente dogmático, de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Righi minimiza estas consecuencias con una inteligente e interesante observación,, advirtiendo que cabe conservar el sentido garantizador y liberal de estos principios respecto de las personas físicas, al lado de un sistema jurídico-penal pensado expresamente para las personas jurídicas. Esto sería posible porque —dice Righi— el "derecho penal no ha construido un solo modelo para fundamentar la reacción penal sino varios". En efecto, los presupuestos para la aplicación de las penas para los imputables son distintos de los exigibles en la aplicación de medidas de seguridad a los inimputables adultos o en la aplicación de medidas cautelares a los menores³².

Reconozco que si hay, al menos, tres modelos jurídico-penales para explicar la reacción penal (derecho penal de imputables, de inimputables adultos y de menores), no existe razón que impida la creación de otro aplicable a las personas jurídicas. Lo que pongo en duda es que existan razones político-criminales para ello. Y, en todo caso, los riesgos que se correrían serían importantes. No puede olvidarse que de forma constante se están construyendo diques de contención que eviten la invasión del campo del derecho penal de imputables con los principios preventivistas de la medida de seguridad, tendencia sumamente agradable a cualquier poder político para el mejor manejo del ciudadano disidente. Pues bien, la creación de un nuevo modelo aplicable solamente a las personas jurídicas desprovisto de los principios garantizadores de culpabilidad y personalidad de las penas, pienso que entrañaría un nuevo peligro para los ciudadanos, no justificable por razones político-criminales.

Zugaldía toca la fibra emotiva para atacar la conexión entre el principio de personalidad de las penas y el *societas delinquere non potest*? considerando "irritante el argumento de la violación de los derechos humanos" en caso de imponer penas a las personas jurídicas, porque "no ha tenido en cuenta cómo las personas jurídicas usufructúan los delitos, cómo los grandes delincuentes económicos —auténticos parásitos sociales¹— se cobijan tras firmas que no merecen otra califi-

³¹ Así lo reconocen Righi, ob. cit., Zugaldía, ob. cit., p. 86, y Saavedra, ob. cit., ps. 24-25.

³² Righi, ob. cit., p. 24.

cación"³³. Pienso que Zugaldía hubiera evitado su irritación si se hubiera percatado de que quien defiende el *societas delinquere non potest* preconiza, más o menos expresamente, el castigo de quien se esconde detrás del ente colectivo. Es decir, pretenden que se castigue al "parásito social", según expresión de Zugaldía, y no al "caparazón" que lo recubre. No se debe olvidar, a efectos de eficacia, que en las grandes y pequeñas sociedades mercantiles siempre hay un número limitado de personas, perfectamente reconocibles, que lo deciden todo al margen del resto de los socios³⁴, y es sobre ellos sobre quienes debe recaer la sanción penal como medio idóneo y eficaz de prevención de la delincuencia.

Como ya he dicho en otra ocasión, el principio *societas delinquere non potest* no entraña el reconocimiento de un valor ontológico, sino simplemente de un valor político-criminal³⁵. Y, en este sentido, quiero concluir advirtiendo que la exclusión de las personas jurídicas del ámbito criminal no implica desdeñar la importancia que reviste en la actualidad la persecución y castigo de la delincuencia económica. Pero, precisamente por ser conscientes de la importancia de toda política de prevención contra la delincuencia económica, nos pronunciarnos en contra de la aplicación de penas a los entes colectivos. La tesis contraria, que estamos aquí criticando, podría significar un paso arriesgado que atraiga al ámbito del derecho penal principios del derecho privado, como aquel conforme al cual, de las deudas de la sociedad responde ésta con su patrimonio, quedando incólumes los patrimonios de los socios. Sería lamentable que en ese nuevo modelo de derecho penal de aplicación a las personas jurídicas, la imposición de penas a las entidades supraindividuales fueran la coartada para la impunidad de sus poderosos socios.

³³ Zugaldía, ob. cit, p. 79.

³⁴ Cfr. H. Oliva, *Sobre el llamado delito financiero*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", XVI, 43, 1972, ps. 28-30.

