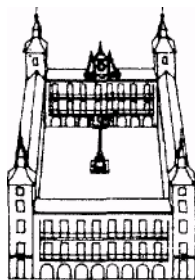


**ESTUDIOS JURÍDICOS
EN HOMENAJE
AL PROFESOR
AURELIO MENENDEZ**

Separata

**HACIA UN NUEVO DERECHO PENAL:
EL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Miguel BAJO FERNÁNDEZ



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

HACIA UN NUEVO DERECHO PENAL: EL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Miguel Bajo Fernández
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: I. NECESIDAD DE EXAMEN DEL DERECHO POSITIVO.—II. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO EUROPEO.—III. EL PRETENDIDO DERECHO SANCIONADOR (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN DERECHO ESPAÑOL: 1. *Presupuestos*. 2. *Sanciones impuestas por los Jueces en España*. 3. *Sanciones administrativas*.—IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—V. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SU COMPATIBILIDAD CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—VI. INTERROGANTES POLÍTICO-CRIMINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Necesidad de examen del Derecho positivo

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 necesario 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 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.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en el Título IX 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. Las personas jurídicas en el Derecho europeo

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. En orden a la clarificación son fundamentales los trabajos de BACIGALUPO que ha estudiado en profundidad la situación en el Derecho comparado cuyos resultados tratamos de resumir a continuación.

Sobre la base de que, en la actualidad, nadie discute la necesidad de responder con sanciones a la actuación de la persona jurídica, el Comité de Ministros europeo propuso en la Recomendación núm. R (88) 18 de 20 de octubre que se reconozca la responsabilidad de la persona jurídica y se prevean sanciones penales a las empresas si así lo exigen: *a)* la naturaleza de la infracción, *b)* la gravedad de la infracción, *c)* el efecto para la sociedad y *e)* la necesidad preventiva.

BACIGALUPO examina a la luz de esta recomendación la situación en los Estados Miembros, distinguiendo entre los Estados que no admiten la responsabilidad de las personas jurídicas y los que sí la admiten; de entre éstos, a su vez, diferencia entre aquellos en los que la culpabilidad no opera como límite constitucional, de aquellos otros en que sí opera.

Solamente Bélgica e Italia niegan la responsabilidad de las personas jurídicas, si bien últimamente admiten excepciones. Por ejemplo, en Bélgica la jurisprudencia tolera la posibilidad de que la persona jurídica cometa una infracción, en cuyo caso, se dice, debe perseguirse a la persona física que hubiere cometido el hecho. En Italia se reconoce un caso de responsabilidad directa de la persona jurídica en un supuesto concreto de infracciones monopolísticas (Ley núm. 287, de 10 de octubre de 1990). Por último, tanto en Bélgica como en Italia la responsabilidad de la persona física puede traer consecuencias indirectas para la persona jurídica o el ente colectivo empresarial como la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa impuesta

al órgano. Esta responsabilidad indirecta tiene el inconveniente de la necesidad de establecer antes la responsabilidad de la persona física (Bacigalupo).

En los países en los que no existe el límite constitucional de la culpabilidad (Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda y Reino Unido) no existe más problema para la responsabilidad de las personas jurídicas que el establecer la clase de sanciones y la vinculación exigible entre la persona física que actúa y la persona jurídica (BACIGALUPO). El nuevo Código Penal francés (aprobado por Ley núm. 92.683, de 22 de julio de 1992) no ha dudado en declarar «penalmente responsables» a las personas morales con exclusión del Estado (art. 121.1 Código Penal) y, si bien se preocupa por el principio de legalidad en lo relativo al establecimiento de las penas, las contravenciones pueden ser fijadas por los reglamentos (art. 111.2 Código Penal). Contiene una rigurosa regulación de las penas aplicables a las personas morales (arts. 131.37 y ss.), enumerando la multa, la disolución, la prohibición de actividades profesionales, el cierre definitivo, la vigilancia judicial, la exclusión de los mercados públicos, prohibición de gestionar ahorro ajeno, prohibición de emitir cheques, confiscación y publicación de la Sentencia.

Alemania, España y Portugal imponen constitucionalmente el límite de la culpabilidad para la responsabilidad penal. En los tres países se reconoce una responsabilidad directa de la persona jurídica (parágrafo 30 de la OWiG alemana; Decreto-Lei núm. 433/1982 portuguesa, y Ley 30/1992, de 26 de noviembre, española) y se regula la llamada actuación en nombre de otro. En Alemania (parágrafo 130 OWiG) y en España se regula un supuesto genérico de responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento del deber de vigilancia (BACIGALUPO). De qué modo opera aquí la limitación constitucional de la culpabilidad lo veremos en las páginas siguientes.

Pues bien, continúo creyendo que respecto a la responsabilidad *criminal* de las personas jurídicas 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, fundamentalmente, la multa, pero también la disolución, la prohibición de contratar, la inhabilitación, etc. Esta realidad hace que, a veces, se sostenga la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por este simple hecho, aunque las sanciones procedan del orden administrativo y los órganos sancionadores pertenez-

can 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. En esta situación se encuentra el Derecho penal francés cuyo nuevo Código inequívocamente denomina «penas» impuestas por los jueces, a las sanciones que enumera en el artículo 131.37 aplicables a las personas morales. La doctrina francesa tiene menos dificultades que la nuestra, mucho más elaborada al compás de la dogmática alemana, pero tendrá que renunciar a los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas o concebirlos de otro modo.

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, como parece ocurrir en el Derecho anglosajón e inequívocamente se produce ahora en el Derecho penal francés con el nuevo Código. Por la misma razón, decimos que 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 pie, 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, y 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*, decisiones teóricas que sólo ceden cuando de modo indiscutible la Ley dice otra cosa, como ocurre en Derecho anglosajón y ahora en el nuevo Código Penal francés.

¿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 produce 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 en Derecho español

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 PANTALEÓN—, 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 en España**

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.cj, 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-aj, Delito de *tráfico de drogas*], la inhabilitación para el ejercicio de industria y el cierre del establecimiento [art. 546 bis./), Delito de *receptación*], el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento [art. 534 bis Delito contra *la propiedad intelectual*].

Como repetidas veces venimos insistiendo el nuevo Código Penal francés ha ampliado con carácter general la posibilidad de que los jueces impongan sanciones a las personas jurídicas que el propio Código califica de penas, de forma similar a como ocurre con el Derecho anglosajón.

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 artículo 130 dispone: «sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y *jurídicas* que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia».

La jurisprudencia constitucional ha sido tajante en el sentido de que 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 irretroactividad 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 130 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. Estado actual de la cuestión del nuevo Derecho penal de las personas jurídicas

El problema en la actualidad no debe de plantearse en el marco de si existe o no (o si debe de existir o no) responsabilidad criminal de las personas jurídicas ya que con este planteamiento nos encontramos con un problema de lenguaje de difícil solución. Un nuevo Derecho penal de las personas jurídicas debe de responder a otros interrogantes, ya que la cuestión básica de la idoneidad de proceder con determinadas sanciones (multa, disolución, etcétera.) contra la persona jurídica ha sido ya respondida por doctrina y jurisprudencia afirmativamente y consagrado por la legislación.

Las cuestiones hoy de urgente respuesta son:

1. Si la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas debe ser directa —lo que algunas legislaciones niegan— o derivada de la que se imponga a las personas físicas.
2. Para el caso en que la responsabilidad de la persona jurídica sea derivada, secundaria o subsidiaria de la de su órgano, qué clase de vinculación debe darse entre la persona física que comete el hecho y la persona jurídica. Habrá que examinar si la vinculación descrita en Alemania, España y Portugal en la regulación de la «actuación en nombre de otro» es suficiente.
3. Si la sanción a la persona jurídica es compatible —como ocurre en Derecho francés: art. 121.2 Código Penal y se establece en diversas normas administrativas españolas— o no con la impuesta a su órgano.
4. Cómo ha de conciliarse la responsabilidad de las personas jurídicas con los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.
5. Las respuestas a diversas cuestiones político-criminales.

Como contribución a ese nuevo Derecho penal de las personas jurídicas haremos a continuación algunas reflexiones sobre los dos últimos interrogantes: la culpabilidad y la política criminal.

V. El principio de culpabilidad y su compatibilidad con la responsabilidad penal de las personas jurídicas

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 de diciembre de 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

i 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 infracción 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 bancada 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 1084/1978. 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 as 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 ^{as} 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 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 efecto, 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 inadmisibles 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 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 más 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 simplificada 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 artículo 131 se refiere al principio de proporcionalidad y en el artículo 137 al de presunción de inocencia.

Artículo 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.»

Artículo 137: «Presunción de inocencia:

1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de 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, aun cuando redujéramos la prueba a los simples hechos objetivos descritos en el tipo de infracción.

La invocación por el artículo 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 artículo 130 apoya esta interpretación cuando declara la responsabilidad «aun 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 transgresión objetiva del mandato jurídico, sin necesidad de preguntarse por el dolo o la culpa: simplemente basta con incumplir la norma (para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, se exigiría *culpa in vigilando*, lo que no parece deducirse del texto legal).

Artículo 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 que la multa a la persona jurídica 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.

b) 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 de 4 de marzo de 1985). Mucho más razonable resulta en este caso, castigar al infractor persona física. El nuevo Código Penal francés excluye al Estado de responsabilidad criminal a pesar de reconocer la de las personas jurídicas en general.

c) 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.

d) 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 artículo 89.4 de la Ley General Tributaria (obsérvese que una de las características de la sanción preventivo-punitiva es la de no ser transmisible a los herederos ni, claro está, a los socios).

e) 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.

Bibliografía

- E. BACIGALUPO, *Sanktionsbefugnisse der Organe der EG aus der Sicht des Spanischen Rechtes*, en «Deutsch-Spanische Juristenvereinigung», juni, 1993; E. BACIGALUPO, *La responsabilité des personnes morales, rapport de synthèse, manuscrito*; E. BACIGALUPO, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991; E. BACIGALUPO, *La aplicación de sanciones administrativas o penales para la represión de irregularidades y fraudes contra el presupuesto de la Comunidad Europea*, en «Homenaje al Prof. M. A. Laquis», Buenos Aires, 1994; M. BAJO FERNÁNDEZ-B. MENDOZA BUERGO, *Hacia una Ley de Contravenciones. El modelo portugués*, en «ADP», 1983; M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1978; M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987; M. BAJO FERNÁNDEZ, *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en «ADP», Madrid, 1981; BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft in Ordnungswidrigkeitsrecht, Diss.*, 1989; J. CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, en «ADP», 1975; H. DOELDER, *Die strafbarkeit juristischen personen in den Niederlanden*, ponencia presentada en las Jornadas en Homenaje a K. Tiedemann, Madrid 1992; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en «REDA», 10, 1976; N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, en «Jueces para la democracia», 16-17, 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 trasplantadas en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el «ius puniendi» de los Tribunales?*, en «La Ley», 4 de abril de 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 de septiembre de 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, J_e 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 europäischer '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. Luzón y S. Mir (ponencias de G. Jakobs, H. Schumann, W. Böttke, W. Frisch, L. Gracia Martín 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 Tomás-Ramón Fernández, Estudios de FIES, Madrid, 1991; K. TIEDEMANN, en «NJW», 1988; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «societas delinquere non potest»*, en «CPC», 11, 1980; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)*, ponencia presentada en las Jornadas en

Homenaje a K. Tiedemann, Madrid, 1992; K. TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español y alemán)*, Barcelona, 1993.