

LA NUEVA DELINCUENCIA

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Madrid, 1993

PERSONAS JURÍDICAS Y DERECHO SANCIONADOR

SUMARIO: **I.** EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. **II.** LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. **III.** EL PRETENDIDO DERECHO SANCIONADOR (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 1. Presupuestos. 2. Sanciones impuestas por los jueces. 3. Sanciones administrativas. **IV.** QUIEBRAS DE LA RESPONSABILIDAD (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 1. Culpabilidad. 2. Quiebras político-criminales. **IV.** CONCLUSIÓN.

I. EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Tengo la impresión de que la exquisita finura de la Dogmática penal encuentra en la cuestión de las relaciones entre el ilícito penal y el ilícito administrativo un nuevo callejón sin salida. Es éste, en efecto, uno de tantos interrogantes analizados por la Ciencia jurídico-penal en el que ha quedado ya todo dicho desde los tiempos de GOLDSCHMIDT hasta nuestros días. No es, pues, de recibo insistir más desde el punto de vista dogmático en tan debatida cuestión.

Muy al contrario, es preciso un alto en el camino para analizar el Derecho positivo a que ha dado lugar la vieja polémica, porque preciso es reconocer que aquella rancia discusión, ha dado sus frutos en las distintas legislaciones europeas.

En la doctrina española son ya muchos los años que penalistas y administrativistas denunciaran la situación del poder sancionador de la Administración pública durante el franquismo. Aunque preciso es reconocer que el extraordinario poder de la Administración (podía imponer, incluso, penas privativas de libertad en ciertas infracciones

económicas) hundía sus raíces muy lejos a principios del siglo XIX, fue en la década de los años sesenta del presente siglo cuando la Doctrina alzó su voz contra esta situación. Como consecuencia de una evolución histórica caracterizada por el acopio constante de poder sancionador de la Administración pública a costa de la Administración judicial, se llegó a una situación de Derecho sustantivo y procesal calificada unánimemente de "prebeccariana". Ciertamente el fenómeno codificador del Iluminismo conforme al cual toda infracción quedaba judicializada y todo poder sancionador se atribuía al juez, perseguía expresamente privar de "toda" capacidad sancionadora al ejecutivo. Este maximalismo, erróneo precisamente por ello, trajo como consecuencia el prurito del poder político de hacerse con el máximo poder posible por la vía que fuere. Hubo que esperar en España a la Constitución de 1978 y subsiguiente legislación, para colocar las cosas en la situación razonable que un Estado de Derecho moderno requiere, con respeto de los derechos fundamentales de la persona, pero también con reconocimiento del interés público defendido por la Administración pública a quien, de suyo, competen ciertas prerrogativas.

Recientemente ha entrado en vigor la ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo Título IX se regula la potestad sancionadora de la Administración pública conforme a la moderna concepción del Derecho sancionador. Se parte de la base, ya reconocida por la anterior jurisprudencia constitucional, de que los principios inspiradores del Derecho penal común son de aplicación al Derecho administrativo sancionador por pertenecer ambos al mismo ordenamiento punitivo, si bien respetando las peculiaridades del procedimiento administrativo.

II. LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Si la distinción entre el ilícito penal y el administrativo es una vieja cuestión irresoluta, la relativa a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha convertido en antigualla antes de que las cosas pudiesen ser clarificadas. Por de pronto es unánime, tanto en doctrina como en jurisprudencia, la admisión de la persona jurídica como sujeto infractor en el Derecho administrativo y, por consiguiente, como apta para sufrir la sanción. Pero es que también en el Derecho penal continental (no ya el anglosajón que desde antiguo lo admite) se admite ya

la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas como ocurre en Holanda, Noruega Francia y preconiza la CEE (BACIGALUPO). Y, aunque en algunos países como Italia y Bélgica se sostiene que sólo la persona física puede ser autor de una infracción administrativa, se interpretan como muy cercanas al principio de la responsabilidad de las personas jurídicas disposiciones del Derecho italiano que declaran la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas por las penas pecuniarias que se impongan a sus órganos; o el parágrafo 30 de la OWiG alemana, así como las reglas sobre la actuación en nombre de otro (*handeln für ennen anderen*) recogidas en los Códigos penales alemán, portugués y español (BACIGALUPO)..

Pues bien, continúo creyendo que respecto a la responsabilidad *criminal* siguen produciéndose los mismos equívocos que constaté en 1981.

En efecto, entiendo que detrás de la polémica sobre el *societas delinquere non potest* se encuentra un problema semántico, por la superposición de, al menos, tres planos. De un lado, el Derecho positivo en el que 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.

A) A la primera cuestión ha de responderse en el sentido de que en todos los países se imponen sanciones a las personas jurídicas, funda mentalmente, la multa, pero también la disolución, la prohibición de contratar, la inhabilitación etc... Esta realidad hace que, a veces, se sos tenga la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por este simple hecho, aunque las sanciones procedan del orden administrativo y los órganos sancionadores pertenezcan a la Administración pública. A mi juicio, aquí subyace un problema semántico porque, para mí, esta situación no significa aún que rija el principio *societas delinquere potest*.

B) Que los distintos ordenamientos imponen sanciones como las indicadas constituye una realidad, un punto de partida para la cuestión dogmática sobre si tales sanciones son penas en el sentido del Derecho penal liberal, sanciones administrativas, o medidas de seguridad o simples efectos jurídicos sin carácter sancionador. Cuando se niega el carácter de *penas* es cuando decimos que rige el principio *societas delinquere non potest*. Ahora bien, cada una de estas opciones tiene su costo correspondiente.

En efecto, si se consideran *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 orden al concepto de acción, culpabilidad, teoría de la pena eximentes, participación, concurso, etc.

Si, por el contrario, se consideran *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 administrativo.

Si se entienden, 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 seguridad.

La opción entre todas estas posibilidades depende siempre de una decisión político criminal e ideológica. Está ya lejos la utopía de querer encontrar un criterio de carácter sustancial que permita distinguir entre ilícito penal y administrativo. Sólo hay una posibilidad formal: son penas las que la ley considera como tales y son aplicadas por el poder judicial. En este sentido en Derecho español *la persona jurídica no es criminalmente responsable...* Rige, pues, el principio *societas delinquere non potest* principio al que no ha de reconocérsele un valor ontológico, sino simplemente político criminal que salva los principios irrenunciables de culpabilidad y personalidad de las penas.

C) Queda en pié, entonces, la cuestión político criminal de si *deben* sancionarse *criminalmente* las personas jurídicas. Volvemos a encontrarnos de nuevo con el falso problema.

Pienso que históricamente se discutió sobre la responsabilidad *criminal* de las personas jurídicas en un sentido distinto al actual. En realidad se debatía sobre la posibilidad de imponer sanciones (de cualquier tipo, no específicamente criminales) a las personas jurídicas. La evolución legislativa ha ganado la batalla a quienes se opusieron. Por ejemplo, en el Derecho positivo español no sólo los órganos administrativos imponen sanciones a las personas jurídicas sino que a veces las imponen los propios jueces dentro del procedimiento penal. La Dogmática penal se defiende como gato panza arriba negando el carácter de penas a ambas. Las impuestas por órganos administrativos son *sanciones administrativas* y las impuestas por los jueces son *medidas de seguridad*.

¿Qué sentido tiene el empeñamiento de la Dogmática penal para negar el carácter de penas a las sanciones que, cada vez en mayor número, se imponen a las personas jurídicas? Sólo uno. Salvar los principios liberales garantistas de la libertad individual frente al

poder político: en este caso el de culpabilidad y el de personalidad de las penas.

Podría alguien comentar que, entonces, habría que reconocer un ámbito del Derecho penal, probablemente reducido, en el que rigen en todo su esplendor los principios garantistas, mientras que, al lado, existen otros sectores -derecho penal de inimputables adultos, derecho penal de menores, derecho penal de peligrosos y derecho penal de personas jurídicas- en los que quebrarían tales principios. No sería descabellada esta idea porque ciertamente en estos sectores se producen constantemente un difícil equilibrio entre los principios garantistas y la defensa social.

La discusión habría que enmarcarla entonces en el seno de un hipotético Derecho sancionador (penal) de las personas jurídicas, distinto del Derecho penal en sentido estricto y de aquellos otros sectores excepcionales como el Derecho penal de peligrosos, de inimputables adultos y de menores .

III. EL PRETENDIDO DERECHO SANCIONADOR (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. *Presupuestos,*

La identidad, en gran parte de las ocasiones, del contenido de las sanciones a imponer a las personas jurídicas, con otros efectos jurídicos no sancionadores, obliga a hacer una reflexión sobre la distinción entre ambos. Obsérvese que la multa no sólo es idéntica en su contenido económico a la indemnización, sino que además en el Derecho económico en muchos casos aquélla tiene un sentido recaudatorio (infracciones fiscales, por ejemplo) lo que la hace de imposible distinción con la responsabilidad civil. Tampoco hay diferencia sustancial entre una sanción de prohibición de contratar y una negación de dicha contratación por incumplimiento sobrevenido de una circunstancia que lo imposibilita. Como tampoco hay distinción, por poner un ejemplo del Derecho penal común, entre la pena de privación del permiso de conducir y esa misma privación por ceguera sobrevenida.

A mi entender -y siguiendo a PANTALEON-, una medida es sancionadora cuando tiene un sentido punitivo-preventivo, sentido que se revela a través de tres características:

1. Que la sanción no es asegurable;
2. Que es graduable en función de la distinta culpabilidad (dolo, culpa, caso fortuito); y

3. Que no es transmisible a los herederos.

Sobre estas premisas consistentes en el reconocimiento de que el Derecho sancionador (penal) de las personas jurídicas es, a lo sumo, un Derecho sancionador (penal) diverso del Derecho penal común, del de peligrosos, del de inimputables adultos y del de menores; y en el reconocimiento de los criterios para distinguir una medida sancionadora de otra que no lo es, debe de analizarse la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho español.

2. *Sanciones impuestas por los jueces.*

El Código penal español prevé la posibilidad de imponer diversas sanciones a las personas jurídicas dentro del procedimiento penal y, por tanto, de mano de los propios jueces. Así, la clausura de la empresa (art. 347 bis, Delitos contra el *medio ambiente*), la pérdida de subvenciones públicas o crédito oficial, la pérdida del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales (arts. 349 y 350 Delito *fiscal*), la suspensión de las actividades de la sociedad, la clausura de las dependencias abiertas al público (art. 404 bis c), Delito de tráfico de *influencias*), la disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público (art. 344 bis a), Delito de *tráfico de drogas*), la inhabilitación para el ejercicio de industria y el cierre del establecimiento (art. 546 bis f), Delito de *receptación*), el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento (art. 534 bis b), Delito contra la *propiedad intelectual*).

3. *Sanciones administrativas.*

En nuestro derecho, admiten la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el orden administrativo tanto doctrina como jurisprudencia y, expresamente, así lo consagran algunas leyes (art. 77.3 de la Ley General Tributaria 10/1985 de 26 de abril; Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social 8/1988, de 7 de abril; Ley 16/1989 de Defensa de la competencia; Ley 22/1988 de Costas etc.), fundamentalmente la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo Común, que en su art. 130 dispone:

«sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y *jurídicas* que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia».

La Jurisprudencia constitucional ha sido tajante en el sentido de que

Personas jurídicas y derecho sancionador

los principios inspiradores del Derecho penal (el de legalidad, tipicidad, culpabilidad, *non bis in Ídem*, jurisdiccionalidad, etc.), son aplicables al Derecho administrativo sancionador. Así, se sostuvo en jurisprudencia constante que:

«los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado» (STC 18/1987).

Sin embargo, pronto se percató de que no podía hacerse un traslado, sin más, de todos los principios sin respetar las peculiaridades derivadas de la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador y del total ordenamiento jurídico-administrativo, constituyendo doctrina hoy consagrada la imposibilidad de hacer un traslado en bloque de las garantías que limitan el "ius puniendi" de los Tribunales de Justicia (STC 22/1990; vid. DE LA MORENA).

Lo cierto es que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, realiza ese traslado de los principios inspiradores del Derecho penal, extraídos del texto constitucional y de la copiosa jurisprudencia emitida, con distintas peculiaridades.

Ciertamente se recoge el principio de legalidad (art. 127) con la consiguiente retroactividad de la ley, salvo la más favorable (art. 128), tipicidad de infracciones y sanciones (art. 129) y prohibición de la aplicación analógica (art. 129.4). Pero, al contrario que en el Derecho penal común, la responsabilidad se extiende a las personas jurídicas (art. 130.1) a quien se imputa también una extraña responsabilidad subsidiaria o solidaria "por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros". Es decir, sería el incumplimiento de un deber de vigilancia cuyo parecido con el parágrafo 30 de la OWiG puede no ser casual. No hay ninguna referencia al principio de culpabilidad de manera expresa, aunque habría de deducirse de la consagración del principio de proporcionalidad (art. 131) y de la presunción de inocencia (art. 137).

IV. QUIEBRAS DE LA RESPONSABILIDAD (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. *Culpabilidad.*

El hecho de que en España, Alemania y Portugal exista reconocimiento a nivel constitucional del principio de culpabilidad, debería

de dificultar la responsabilidad criminal de la personas jurídicas (BACIGALUPO; Vid. SSTC 76/1990 y 19 diciembre 1991).

La evidencia de que el principio de culpabilidad (estamos utilizando la expresión culpabilidad no en el sentido estrictamente normativo, sólo utilizado en la moderna dogmática jurídico-penal, sino en el sentido más común de dolo y culpa o imprudencia) respecto a la persona jurídica ha de tener un contenido distinto al que se refiere a la persona física es reconocido expresamente por la interesante STC 246/1991, de 19 de diciembre. El razonamiento que se sigue en la sentencia es el siguiente: La persona jurídica es responsable de la sanción administrativa; los principios del Derecho penal son aplicables al Derecho sancionador administrativo por ser ambos manifestación del ordenamiento punitivo del Estado; también lo es el principio de culpabilidad porque es inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa; esta observación no impide la responsabilidad de las personas jurídicas sino que el principio de culpabilidad "SE HA DE APLICAR DE FORMA DISTINTA A COMO SE HACE RESPECTO DE LAS PERSONAS FÍSICAS".

Lo que no hay forma de saber es cuál es esa forma distinta de aplicación.

Los hechos origen de esta sentencia (analizada profusamente por Blanca LOZANO) consistían en que durante un atraco perpetrado en una sucursal bancaria no fue accionada la alarma, ni funcionó el módulo de apertura retardada de la caja fuerte, lo que dio lugar a una sanción del Gobernador civil por incumplimiento del Real Decreto 1.084/1978. El Tribunal Supremo estimó conforme a Derecho la sanción del Gobernador civil en virtud de una línea jurisprudencial conforme a la que el incumplimiento de las medidas de seguridad por omisión imputable al empleado incide sobre la empresa por falta *in vigilando*, ya que la normal marcha o efectividad de las medidas de seguridad a ella incumben sin poder, como regla, escudarse en la conducta de sus empleados para exonerarse de responsabilidad (vid. esta jurisprudencia en B. LOZANO, 215). El Banco recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional por lesión de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia. ("El reproche de la demandante de amparo queda reducido a la falta de pruebas de culpabilidad": FJ 2. STC 246/1991).

El Fundamento jurídico 2, en lo que nos atañe, razona así:

«Al respecto debemos recordar ahora que si bien es cierto que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987

Personas jurídicas y derecho sancionador

por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990). En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de "correcto" el principio de la responsabilidad personal por hechos propios -principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas reconociéndoles, pues, capacidad infractora. *Esto no significa, en absoluto que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.* Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la *capacidad de infringir las normas* a las que están sometidos. *Capacidad de infracción* y, por ende, *reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido* por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que la sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia de la demandante de amparo. En este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de la responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad "de estimular el riguroso

La nueva delincuencia-!

cumplimiento de las medidas de seguridad". Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (por lo que la presunción de inocencia no entra en juego ni ha sido vulnerada), ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional».

La STC que estamos comentando en absoluto da luz para saber cómo ha de entenderse la culpabilidad cuando se refiere a las personas jurídicas porque, reconociendo que falta en éstas el elemento volitivo, no les falta -dice- "la capacidad de infringir las normas", confundiendo la culpabilidad (elemento de la infracción) con la propia infracción. La explicación con la que continúa, poca claridad añade. Dice la sentencia que esa capacidad de infracción determina la "reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz". Por mas circunloquios que la sentencia realiza, no sale del círculo vicioso de que la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad porque tiene capacidad de infracción y de la identificación simplificadora de la culpabilidad con la infracción.

Esta sentencia es, en todo caso, anterior a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que recoge los principios informadores del Derecho administrativo sancionador y parece invocar algo parecido al principio de culpabilidad cuando en el art. 131 se refiere al principio de proporcionalidad y en el art 137 al de presunción de inocencia.

Art. 131.3:

«Principio de proporcionalidad.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes *criterios* para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de *intencionalidad* o reiteración.
- b) La naturaleza de los *perjuicios* causados.
- c) La *reincidencia*, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme».

Art. 137:

«Presunción de inocencia.

1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de

Personas jurídicas y derecho sancionado)'

no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario».

Obsérvese que en ambos preceptos la ley se cuida muy mucho de citar, aun de palabra, la expresión "culpabilidad" que sólo sería deducible de la referencia a la "intencionalidad" como "criterio para la graduación de la sanción" (art.131) y de la exigencia de la prueba de "responsabilidad administrativa" (art.137).

Es indudable que la referencia a la prueba de la responsabilidad administrativa no permite deducir cuáles sean los requisitos de la infracción administrativa y si la culpabilidad es un presupuesto de la responsabilidad administrativa. Se cumpliría igualmente esta exigencia, aún cuando redujéramos la prueba a los simples hechos objetivos descritos en el tipo de infracción.

La invocación por el art.131 de la intencionalidad como criterio para graduar la sanción, tampoco es determinante a mi juicio sobre la erradicación de la responsabilidad objetiva y la exigencia de dolo o culpa en el derecho administrativo sancionador. Podría interpretarse que la sanción se impone en su grado mínimo cuando no hay ni dolo ni culpa, pudiendo el órgano sancionador recorrer los márgenes sancionadores si concurre negligencia o intención.

El art. 130 apoya esta interpretación cuando declara la responsabilidad "aún a título de simple inobservancia", expresión con la que el legislador quiere indicar que basta, para incurrir en responsabilidad, con incumplir el dictado de la norma. Al recalcar este incumplimiento ("inobservancia") con la calificación de "simple", expresa claramente la voluntad del legislador de hacer depender la responsabilidad exclusivamente de la trasgresión objetiva del mandato jurídico, sin necesidad de preguntarse por el dolo o la culpa: simplemente basta con incumplir la norma. (Para GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, se exigiría "culpa in vigilando", lo que no parece deducirse del texto legal).

Téngase en cuenta, por otra parte, que estas disposiciones van dirigidas a todo sujeto infractor tanto si es persona física como jurídica. Las dificultades señaladas suben, pues, de tono si se entienden referidas a las personas jurídicas.

Por eso no tiene razón la Sala de Revisión del Tribunal Supremo en sentencia de 17 octubre 1989, al resolver las discrepancias en la jurisprudencia de las salas cuarta y quinta en orden a la *culpa in vigilando* o *in eligendo*. Entiende la sala de revisión que estos referentes no pueden ser utilizados porque significan una responsabilidad objetiva vedada en el Derecho administrativo sancionador. El propio hecho de la existencia de una jurisprudencia contradictoria en el seno del Tribunal Supremo,

pone de relieve la dificultad de la cuestión. (Sobre la jurisprudencia contradictoria, sobre la cuestión de la culpabilidad en el TS, vid. SUAY, pág.73).

El art. 130.3, en su apartado segundo, dispone que:

«serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores».

Esta disposición parece un tipo genérico de "culpa in vigilando", que castiga el incumplimiento del deber de vigilar o prevenir y que parece confirmar la tendencia a la responsabilidad objetiva que señalaba la corriente jurisprudencial referida. Observa SCHÜNEMANN, comentando el parágrafo 130 de la OWiG, con un contenido similar al sancionar la "infracción del deber de vigilancia en la empresa", que, con independencia de su escaso efecto preventivo, es incompatible con los principios de determinación de la infracción y de culpabilidad.

Debemos de reconocer, sin rasgarnos las vestiduras, que es imposible mantener el principio de culpabilidad frente al Derecho sancionador (penal) de las personas jurídicas. Las referencias que la jurisprudencia constitucional hace al principio de culpabilidad, han de entenderse fracasadas frente a las personas jurídicas, no es que la culpabilidad en este caso haya de entenderse de un modo distinto, sino que lisa y llanamente no se exige por imposibilidad conceptual. Con un entendimiento distinto corremos el riesgo de topar de nuevo con un problema semántico que se nos enrede en los pies. Al fin y al cabo el Derecho (penal) de las personas jurídicas, aunque es Derecho penal, no es idéntico al Derecho penal común, ni al de menores o inimputables adultos.

2. Quiebras político-criminales.

La responsabilidad (penal) de las personas jurídicas tiene, además de las dogmáticas o garantistas, otras dificultades político criminales.

En primer lugar, se ha puesto desde siempre de relieve que las multas pueden ser amortizadas como un costo de producción más y, por tanto, ineficaces. Para evitar esto, la Ley 30/1992, contiene un principio programático que, como aviso a navegantes, advierte al legislador o al órgano administrativo creador de normas de rango inferior, la necesidad de tener en cuenta que la sanción no sea tan pequeña que compense al infractor la comisión del hecho.

Art. 131:

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas».

Más eficaz es, sin duda, sancionar a la persona física incluso con penas cortas privativas de libertad que son especialmente intimidantes en los casos de criminalidad económica.

De otro lado, es preciso ser conscientes que las personas jurídicas de Derecho público carecen de afán de lucro y no tiene sentido hacerlas responsables de las infracciones cometidas, porque con la sanción, pagaría la ciudadanía en general (Así, STS; 4 marzo 1985). Mucho más razonable resulta en este caso, castigar al infractor persona física.

En tercer lugar, las sanciones repercuten, no ya sobre los socios inocentes (cuestión que pudiera quedar compensada con los beneficios obtenidos por la persona jurídica con la infracción) sino también sobre los trabajadores, lo que puede ser grave con sanciones como la disolución o prohibición de contratación.

En cuarto lugar, dificultades de tipo práctico obligan al legislador constantemente a idear fórmulas rayanas en lo inadmisibles. Así, cita B. LOZANO el caso de la Ley 34/1987 que, para evitar la burla de la sanción de revocación o suspensión de la autorización para el juego, burla consistente en disolver la sociedad y crear otra nueva, prohíbe desarrollar el juego en el local donde se produjo la infracción sancionada, acabando por "sancionar el local". Y cita igualmente la transmisión de la multa de la sociedad a los socios en caso de disolución de la sociedad establecida en el art. 89.4 de la Ley General Tributaria (Obsérvese que una de las características de la sanción preventivo-punitiva es la de no ser transmisibles a los herederos ni, claro está, a los socios).

En quinto lugar, la tendencia a la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del "levantamiento del velo" de las personas jurídicas que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo. Esta interesante doctrina de origen anglosajón se ha desarrollado en España en el seno del Derecho tuitivo de los trabajadores para evitar que determinados grupos de empresas coloquen a sus empleados en la entidad insolvente de modo que se burlen los derechos de los trabajadores por medio de este mecanismo en caso de crisis de empresa o resolución del contrato de trabajo.

V. CONCLUSIÓN

Cuando la Jurisprudencia constitucional afirma que son aplicables al Derecho administrativo sancionador los principios inspiradores del Derecho penal, aunque con matices, está diciendo que el Derecho sancionador es similar en el conjunto del Ordenamiento jurídico. La jurisprudencia también ha señalado que se han de respetar las peculiaridades del proceso administrativo derivados de sus propias características. Una de tales peculiaridades, es por lo que se refiere al tema que aquí nos ha traído la responsabilidad de las personas jurídicas que no puede fundamentarse en la culpabilidad del infractor.

Que esto sea así no tiene nada de extraño porque la misma quiebra se produce en el Derecho penal de menores o el de inimputables peligrosos (Sobre la necesidad de que las medidas de seguridad cumplan los principios garantistas vid. STC 14 febrero y 19 febrero 1986).

Entiendo con SCHÜNEMANN que no es posible fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas en la culpabilidad, sino en la simple necesidad preventiva derivada del hecho de la imposibilidad de identificar al autor, cuando la infracción redundó en beneficio de la entidad y faltaron las medidas de dirección y vigilancia necesarias para evitar la infracción. Aunque esto nos recuerde al positivismo criminológico que fundamentaba la responsabilidad penal en el simple hecho de vivir en sociedad, recuérdese que nos referimos a las personas jurídicas, no a la persona individual, y sólo para el caso de necesidad derivado de la imposibilidad de encontrar al autor por las dificultades de prueba.

Es preferible esta conclusión que no prostituir el principio de culpabilidad que, referido a la persona jurídica, siempre sería culpabilidad por el hecho de otro, por más que algunos autores (TIEDÉMANN, JAKOBS, BRENDER, ZUGALDIA) pretendan salvar la situación. Partiendo de la exigencia constitucional de culpabilidad para la responsabilidad penal, prefieren cifrar la culpabilidad de la persona jurídica en "defecto de organización" rebajando el contenido ético tradicional a categorías sociales y jurídicas (TIEDÉMANN, BRENDER), conectando la culpabilidad más que con el libre albedrío, con la "libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios" (JAKOBS).

Entiendo con RUIZ VADILLO que el Derecho penal de las personas jurídicas sería un nuevo Derecho penal "que en pocas cosas coincidiría con el que ahora recibe este nombre", puesto que "no habría culpabilidad, sino responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad".

| BIBLIOGRAFÍA

- E. BACIGALUPO: *Sanktionsbefugnisse der Organe der EG aus der Sicht des Spanischen Rechtes*, en *Deutsch-Spanische Juristenvereinigung*, juni, 1993.
- E. BACIGALUPO: *La responsabilite des personnes morales, rapport de synthese, manuscrito*.
- M. BAJO FERNANDEZ, B.MENDOZA BUERGO: *Hacia una Ley de Contravenciones. El modelo portugués*, en ADP, 1983.
- M. BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico*, Madrid, 1978.
- M. BAJO FERNANDEZ: *Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid 1987.
- M. BAJO FERNANDEZ: *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en ADP, Madrid, 1981.
- BRENDER: *Die Neuregelung der Verbandstcitorschaft in Ordnungswidrigkeitsrecht*, Diss., 1989.
- J. CERESO MIR: *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, en ADP, 1975.
- H. DOELDER: *Die strafbarkeit juristischen personen in den Nierderlanden*, ponencia presentada en las Jornadas en Homenaje a K. TIEDENMANN, Madrid 1992.
- E. GARCÍA DE ENTERRIA: *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en REDA, 10, 1976.
- L. GRACIA MARTIN: *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en A.P., 39, 1993, págs. 583 y ss.
- N. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO: *Las sanciones administrativas en la Ley 30/1 92, de 26 de noviembre*, en *Jueces para la democracia*, 1-17-1992, p.30.
- G. JAKOBS: *El principio de culpabilidad*, en *Anuario de Derecho penal*, 1992, p.1051; .
- B. LOZANO: *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo* (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre), en RAP, 129, 1992.
- L. DE LA MORENA y DE LA MORENA: *¿Son trasplantabas en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el "ius puniendi" de los Tribunales?*, en *La Ley* 4 abril 1989.
- A. NIETO GARCÍA: *Los principios de tipicidad y culpabilidad de las infracciones en materia de consumo* en *Estudios sobre consumo*, 3, 1984.
- G. QUINTERO OLIVARES: *La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores*

- del Derecho penal*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 5 septiembre 1991.
- E. RIGHI: *Derecho penal económico comparado*, Madrid, 1991.
- E. RUIZ VADILLO: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 1, 1991.
- B. SCHÜNEMANN: *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, trad. de D. BRUCKNER J.A. LASCURAIN, en ADP, 1988.
- B. SCHÜNEMANN: *Die strafbarkeit der juristischen personen aus europaischer sicht*, ponencia presentada en las Jornadas en Homenaje a K. TIEDEMANN.
- SEMINARIO Hispano-Alemán sobre *Responsabilidad penal de órganos de empresas y personas jurídicas*, celebrado en Madrid, 1993, bajo dirección de D.-M. LUZON y S. MIR (ponencias de G.JAKOBS, H. SCHUMANN, W. BOTTKE, W. FRISCH, L. GRACIA MARTIN y otros).
- J. SUAY RINCÓN: *Derecho administrativo sancionador, perspectivas de reforma*, en RAP, 1986.
- J. SUAY RINCÓN: *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, ed. dirigida por TOMAS-RAMON FERNANDEZ, Estudios de F ES, Madrid, 1991; K. TIEDEMANN, enJW, 1988;
- J.M. ZUGALDIA ESPINAR: *Conveniencia político, criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest"*, en CPC,11,1980.
- J.M. ZUGALDIA ESPINAR: *Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)*, ponencia presentada en las Jomadas en Homenaje a K. TIEDEMANN, Madrid, 1992.
- K. TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español y alemán)*, Barcelona, 1993.

