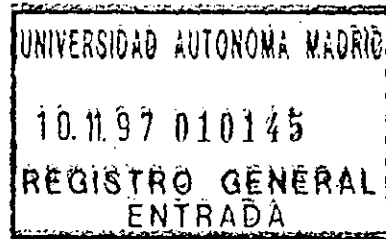


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS.**

Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal.

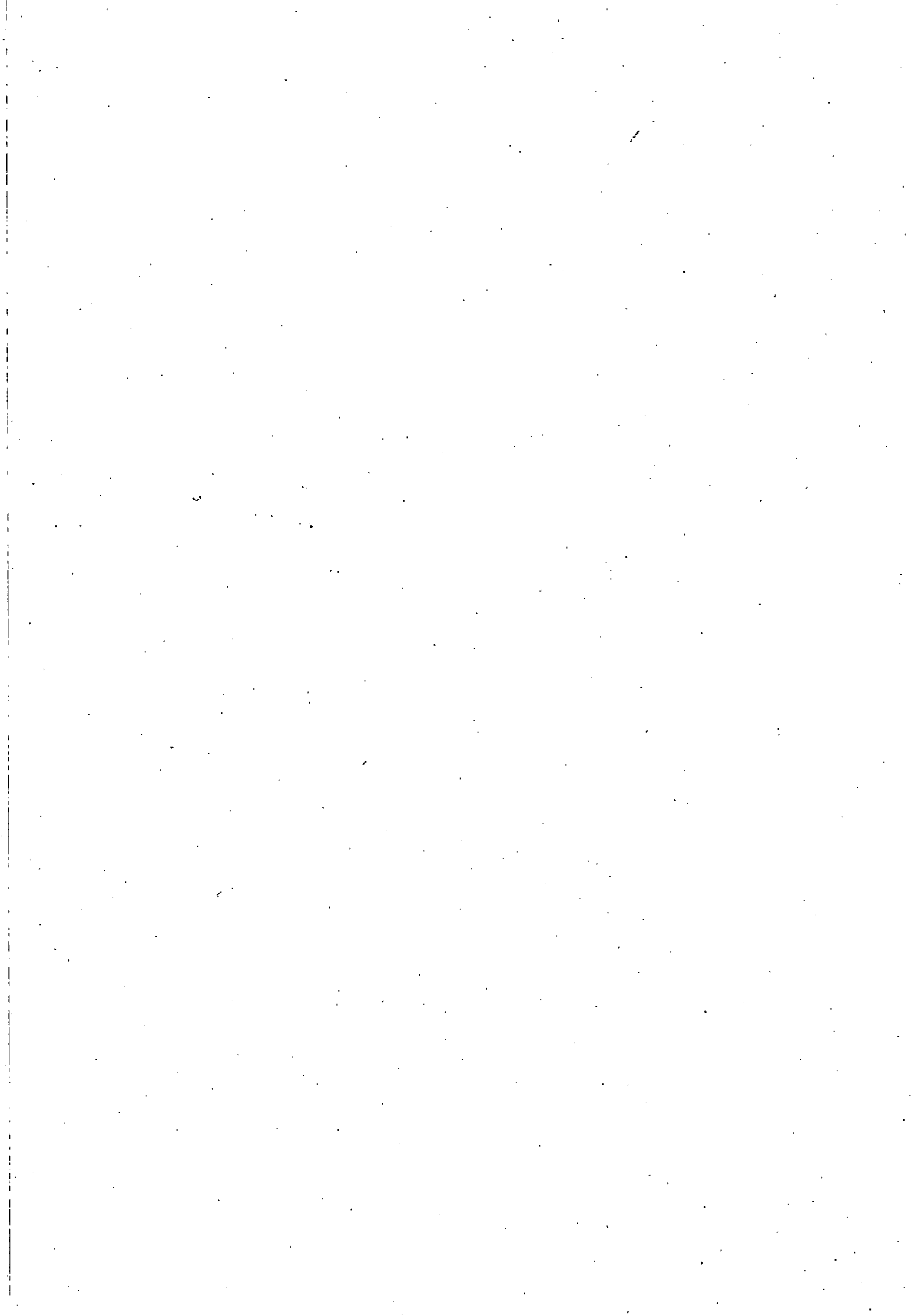
PD. 101.454
30 cm.



Tesis presentada por la licenciada D^a Silvina Bacigalupo Saggese, para la obtención del grado de Doctora bajo la dirección del Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Catedrático de Derecho Penal.

Madrid, 1997.





ÍNDICE



INDICE

INTRODUCCION 1

I. El problema práctico 1

II. ¿Societas delinquere non potest? 6

III. Hipótesis y plan de trabajo 8

CAPÍTULO I: LOS FUNDAMENTOS CLÁSICOS DE LA MÁXIMA SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST 15

I. INTRODUCCIÓN 17

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS 19

 1) El derecho clásico 19

 2) Los glosadores 20

 3) Los canonistas 23

 4) Los postglosadores 28

III. SUJETO DEL DERECHO Y NORMA EN LA DOGMÁTICA CLÁSICA DEL SIGLO XIX 30

 1) Introducción 30

 2) Persona jurídica y ficción en la obra de v. Savigny 34

 3) La paulatina flexibilización de los fundamentos de la máxima "societas delinquere non potest" 42

 a) La teoría de los derechos sin sujeto 43

 a1) Brinz 43

 a2) Bekker 44

 b) La teoría del ilícito objetivo: v. Jhering 46

 c) La evolución de la teoría de la personalidad jurídica y la discusión sobre el sujeto: la teoría orgánica de la personalidad real de la asociación de v. Gierke 50

 d) La influencia de la teoría orgánica de v. Gierke en la discusión jurídico-penal 55

 d1) v. Liszt 56

 d2) Hafter 58

 d3) Busch 73

 d4) Saldaña 80

 e) La Teoría pura del Derecho y las personas jurídicas 82

II	
IV. CONCLUSIONES	96

CAPITULO II: LA IDEA DE SOCIEDAD Y EL CONCEPTO DE SUJETO EN LA SOCIOLOGÍA Y LA ÉTICA MATERIAL COMO FUNDAMENTO DE LA DOGMÁTICA DEL FINALISMO . . . 113

I. INTRODUCCIÓN	115
II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA DOGMÁTICA FINALISTA	118
III. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA DOGMÁTICA DEL FINALISMO DE WELZEL	123
IV. UN NUEVO CONCEPTO DE ACCIÓN: LA ACCIÓN FINAL	125
V. LA CULPABILIDAD EN EL MODELO FINALISTA	135
VI. DISCUSIÓN EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESTE NUEVO CONTEXTO	142
1) La capacidad de acción de las personas jurídicas	145
2) La capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas	147
3) La función de la pena en relación a las personas jurídicas	149
VII. CONCLUSIONES	157

CAPÍTULO III: LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS EN EL MARCO DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA DE LOS SISTEMAS Y EL CONCEPTO DE SUJETO DEL DERECHO PENAL . . . 159

I. INTRODUCCIÓN	161
II. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA	166
III. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	175
1) La incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica	176
a) La imposibilidad de aplicación de sanciones penales	176
b) La aplicación de una sanción penal sin culpabilidad	181
b1) El principio de culpabilidad fundado en un <i>estado de necesidad de prevención</i>	181
b2) La aplicación de medidas de seguridad	187
2) La capacidad de culpabilidad	191
a) La <i>culpabilidad de organización</i>	191
b) La culpabilidad propia de la persona jurídica	195

IV

5) El nuevo Código penal de 1995.	309
a) Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129.	311
b) Presupuestos de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129.	320
b1) Sistema de <i>numerus clausus</i>	320
b2) Audiencia previa.	322
b3) Disposición de carácter facultativo.	323
b4) Motivación de la resolución.	324
c) Las consecuencias accesorias como medidas cautelares.	326
c1) Concepto y función de la medida cautelar.	327
c2) Presupuestos.	329
c3) Elementos.	331
d) Cuestiones de aplicación no determinadas.	333
e) Las medidas del art. 129 en particular.	336
e1) Clausura.	336
e2) Disolución.	340
e3) Suspensión.	340
e4) Prohibición de realizar determinadas actividades.	341
e5) Intervención.	341

VI. CONCLUSIONES	343
----------------------------	-----

CAPÍTULO V: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO -especialmente en los Estados Miembros de la UE- 349

I. INTRODUCCIÓN	351
---------------------------	-----

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA 352

1) Estados miembros que no aceptan la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas (<i>societas delinquere non potest</i>)	352
a) Bélgica	353
b) Italia	358
2) Estados miembros que aceptan una responsabilidad directa de las personas jurídicas (<i>societas delinquere potest</i>)	361
a) Estados en los que el principio de culpabilidad no es un límite constitucional.	362
a1) Holanda	362
a2) Francia	365
a3) Reino Unido	371
a4) Finlandia	374
a5) Irlanda	376
a6) Dinamarca	376
b) Estados miembros en los que el principio de culpabilidad opera como un límite constitucional.	377

3) La configuración de un sistema de responsabilidad penal específico para la persona jurídica	200
a) La teoría del dominio de organización funcional-sistemático	203
b) La teoría del ilícito del sistema (Theorie des Systemsunrecht)	207
4) El principio de culpabilidad fundado en aspectos de prevención	220
a) El concepto de culpabilidad basado en la prevención general integradora	223
b) El concepto de culpabilidad basado en la prevención general positiva	227
V. CONCLUSIONES	248
CAPÍTULO IV: LAS SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS ANTECEDENTES Y DERECHO VIGENTE	257
I. INTRODUCCIÓN	259
II. LA SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO POSITIVO	260
III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	263
1) Introducción.	263
2) La legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración.	266
3) Ilícito administrativo - Ilícito penal.	269
4) Los principios rectores del Derecho Administrativo Sancionador	276
IV. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	289
1) Introducción.	292
2) Penas aplicables a la persona jurídica.	292
a) Antecedentes constitucionales: La Constitución española de 1869.	292
b) Antecedentes legislativos.	294
b1) Proyecto de Código Penal de 1884.	294
b2) Penas aplicables a la persona jurídica en el nuevo Código Penal de 1995.	297
3) Medidas de seguridad aplicables a la persona jurídica: El Proyecto de Código Penal de 1980.	299
V. CONSECUENCIAS ACCESORIAS	302
1) Propuesta de Anteproyecto de Código Penal 1983.	302
2) Proyecto de Código Penal de 1992.	304
3) Proyecto de Código Penal de 1994.	307
4) Proyecto de Código Penal de 1995.	308

b1) Alemania	377
b2) Portugal	379
III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍ- DICAS EN EL DERECHO COMUNITARIO	380
IV. CONCLUSIONES	387
 CAPITULO VI: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE UNA PERSPECTIVA/LEGISLATIVA	 391
I. INTRODUCCIÓN	393
II. FINALIDAD DE UNA NORMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	394
III. PRESUPUESTOS DE <i>LEGE FERENDA</i>	397
1) Destinatarios de la ley penal	397
a) Personas jurídicas de Derecho Civil	398
a1) Asociaciones de Derecho Civil	399
a2) Fundaciones	400
b) Personas jurídicas de Derecho Mercantil	401
c) Personas jurídicas de Derecho Público	402
d) Sociedades en fase de constitución y sociedades de hecho (irregulares)	405
d1) Sociedades en fase de constitución	406
d2) Sociedades de hecho (irregulares)	406
e) Presupuestos de responsabilidad en caso de transformación de una sociedad	407
e1) Momento de la acción	408
e2) La <i>identidad</i> de la sociedad	408
2) Presupuestos de la responsabilidad	409
a) Presupuestos de la imputación de la acción del representante a la persona jurídica	410
a1) Representación en el Derecho privado y exclusión de la voluntad como fundamento para sufrir consecuencias jurídico-penales: el principio de responsabilidad de las penas	410
a2) Ámbito de personas con capacidad de representación	412
aa) Personas jurídicas de Derecho civil	412
aa1) Asociaciones	412
aa2) Fundaciones	414
bb) Personas jurídicas de Derecho mercantil	414
bb1) Compañías colectivas	414
bb2) Sociedades comandatarias simples	415

VI

bb3) Sociedades anónimas	415
bb4) Sociedad comandataria por acciones	417
bb5) Sociedad de responsabilidad limitada	417
cc) Personas jurídicas de Derecho público	418
dd) Otras personas competentes	418
a3) Hecho de conexión (Anknüpfungs-/Bezugstat)	422
aa) Vulneración de obligaciones	423
bb) Enriquecimiento de la persona jurídica	424
cc) Presupuestos de la acción de la persona competente	428
dd) Cuestiones concursales	432
3) Determinación de la culpabilidad	432
4) Consecuencias jurídico-penales particulares	433
CONCLUSIONES	437
BIBLIOGRAFÍA	455

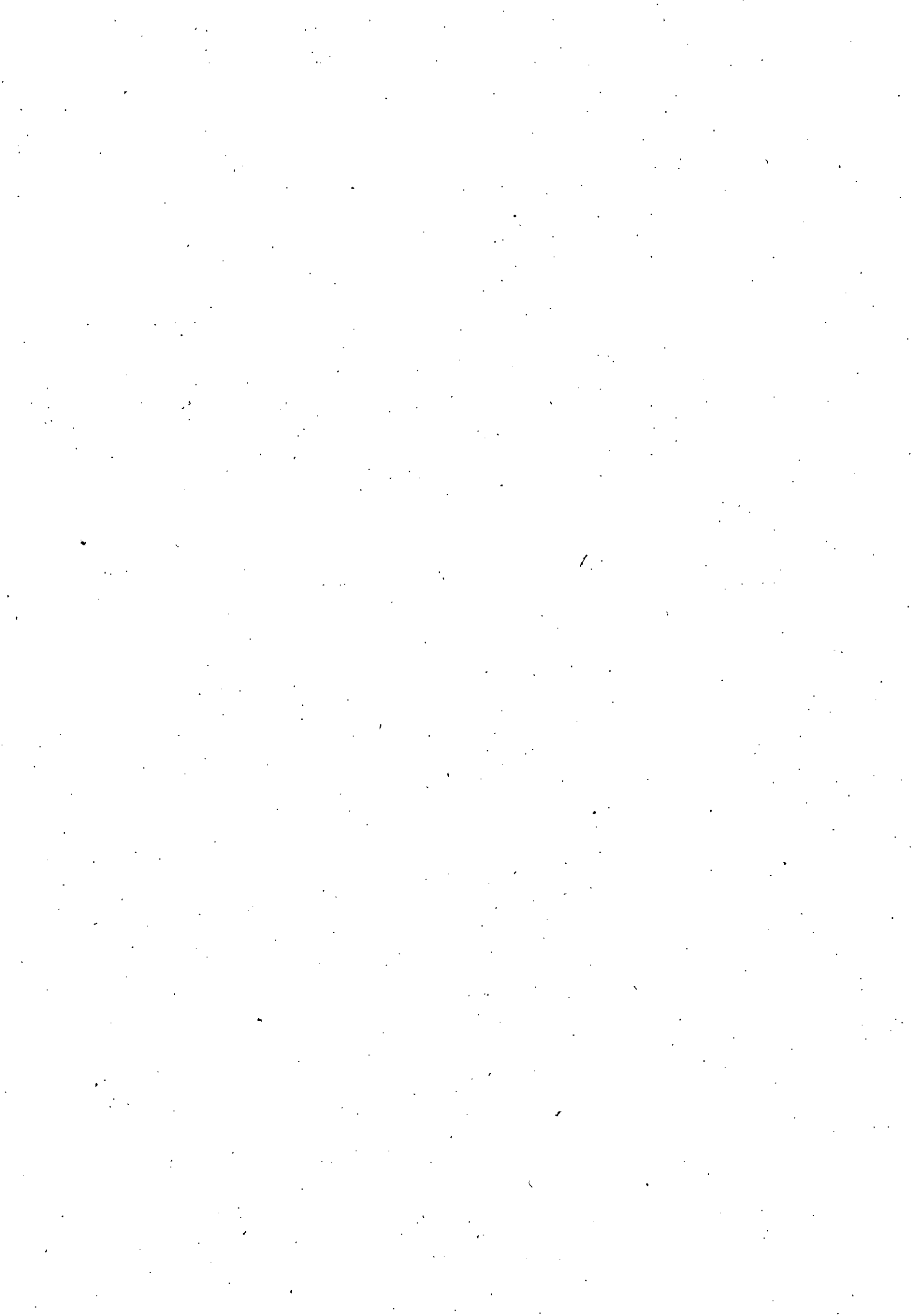
ABREVIATURAS

AK	Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AP	Actualidad Penal.
BB	Betriebsberater.
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen.
CPC	Cuadernos de Política Criminal.
DÖV	Die öffentliche Verwaltung.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung.
Ed:	Editor.
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
GS	Der Gerichtssaal.
JA	Juristische Arbeitsblätter.
JR	Juristische Rundschau.
Jura	Juristische Ausbildung.
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristenzeitung.
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht.
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.

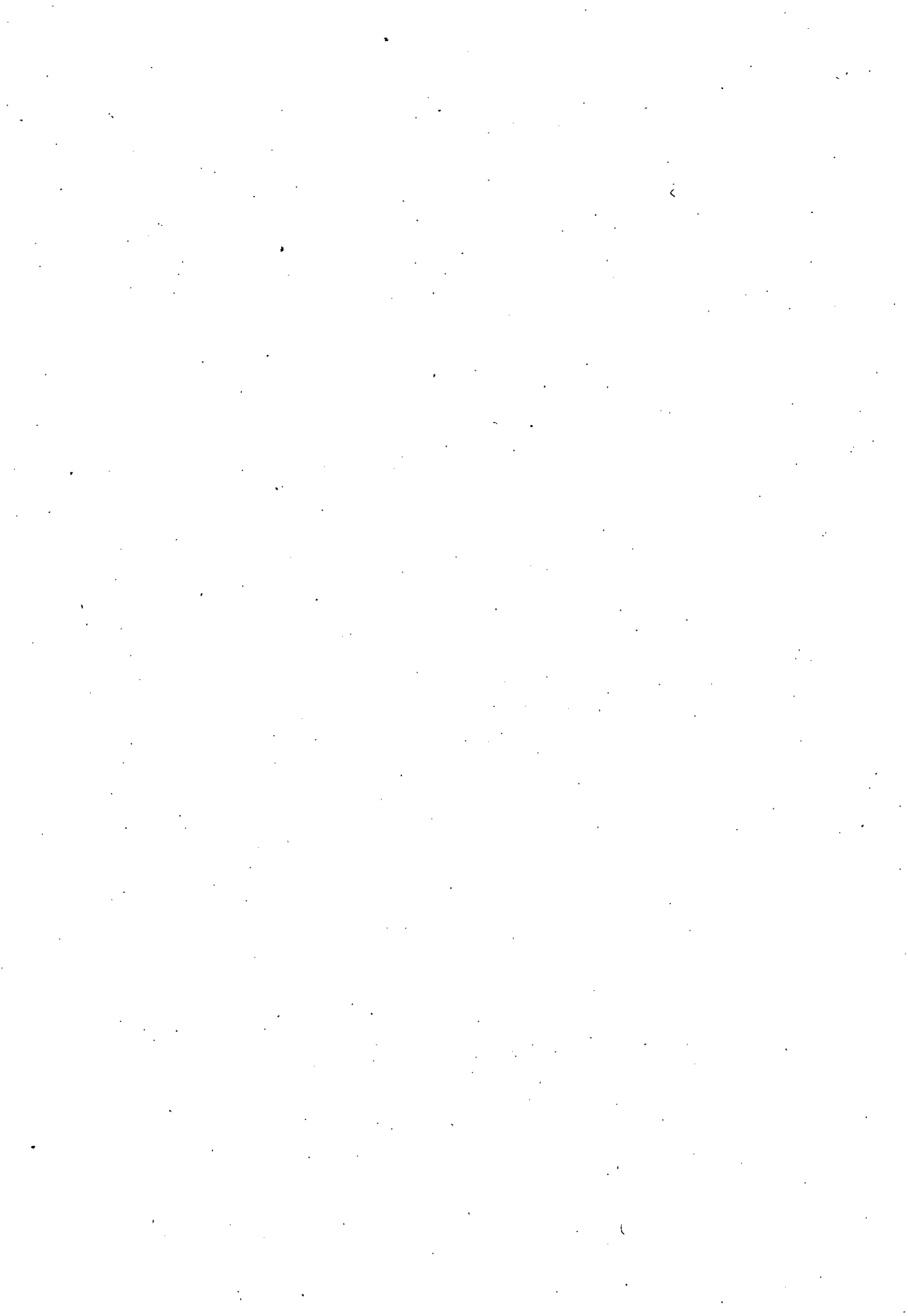
NM	Número marginal.
NNMM	Números marginales.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht.
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung.
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz.
pág.	Página.
págs.	Páginas.
RAP	Revista de Administración Pública.
RDP	Revue de Droit Penal.
RDPC	Revue de Droit Penal Comparé.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
s.	Siguiente.
ss.	Siguientes.
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.
StV	Strafverteidiger.
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht.
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern.

ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik.

ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.



INTRODUCCIÓN



INTRODUCCIÓN

I. EL PROBLEMA PRÁCTICO

Desde siempre se entiende que según el Código penal sólo las personas físicas pueden ser punibles¹. Otras personas o entes jurídicos no son susceptibles de ser

¹ Según la doctrina mayoritaria rige en este ámbito la máxima "*societas delinquere non potest*", lo que considerado desde un punto de vista positivo se puede traducir como el principio de imputación penal individual. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, págs. 109 ss.; el mismo, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de la personas jurídicas", ADPCP, 1981, págs. 371 ss; el mismo, "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo", ponencia presentada en el Seminario Hispano-Alemán sobre la responsabilidad penal de órganos de empresa y persona jurídica, Universidad de Alcalá de Henares, marzo 1993, en MIR PUIG, S./LUZON PEÑA, D.M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1997. BARBERO SANTOS, M., "Las medidas de seguridad en el Proyecto de ley Orgánica de CP", en *La Reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 108 (contradictorio con su anterior postura sobre este tema, en que sí admitía una responsabilidad penal *sui generis* de las personas jurídicas por razones de política criminal, véase "Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", Revista Española de Derecho Mercantil, 1957, págs. 304 ss. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, tomo I, tomo II, Zaragoza, 1986; el mismo, "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", AP 16, 1993, págs. 213 ss.; el mismo, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", AP 39, 1993, págs. 583 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1996, págs. 166 ss. MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", CPC, 1977, nr. 3, págs. 109 ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte General*, Madrid, 1977, págs. 230 s. RODRIGUEZ RAMOS, L., "Medidas de Seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de Código Penal", La Ley, 1980, pág. 1007; PEREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", AP 2, 1995, págs. 15 ss. SILVA SANCHEZ, J.M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", en SILVA SANCHEZ, J.M., (Ed.)/SCHÜNEMANN, B./DE FIGUEIREDO DIAS, J. (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal - Libro Homenaje a Claus ROXIN*, Barcelona, 1995.

La opinión contraria es sostenida por una minoría, cfr. ZUGALDÍA, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", CPC, (continúa...)

sometidas al control penal y, por lo tanto, no pueden tener responsabilidad penal. En este sentido, se entiende que en nuestro Derecho penal rige de forma general la máxima: *societas delinquere non potest*. Considerado desde este punto de vista, de *lege lata* las personas jurídicas no se encuentran sometidas al Derecho penal. Esta afirmación parece ser tan evidente que casi ningún Manual de Derecho penal² ni tampoco ningún comentario del Código penal hacen referencia a la posibilidad de considerar a la persona jurídica como *sujeto del Derecho penal*.

En la actualidad el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionada, fundamentalmente, al ámbito de los *delitos económicos*, es decir, a todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. En este contexto, resulta de especial importancia la *criminalidad de empresa*, como suma de todos los *delitos que se cometen a partir de*

¹(...continuación)

nr.11, 1980, págs. 67 ss.; el mismo, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor K. TIEDEMANN, Madrid, 1995, págs. 723 ss. RODRIGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 3 de octubre 1996, págs. 1 ss.

En Alemania también es el principio aplicado desde finales del siglo XVIII: ENGISCH, K., "*Empfiehl es sich die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?*". *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Tübingen, 1954, p. E 7., HARTUNG, F., "*Empfiehl es sich die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?*", *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo I, Tübingen, 1954, p. 67 ss.

²CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I*, Introducción. Teoría jurídica del delito/1, 4. ed., Madrid, 1994, pág. 291. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal - Parte general*, Valencia, 1996, págs. 324 s. JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, tomo III: El delito, Buenos Aires, 4. ed., 1963, págs. 329, 335. MIR PUIG, S., *Derecho Penal - Parte General*, págs. 166 ss. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal - Parte general*, Valencia, 1996, págs. 225, 228. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte General*, págs. 230 s. ESER, A./BURKHARDT, B., *Strafrecht I*, Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselemente, 4. ed., München, 1992, 3/16. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5 ed., Berlin, 1996, págs. 203 ss. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 7. ed., Berlin, 1977, págs. 180 ss. SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuchkommentar*, 25. ed., München, 1997, Vor § 25, NNMM 113, § 8 I.

una empresa o a través de entidades colectivas³. La criminalidad de la empresa establece así una frontera, por un lado, respecto de los delitos económicos cometidos al margen de una organización empresarial y, por otro lado, respecto de los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma o contra miembros de la empresa. Los problemas de imputación y de prueba que surgen dentro de la criminalidad de la empresa tienen su origen, fundamentalmente, en el hecho de que son personas físicas las que actúan para la empresa⁴. Los comportamientos delictivos de colaboradores de la empresa contra la empresa misma o contra otros de sus colaboradores no plantean grandes problemas; en general, se pueden someter sin dificultad a las reglas de imputación de los delitos comunes desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal y, a su vez, plantean problemas de política criminal muy diversos a los que plantea la criminalidad de la empresa⁵. La empresa en sentido estricto, es decir, como unidad organizada y determinada por el fin económico, plantea otra clase de problemas: la influencia criminógena de la "actitud criminal de grupo", las dificultades de determinación normativa de las competencias, la imputación jurídico-penal y la averiguación del verdadero responsable, entre otros problemas⁶.

Con el concepto de "criminalidad de la empresa" se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos

³ SCHÜNEMANN, B., "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", en *wistra*, no. 2, 1982, pág. 41. BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, págs. 109 ss.

⁴ RIGHI, E., *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid, 1992, pág. 252.

⁵ SCHÜNEMANN, B., "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", pág. 41.

⁶ SCHÜNEMANN, B., "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", pág. 41.

e intereses propios de los colaboradores de la empresa⁷.

ü

Los casos en concreto que se presentan en la práctica se encuentran relacionados, fundamentalmente, con cuatro grupos principales de casos, en los cuales puede ser relevante la sanción de la responsabilidad de la empresa: a) peligros contra el medio ambiente, b) peligros dentro de la empresa, c) peligros del producto y d) peligros en el ámbito del transporte⁸. En este sentido, los casos de peligros contra el medio ambiente se refieren a los delitos contra el medio ambiente (arts. 325 ss.) e infracciones de otras leyes sectoriales protectoras del medio ambiente, así como a delitos contra la seguridad colectiva (art. 341 - 385 CP); los peligros dentro del ámbito de la empresa se relacionan con infracciones contra la seguridad dentro de la empresa, delitos de estafa y administración desleal, delitos contra la seguridad colectiva, delitos contra la propiedad intelectual, delito fiscal; por otro lado, los peligros del producto puede dar lugar a delitos contra la vida e integridad física (arts. 138 ss. y 147 ss.), adulteración de alimentos (arts. 363 y 364), delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 ss.); por último, los peligros en el ámbito del transporte pueden dar lugar a infracciones contra las regulaciones del transporte terrestre, marítimo o aéreo⁹.

De todos modos se debe tener en cuenta que la mayoría de los casos abarcan varios grupos al mismo tiempo¹⁰. La delimitación de los ámbitos de peligro permite, sin embargo, evaluar los riesgos de responsabilidad de una empresa y

⁷ SCHÜNEMANN, B., "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", pág. 41.

⁸ EIDAM, G., *Unternehmen und Strafe*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1993, pág. 180.

⁹ EIDAM, G., *Unternehmen und Strafe*, pág. 181, donde se encuentra ilustrado de forma muy didáctica un gráfico que contiene una variedad de ejemplos muy interesantes al respecto.

¹⁰ EIDAM, G., *Unternehmen und Strafe*, pág. 328 ss.

II. ¿SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST?

La antigua discusión sobre la posibilidad de imponer sanciones de carácter penal a las personas jurídicas se debate entre dos extremos doctrinales totalmente opuestos: en los países cuyos sistemas penales se basan en los principios del derecho continental europeo suele regir el principio *societas delinquere non potest*, según el cual no es admisible la punibilidad de las personas jurídicas quedando, en todo caso, sólo la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o de otro tipo. Esta es, por otra parte, la postura de la doctrina española dominante¹⁵. También se inclinan por esta solución las interpretaciones dogmáticas de la mayoría de los sistemas penales de Europa y América Latina.

¹⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, págs. 109 ss.; el mismo, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", ADPCP, 1981, págs. 371 ss.; el mismo, "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo", ponencia presentada en el Seminario Hispano-Alemán sobre la responsabilidad penal de órganos de empresa y persona jurídica, Universidad de Alcalá de Henares, marzo 1993, en MIR PUIG, S./LUZON, D.M., (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1997; el mismo, "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, pág. 5089. BARBERO SANTOS, M., "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en *Responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, págs. 445 ss.; el mismo, "Las medidas de seguridad en el Proyecto de ley Orgánica de CP", en *La Reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 108 (contradictorio con su anterior postura sobre este tema, en que sí admitía una responsabilidad penal *sui generis* de las personas jurídicas por razones de política criminal, véase "Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", Revista Española de Derecho Mercantil, 1957, págs. 304 ss. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, tomo I. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, pág. 166; MUÑOZ-CONDE, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", CPC, 1977, nr. 3, págs. 109 ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte General*, págs. 230. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Medidas de Seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de Código Penal", La Ley, 1980, pág. 1007. La opinión contraria es sostenida por una minoría, cfr. ZUGALDÍA, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", págs. 67 ss.; el mismo, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", págs. 613 ss.; el mismo, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", págs. 723 ss.; el mismo, "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), (en prensa). Ultimamente, también en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", pág. 4.

determinar consecuentemente, entre otras cosas, el ámbito de la necesidad de un seguro para la empresa¹¹.

Por lo tanto, un hecho punible cometido en el ámbito de una empresa - como un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo- plantea problemas específicos de imputación jurídico-penal debido a la escisión de responsabilidad y acción¹². Esta realidad plantea dos cuestiones: a) hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como representante puede ser perseguido como tal¹³ y b) hasta qué punto y bajo qué condiciones puede ser responsable penalmente la empresa misma¹⁴.

La presente investigación sólo se refiere a la última cuestión, es decir, hasta qué punto y bajo qué condiciones pueden resultar penalmente responsables las personas jurídicas y, en su caso, qué sanciones se les debe de aplicar. Dicho con otras palabras, se trata de establecer bajo qué presupuestos las personas jurídicas pueden ser sujetos del Derecho penal.

¹¹ EIDAM, G., *Industrie-Straf-Rechtsschutzversicherung. Ein Kurzkomentar*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1993. EIDAM, G., *Unternehmen und Strafe*, pág. 180.

¹² RIGHI, E., *Derecho Penal Económico Comparado*, pág. 252.

¹³ Sobre este tema el extenso trabajo de GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal*. Últimamente, el mismo, *"Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal"*, en AP, 16/1993, pág. 213.

¹⁴ SCHÜNEMANN, B., *"Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundlagen der Unternehmenskriminalität"*, pág. 42. Sin embargo, SCHÜNEMANN considera esta cuestión para los casos en los que la responsabilidad por omisión y la del representante -ya sea por razones dogmáticas, ya sea por la dificultad de prueba en la criminalidad de empresa- resulten insuficientes y poco satisfactorias desde el punto de vista político-criminal.

Los sistemas jurídicos que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas son fundamentalmente los anglosajones y aquellos que han recibido su influencia. Sin embargo, también entre nosotros hay países que admiten el principio *societas delinquere potest*, como Holanda¹⁶ y, recientemente, Francia tras la reforma del *Code Pénale* de 1992¹⁷.

Las dificultades jurídicas de afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran vinculadas a cuestiones que conciernen al problema del sujeto y de la norma jurídica. En este sentido, los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena. La discusión sobre este tema ha girado siempre en relación a la incompatibilidad de dichos conceptos con la persona jurídica o en el intento de adaptación de ciertas categorías para permitir su aplicación a las personas jurídicas. Todos estos argumentos, tanto a favor como en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, han estado y están marcados por la eterna comparación entre la persona física y la jurídica (bien para encontrar sus incompatibilidades, bien para encontrar sus semejanzas).

Sin embargo, todo intento que tome como punto de partida dichos presupuestos está destinado al fracaso. Es evidente, y la discusión de casi cien años en torno a este tema lo ha demostrado, que las diferencias entre uno y otro sujeto resultan insuperables. Por lo tanto, se intenta aquí presentar una nueva perspectiva desde la que enfocar este tema.

¹⁶ DE DOELDER, H., "Die Strafbarkeit juristischer Personen in den Niederlanden", SCHÜNEMANN, B./DE FIGUEIREDO DIAS, J., (Ed.) *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994; el mismo, "La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda", en SUAREZ GONZÁLEZ, C./SCHÜNEMANN, B., (Ed.), *Hacia un Derecho penal económico*, Madrid, 1995, pág. 499.

¹⁷ *Nouveau Code Pénale*, arts. 131-37 ss. y 132-12 ss., reforma introducida por Loi no. 92-683, de 22 de julio de 1992.

III. HIPÓTESIS Y PLAN DE TRABAJO

El objeto de la presente investigación es el análisis de la persona jurídica como *sujeto* del Derecho penal. La hipótesis que esta investigación pretende someter a la crítica se refiere, precisamente, a la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser considerada como *sujeto* del Derecho penal.

Como hemos dicho, la argumentación tradicional para negar la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en su supuesta falta de capacidad de acción y de culpabilidad. Pero, en la determinación del concepto de acción no sólo se trata de imputar la acción a un sujeto, sino que al establecer el concepto de acción, en realidad, también se define lo que es un sujeto y, asimismo, lo que se entiende por acción¹⁸. Aunque se entiende que la ley penal, hoy en día, sólo considera sujeto del Derecho penal al individuo, en ningún lugar se encuentra previsto expresamente que la constitución físico-psicológica del individuo sea la única posible¹⁹. Según las teorías de la acción, el concepto de acción depende o se determina en función de *actos de voluntad*. Paralelamente, se afirma en forma categórica que "toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad"²⁰. Estos puntos de partida -como es claro- están condicionados también por una decisión acerca del *sujeto* que puede ser imputable²¹. El círculo vicioso de la argumentación tradicional es claro: las categorías de la acción y la culpabilidad se elaboran adecuadas a un sujetos individual; luego, se excluye todo otro sujeto posible porque esas categorías no le son aplicables.

¹⁸ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed., Berlin/New York., 1992, 6/20.

¹⁹ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/20.

²⁰ BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo II, 1, 2. ed., 1914, pág. 214; del mismo, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, AT, 8. ed., 1913, pág. 115.

²¹ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/21.

En nuestra hipótesis de trabajo, por el contrario, se trata de analizar, ante todo, cómo está concebido el sujeto y lo que el mundo exterior significa para ese sujeto, así como cuándo la configuración del mundo exterior puede ser relacionada (serle imputada) con el mismo²².

Por lo tanto, es legítimo preguntarse cómo se debe configurar el *sujeto del Derecho penal*. Para poder llevar a cabo esta tarea es necesario partir de un estudio de los orígenes dogmáticos del concepto del sujeto de Derecho penal que actualmente se utiliza. Por ello, el objeto de investigación se extiende, en realidad, más allá de los límites de la persona jurídica alcanzando asimismo al problema del *sujeto del Derecho*.

Desde esta perspectiva he tomado como punto de partida las obras de *Otto v. Gierke* y de *Julius Binder*²³, en las que el problema del sujeto del Derecho adquiere una notable trascendencia y en las que se comienza a manifestar por primera vez la importancia de la idea del sujeto como determinante de la concepción de las categorías dogmáticas.

La cuestión de la persona jurídica como sujeto del Derecho no es otro, según BINDER, que el de ordenar una serie de diversos fenómenos de la realidad jurídica. Por esta razón, en primer lugar, es necesario determinar cuál es el concepto superior (Oberbegriff) bajo el cual se deben subsumir los diversos fenómenos que se consideran como sujeto de Derecho²⁴. Dicho con otras palabras: el concepto superior es el del *sujeto del Derecho (penal)* y la cuestión de si las personas jurídicas son sujetos

²² JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/21. LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung*, tomo III, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1981, págs. 50 ss., 57 s., 67 ss.

²³ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1881. BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit" (1907), en *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Abhandlungen der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 5. Heft, Leipzig, 1927.

²⁴ RÜMELIN, G., *Methodisches über juristische Personen*, Lehmann, Freiburg, 1891, pág. 24 ss.

del Derecho (penal) dependerá de que se debe entender por sujeto del Derecho. Muy probablemente la falta de esta determinación previa del sujeto o el pre-juicio que lo indentifica con una persona individual sea la razón por la cual hasta el presente el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no haya encontrado respuestas totalmente satisfactorias en el ámbito del Derecho penal²⁵.

Aquellos autores que se intentaron acercar al problema que nos ocupa partían siempre de la cuestión tal y cómo fue planteada originariamente por SAVIGNY. Esta aproximación al tema contiene implícitamente la idea de que el sujeto es un objeto ya dado al que se le busca un predicado. En ello reside, según BINDER, el error cometido por la doctrina hasta entonces²⁶. Siempre que el sujeto del Derecho se presente como un objeto, nos veremos obligados a pensar en la persona física cuando se esté hablando de las personas jurídicas, como lo hicieron tanto SAVIGNY como JHERING, aunque por distintos caminos. El punto de partida mismo, es decir, considerar que sólo el individuo es titular de derechos, conduce necesariamente a la exclusión de la titularidad de las personas jurídicas. Por lo tanto, no estamos sólo ante un problema jurídico, sino también metajurídico²⁷, es decir, una cuestión referente al significado que ocupa una persona jurídica en la vida social contemporánea. Dado que la idea que se tiene de persona jurídica no resulta suficiente, se intenta encontrar detrás de la misma a la persona física que es el único sujeto de Derecho considerado válido para el Derecho penal. Partiendo de estos presupuestos el "verdadero sujeto" de la persona jurídica es algo trascendental, porque resulta inaccesible para nuestra percepción sensorial²⁸. Este es necesariamente el resultado de toda investigación que

²⁵ BINDER, J., *"Das Problem der juristischen Persönlichkeit"*, pág. 32.

²⁶ BINDER, J., *"Das Problem der juristischen Persönlichkeit"*, pág. 32.

²⁷ BINDER, J., *"Das Problem der juristischen Persönlichkeit"*, pág. 33. También en el mismo sentido RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 8. ed., K. F. Koehler Verlag Stuttgart, Stuttgart, 1973, § 17, pág. 227.

²⁸ BINDER, J., *"Das Problem der juristischen Persönlichkeit"*, pág. 33.

toma como punto de partida el concepto usual del sujeto del Derecho como titular de derechos personificado en el individuo.

Por lo tanto, la cuestión parece vincularse con su planteamiento inicial. Las distintas opiniones doctrinales que vamos a analizar ponen de relieve que la respuesta podría ser distinta si se modifican los puntos de partida que dan por supuesto la identidad entre sujeto del Derecho penal e individuo.

Para BINDER el problema estribaba en analizar qué relación existía entre la personalidad jurídica y la personalidad ética. En este sentido, sostenía que si era posible afirmar que los presupuestos de ambas, así como su esencia, son distintos, entonces desaparecerá la necesidad de buscar en la persona jurídica el "sujeto (la persona) en sí". Si es posible afirmar que detrás de la persona jurídica se encuentra un ente prejurídico, al igual que detrás de la persona física se encuentra la persona humana, que las dos son previas al Derecho y que éste las inviste de personalidad jurídica²⁹, entonces el problema se transformará en un problema técnico-jurídico diferente.

La discusión que existía en relación a la idea del sujeto desde mediados del siglo XIX, se pone también de manifiesto en la dogmática jurídico-penal más moderna, en la que la discusión afecta al problema del *sujeto* del Derecho penal en general³⁰. En este sentido, las elaboraciones de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, en particular, dependen fundamentalmente de la idea de sujeto que se tenga.

²⁹ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 1. ed. 1914, 8. ed., WOLF, E./SCHNEIDER, H.-P., (Ed.), Stuttgart, 1973, § 17, pág. 227.

³⁰ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/20. En sentido contrario, BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 112, quien entiende que la discusión en torno a este tema de finales del siglo XIX y principios del XX, se encuentra hoy resuelta fundamentalmente por la necesidad de conservar la vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas repudiando todo vestigio de responsabilidad objetiva o colectiva.

La cuestión no es hoy muy distinta. Este punto de vista ha sido expuesto con gran claridad por JAKOBS³¹. Los conceptos de culpabilidad y acción, a los que la dogmática jurídico-penal les ha reconocido expresamente una esencia o estructura prejurídica, se transforman en conceptos cuyo contenido no se puede determinar sin una consideración de la *función* del Derecho penal; incluso, el concepto mismo del sujeto, al que se le imputa un resultado, es un concepto funcional³². Ello no significa que a partir de la función del Derecho penal se puedan fijar para siempre los puntos de partida dogmáticos. Por el contrario, si se toma como punto de partida la función del Derecho penal y no la estructura de los objetos de la dogmática penal (punto del que partía WELZEL), entonces se llega a una renormativización de los conceptos que irán modificándose, a su vez, con la evolución de la sociedad. Desde este punto de vista, sujeto no es quien haya ocasionado un resultado, sino aquél que sea competente, es decir, quien tenga el "deber de..". En este sentido, los conceptos de causalidad, capacidad, culpabilidad, entre otros, pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos de las diferentes etapas de competencias. Estos conceptos no le ofrecen al Derecho penal modelos de regulaciones, sino que éstos surgen a partir de la relación de las regulaciones penales. A partir de la idea de sujeto se elaboran los conceptos jurídico-dogmáticos y, por lo tanto, la teoría de la acción, por ejemplo, es también una teoría del sujeto³³.

El cuestionamiento de los conceptos de acción y culpabilidad en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, por lo tanto, se encuentra vinculado al cuestionamiento del *sujeto* mismo más que al de la acción o la culpabilidad en sí. A partir de la idea del sujeto será posible elaborar una teoría de la acción y de la

³¹ Fundamentalmente, en el Prólogo, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1. ed., Berlin/New York, 1983.

³² LÜDERSSSEN, K., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken - Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrecht?", *ZStW* 107 (1995), pág. 877 ss., quien analiza los diversos significados que se dan del concepto "funcional".

³³ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/21.

culpabilidad que permita abarcar también a la persona jurídica como sujeto del Derecho penal. No se trata de modificar los elementos que componen las categorías de la acción o los de la culpabilidad, sino de transformar la idea del sujeto y de la interpretación de la sociedad de los que se parte. Por lo tanto, la reinterpretación de la idea del sujeto conlleva la necesidad de revisar los conceptos tradicionales de acción (como comportamiento humano), de culpabilidad (como juicio bio-psicológico) y de pena (como castigo retributivo de la culpabilidad)³⁴.

En este sentido, la investigación se ha centrado en el análisis de la idea del sujeto que ha ido formando en las distintas etapas tanto el concepto de acción como el de culpabilidad. El *primer capítulo*, luego de una breve introducción histórica, se dedica al estudio de los fundamentos clásicos de la máxima "societas delinquere non potest". En él se analiza la discusión existente en torno al sujeto del Derecho en el siglo XIX y las consecuencias que ella tiene sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La idea del sujeto que está presente en la elaboración de los conceptos dogmáticos de aquella época, se mantendrá inalterado hasta una segunda etapa marcada por profundas transformaciones en la idea del sujeto y las consecuentes modificaciones de las categorías dogmáticas del delito. Esta segunda etapa se analiza en el *segundo capítulo* que se encuentra dedicado a la nueva idea de sociedad y de sujeto que tiene como fundamento la dogmática penal del finalismo. En el *tercer capítulo*, se aborda una tercera fase de la evolución del sujeto del que dependerán nuevamente las transformaciones de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad. La elaboración de estas tres etapas mostrarán como resultado que todo cambio en las categorías del delito tienen que ver con un cambio en la idea del sujeto. Es la idea del sujeto la que determina los conceptos jurídicos. A su vez, la configuración del sujeto

³⁴ Como viene insistiendo, especialmente en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de forma constante ZUGALDIA, J. M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest", págs. 67 s.; el mismo, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", págs. 614; el mismo, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (doce años después)", pág. 713.

también es un concepto jurídico y ello conlleva la normativización del mismo. Dicha normativización es la que debe permitir una visión diferente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la discusión actual.

En los sucesivos capítulos, se analizan otras cuestiones relativas a la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, el *capítulo cuarto*, se dedica a las sanciones aplicables a las personas jurídicas teniendo en cuenta las distintas propuestas elaboradas por la doctrina, así como el derecho positivo y sus antecedentes. En el *capítulo quinto*, se complementa con una visión panorámica del tratamiento legislativo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho comparado, deteniéndose especialmente en las legislaciones de los países miembros de la Unión Europea, así como a las disposiciones del Derecho comunitario a fin de reflejar, por un lado, el estado de la discusión en los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, por otro, aportar la experiencia de los mismos. Por último, en el *capítulo sexto* se presenta una posible propuesta *de lege ferenda* sobre el tema de la investigación orientada especialmente a facilitar con las debidas garantías la aplicación del art. 129 del Código penal.

CAPÍTULO I:

LOS FUNDAMENTOS CLÁSICOS DE LA MÁXIMA SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

- 1) El derecho clásico
- 2) Los glosadores
- 3) Los canonistas
- 4) Los postglosadores

III. SUJETO DEL DERECHO Y NORMA EN LA DOGMÁTICA CLÁSICA DEL SIGLO XIX

- 1) Introducción
- 2) Persona jurídica y ficción en la obra de v. Savigny
- 3) La paulatina flexibilización de los fundamentos de la máxima "societas delinquere non potest"

a) La teoría de los derechos sin sujeto

- a1) Brinz
- a2) Bekker

b) La teoría del ilícito objetivo: v. Jhering

c) La evolución de la teoría de la personalidad jurídica y la discusión sobre el sujeto: la teoría orgánica de la personalidad real de la asociación de v. Gierke

d) La influencia de la teoría orgánica de v. Gierke en la discusión jurídico-penal

- d1) v. Liszt
- d2) Hafter
- d3) Busch
- d4) Saldaña

e) La Teoría pura del Derecho y las personas jurídicas

IV. CONCLUSIONES



CAPITULO I

LOS FUNDAMENTOS CLÁSICOS DE LA MÁXIMA *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

I. INTRODUCCIÓN

En esta primera parte se expondrán los distintos modelos de fundamentación jurídico-dogmática del tratamiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica y de su cualidad como titular de derechos. Se podrá ver como la *teoría de la persona ficta* tiene sus orígenes en las concepciones jurídicas de la Edad Media y cómo se mantendrá la misma, si bien con otros fundamentos, durante todo el siglo XIX¹. La elaboración jurídica del siglo XIX, especialmente en la forma expuesta por SAVIGNY, ha seguido vigente prácticamente hasta la actualidad, al menos en lo que se refiere al tratamiento que hoy le dispensa el Derecho penal a esta cuestión.

Quizás pueda parecer que no es necesario afrontar un estudio del desarrollo histórico-dogmático del tratamiento de este tema, considerando que se puede partir directamente de los problemas prácticos y dogmáticos que presenta hoy en día la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, para poder formarse un juicio de valor sobre la posibilidad de aceptar esta responsabilidad de la persona jurídica, resulta necesario valorar las circunstancias de la estructura de

¹ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen (in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts - Beiträge zur Strafrechtentwicklung von der Carolina bis Carpov)*, Neudruck der Ausgaben 1930-1932; Aalen, 1973, págs. 46-48.

la sociedad y de la vida social, así como los deberes y la función del ordenamiento jurídico como ordenamiento de coacción social, es decir, las funciones de la pena. O, dicho con palabras de ROXIN: "si se quiere comprender el estado de la discusión actual, es necesario conocer el desarrollo del pensamiento penal sistemático desde comienzos de este siglo"².

Los deberes del ordenamiento jurídico y la consideración jurídica de la sociedad dependen, en gran medida, de la estructura de dicha sociedad, de la concepción del Estado y de la sociedad y evolucionan paralelamente a la consideración de las mismas. La evolución social y filosófica se refleja en el desarrollo de los conceptos dogmáticos del Derecho. En el Derecho penal esta evolución ha llevado al exclusivo reconocimiento de la responsabilidad individual.

Por otro lado, se plantea la cuestión de si en la actual interpretación de la sociedad y de la filosofía del Estado y de la sociedad, se dan los presupuestos para introducir el fenómeno jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para poder evaluar los fundamentos que dieron lugar a la exclusiva responsabilidad penal individual, es necesario conocer los orígenes de esa evolución y el tratamiento que recibió. En este sentido, se deben tener presente las circunstancias sociales que durante décadas fundamentaron la responsabilidad de las corporaciones y por esta razón consideramos necesario detenernos en la evolución histórica³.

² ROXIN, C., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, tomo I, *Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. ed., München, 1997, § 7 IV, NM 29: "(...) und jede "Systemepoche" hat die ihr vorausgehenden Bemühungen in Weiterführung, Modifikation oder Abkehr zum Gegenstand eigener Reflexion gemacht. Darin liegt der tiefere Grund dafür, daß man die Entwicklungen des strafrechtlichen Systemdenkens seit der Jahrhundertswende kennen muß, wenn man den augenblicklichen Diskussionsstand verstehen will."

³ En este sentido, BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Leipziger Juristen-Fakultät, Heft 78, Leipzig, 1933, págs. 5 s.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1) El Derecho clásico

Al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos antiguos el Derecho romano no conocía, en principio, la figura de la persona jurídica⁴. Sin embargo, ya en la época clásica existían conjuntos de personas que tenían, en un determinado marco, ciertos derechos subjetivos. En esos casos la suma de sus miembros eran considerados como los titulares de los derechos, sin que la desaparición de uno de esos miembros afectara la continuidad de esa corporación. En cualquier caso, los clásicos ya comenzaron a distinguir entre los derechos y las obligaciones de la corporación (*universitas*) y los de cada uno de sus miembros (*singuli*):

"Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent"⁵.

En la práctica la corporación más importante era el municipio, es decir, la ciudad de la provincia⁶. En el Digesto 4, 3, 15, 1 trata *Ulpiano* la cuestión de si se puede ejercer la *actio de dolo malo* (la acusación) contra el municipio, cuando el perceptor de impuestos ha engañado a una persona enriqueciendo al mismo tiempo a la ciudad. En tal caso *Ulpiano* sostuvo la posibilidad del ejercicio de una acción contra el municipio y, como resultado, los habitantes de la ciudad debían devolver lo obtenido por medio de la acción de los perceptores de impuestos en favor de la ciudad. A partir

⁴ SCHNORR-von CAROSFELD, L., *Geschichte der juristischen Person*, München, 1933, tomo I, pág. 479-481. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, Stuttgart, 1958, pág. 16.

⁵ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 16, citando las palabras de *ULPIANO*, D. 3, 4, 7, 1.

⁶ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 170.

de esta fuente la mayoría de los romanistas sostuvieron la existencia de la capacidad delictiva de las corporaciones en el Derecho romano⁷. A este punto de vista se adhirieron los penalistas que postularon la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸.

Las fuentes muestran en cualquier caso que el Derecho romano admitía la responsabilidad de la corporación, si en la situación del caso concreto parecía justo. Por otro lado, -como señala R. SCHMITT- las fuentes del Derecho romano no sólo muestran la existencia de la responsabilidad delictiva de una corporación, sino también las raíces de la diferenciación entre la responsabilidad colectiva y la individual⁹.

2) Los glosadores

Aunque la discusión doctrinal actual sobre la cuestión de la responsabilidad penal las personas jurídicas se plantea, en realidad, como un problema de finales del siglo XIX y comienzos del XX¹⁰, ya en las fuentes del Derecho romano se reconocía derechos subjetivos a la *universitas* y, por ello, los *glosadores* también se tuvieron que ocupar de este tema.

Es precisamente al comienzo de la Edad Media cuando se plantea la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta época la pena

⁷ v. SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Veil & Comp., Berlin, 1840, tomo II, pág. 319.

⁸ HAFTER, R., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, 1903, pág. 8. BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 33. v. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlin, 1905, tomo II, pág. 133. JESCHECK, H.-H., "Zur Frage der Strafbarkeit von Personenverbänden", *DÖV*, 1953, pág. 539.

⁹ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 19, quien además llama la atención sobre la oscuridad del origen de la frase "*societas delinquere non potest*".

¹⁰ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 1.

comienza a ser aplicada por quienes ostentaban el poder como una reacción coactiva¹¹. Por primera vez, la pena es utilizada de forma consciente como un medio coercitivo para combatir ciertas acciones socialmente lesivas en interés de la comunidad jurídica organizada¹². Por otra parte, las corporaciones comienzan a tener una mayor importancia al ser titulares tanto de poder político como de funciones económicas. A partir de esta evolución se comienza a responder desde el Estado frente a los atentados contra el orden social que tienen su origen en el ámbito de poder de esas corporaciones¹³. De esta forma la responsabilidad colectiva aparece con especial importancia con respecto a la relación entre el Emperador y las ciudades que se independizaban¹⁴.

Los *glosadores* comenzaron a reflexionar sobre las ideas del Derecho romano y, de la misma manera en que el Derecho romano no creó una *teoría* de la persona jurídica, sino que sólo se limitó a establecer *derechos* de la *universitas*, tampoco los glosadores elaboraron tal teoría, porque además el problema de la persona jurídica desde la perspectiva que hoy se considera, como ya hemos podido observar, no existía en las fuentes del Derecho romano: cuando en el Derecho romano se preguntaban en qué medida la *universitas* era idéntica a la suma de sus miembros o en qué medida el *actor* era un *actor singulorum* de la *universitas* no respondieron con "una fundamentación esencial sobre la subjetividad jurídica de la corporación"¹⁵. Los juristas romanos, como afirma GIERKE, no establecieron una teoría en un sentido

¹¹ SCHMITT, R., *Grundriß des deutschen Strafrechts - Zugleich eine Einführung in das Studium der beiden Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs von 1919 und 1925*, Leipzig, 1925, pág. 9; 2 ed., Leipzig, 1931, págs. 7, 9.

¹² BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 35.

¹³ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 36.

¹⁴ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Verbände*, pág. 37.

¹⁵ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftrecht*, tomo III, pág. 203.

moderno, sino que se limitaron más bien a formular algunos principios que pretendían expresar las funciones mecánicas de las corporaciones¹⁶.

Por lo tanto, si bien los glosadores no llegaron a conocer un concepto de persona jurídica, determinada como la suma de sus miembros y, a su vez, diferenciada como sujeto de Derecho de los derechos y obligaciones de sus miembros como individuos, no ignoraron la figura de la corporación entendida como la unidad de miembros titulares de derechos¹⁷. Tales corporaciones eran consideradas capaces de delinquir. La cuestión de cuándo se estaba en presencia de un delito de la corporación o cuándo sólo ante un delito de uno de sus miembros, era respondido por los glosadores según los principios del Derecho romano¹⁸. Existía un delito de la corporación, cuando la totalidad de sus miembros daba comienzo a una acción penalmente relevante por medio de una toma de decisión conjunta. Se requería como indicio de un delito conjunto de la corporación al menos la existencia de una acción corporativa; tal acción se daba especialmente si la decisión de proceder se tomaba en una reunión de los miembros de la corporación o sobre la base de una decisión del conjunto de los mismos. La acción realizada en base a la decisión de la mayoría era equiparada también con la acción del conjunto. Al margen de estas situaciones, las acciones se imputaban a los perceptores de impuestos, a los administradores o a cualquier miembro individualmente responsable de acuerdo con los principios de imputación del Derecho penal individual; asimismo, aquellos delitos que sólo se podían imputar a un miembro en forma individual también repercutían sobre la totalidad de los mismos, siempre y cuando hubieran sido aprobados con posterioridad por éstos¹⁹.

¹⁶ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftrecht*, tomo III, pág. 203.

¹⁷ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 19.

¹⁸ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 19.

¹⁹ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 20.

Por lo tanto, los glosadores sostenían que la *universitas* era responsable de sus acciones no sólo desde un punto de vista civil, sino también penal²⁰. Para ellos los derechos de la corporación eran a su vez derechos de sus miembros.

3) Los canonistas

A partir de los **canonistas** se va desarrollando lentamente una verdadera *teoría*, aunque aún no se aborda todavía el verdadero problema de la persona jurídica²¹. El punto de partida de los canonistas era la Iglesia, cuyos derechos no pertenecían a la totalidad de sus fieles, sino a Dios²². A partir de estas consideraciones es posible afirmar que desde los canonistas comienza la elaboración de un concepto técnico-jurídico de persona jurídica. Los canonistas aceptan la concepción romana de la capacidad jurídica de la *universitas*, separada conceptualmente de la capacidad jurídica del *singuli*²³, pues de esta forma de capacidad era posible fundamentar la capacidad jurídica de la misma en un momento histórico en el que la figura de la Iglesia cobra relevancia y es considerada como el punto central de la corporación. La elaboración de esta teoría estaba condicionada por el marco jurídico de las instituciones de la Iglesia y de las corporaciones. Las necesidades prácticas a las que se enfrentaban dichas instituciones señalan, por lo tanto, el comienzo de una teoría de la persona jurídica²⁴. La dificultad de explicar el fenómeno real de la organización eclesiástica a partir de la teoría elaborada por los glosadores forzó a elaborar una teoría propia al

²⁰ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 234, 236.

²¹ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, p. 245.

²² DAHM, G., *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Untersuchungen über die Beziehung zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XVI Jahrhundert, Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtslehre, Berlin/Leipzig, 1931, pág.152.

²³ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág.39.

²⁴ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 3.

respecto que diera respuesta a los nuevos problemas. Los titulares de los derechos eclesiásticos no eran los miembros de la comunidad de creyentes, sino Dios en la figura de su representante terrenal²⁵. Así se concreta, por un lado, el concepto de institución eclesiástica, apartado cada vez más del concepto de corporación (*Genossenschaft*) de los glosadores y concebida como representante de Dios en la tierra y, por lo tanto, como titular real de los derechos eclesiásticos²⁶. Por otro lado, se fundamenta una teoría específica de la corporación eclesiástica entendiéndola como *persona* y convertida de esta manera en el *sujeto de Derecho*, distinguiendo el concepto *jurídico* de persona del concepto *real* de la persona como ser humano²⁷. De esta forma, se establece en realidad una teoría de la corporación específicamente eclesiástica que rompe básicamente con la identificación de la persona como ser humano, dando así lugar al concepto de la persona jurídica. La *universitas*, en consecuencia, es jurídicamente algo distinto de los *singuli* que la componen²⁸: es un ser incorporeal que sólo posee capacidad jurídica por medio de la ficción jurídica.

Esta formulación doctrinal es especialmente aceptada y desarrollada por el canonista medieval SINIBALDO DE FIESCHI, que fue Papa bajo el nombre de INOCENCIO IV, con la finalidad de sostener la imposibilidad de poder excomulgar a corporaciones enteras, dado que la *universitas*, como ser sin alma, no podía ser excomulgada. El desarrollo de INOCENCIO IV debía servir para afirmar que se trataba de una persona ficticia. La *universitas* era tratada como un *individuum fictio*: INOCENCIO IV la denominaba una *persona ficticia* ("*cum collegium in causa universitas fingatur una persona*"). Por lo tanto, afirmaba que la *universitas* no tenía ni

²⁵ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 280. DAHM, G., *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, pág. 152. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 20.

²⁶ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 250, pág. 280. BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 40.

²⁷ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 277.

²⁸ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 280

capacidad de acción ni tampoco capacidad delictiva: "*impossibile est, quod universitas delinquat*"²⁹, aunque si la acción delictiva del perceptor o del administrador era realizada por indicación de los miembros o a petición expresa de los mismos, sí admitía la responsabilidad de la *universitas*³⁰. La finalidad de esta elaboración doctrinal era evitar que el castigo a las ciudades o corporaciones que se revelaban contra el Papa o el Emperador recayera sobre cada uno de sus miembros, fuesen culpables o no.

Si bien la doctrina de INOCENCIO IV no fue aceptada en su totalidad, su punto de partida, es decir, su concepción de la *universitas* como una *persona ficta*, mereció aprobación. Esta teoría se comienza a plasmar en los decretales de los Papas y se impone en el *Concilio de Lyon* (1245). Especialmente se encuentra plasmada en la colección de decretos de JORGE IX³¹.

Tanto en la opinión de GIERKE³² como en la de BINDER³³ parece posible afirmar que se puede considerar que éstos canonistas fueron los verdaderos padres espirituales de la concepción moderna de la corporación. A ello es posible agregar que esta teoría de los canonistas también lleva en su seno el origen del dogma *societas delinquere non potest* que permitía excluir la posibilidad de excomunión de las corporaciones.

²⁹ Innoc. c. 57 X 2, 20 (i. e. c. 2 de tert. en VI) n° 5. 6h. Andr. h. c. n° 4., citado por GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 343.

³⁰ Según el Derecho eclesiástico no se podía afectar por medio de una pena impuesta a toda una corporación a aquellos que eran inocentes como, por ejemplo, los niños. Sólo aquellas persona provistas de cuerpo, de voluntad y de conciencia podían recibir los sacramentos. BINDER, J., "*Das Problem der juristischen Persönlichkeit*", pág. 4., GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 281, pág. 343. DAHM, G., *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, pág. 154.

³¹ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 245.

³² GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, págs. 279, 290.

³³ BINDER, J., "*Das Problem der juristischen Persönlichkeit*", pág.3.

A partir de aquí la persona jurídica comienza a tener una *teoría*, es decir, la de ser una *persona ficta*. Y esta es la teoría que la acompañará, en realidad, hasta la actualidad.

De todo ello resulta evidente que existe una estrecha relación entre la *teoría de la ficción* del siglo XIX y la de la elaboración de los canonistas.

Sin embargo, el punto de partida de los canonistas para fundamentar esta teoría tiene orígenes diversos de los que tendrá posteriormente la teoría de SAVIGNY. Los problemas a los que se enfrentaban los canonistas se relacionaban con preocupaciones muy distintas. Para ellos era importante poder resolver cuestiones como la capacidad delictiva en general de una corporación, la posibilidad de imponer censuras espirituales y la excomunión frente a la *universitas*, la posibilidad de que una *universitas* preste un juramento de lealtad, o cuestiones como si una *universitas* podía o no apadrinar a otra. La cuestión fundamental, por lo tanto, consistía en saber si ciertos preceptos del Derecho canónico, que por su contenido estaban pensados para ser aplicados a personas físicas, podían ser aplicables a la *universitas* y si tal aplicación se podía fundamentar en razones meramente formales, es decir, en la idea de la teoría moderna que las concebía como *personae*. Ciertamente, INOCENCIO IV elaboró esta teoría, porque consideraba a la corporación como "un ser sin cuerpo" ("*nomen iuris et non personarum*" o un "*nomen intellectuale et res incorporalis*") y, por lo tanto, como incapaz de acción ("*nihil facere potest, nisi per membra sua*")³⁴. El hecho de que JOHANNES ANDREAE definiera la verdadera personalidad de la corporación como "*rei rationabilis individua substantia*" no es el punto de partida de la teoría de la *persona ficta o representata*, sino una consecuencia paralela de esta teoría desde el planteamiento que se hace a priori sin ningún cuestionamiento ulterior³⁵. Sólo aquella persona provista de cuerpo, voluntad y conciencia sería -según INOCENCIO IV- la

³⁴ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 281.

³⁵ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 282.

única capaz de recibir sacramento y de ser objeto de sanciones terrenales y celestiales, mientras que la *universitas* es una abstracción carente tanto de cuerpo como de alma. Dicho de otra manera: sería el *sujeto* de los sacramentos y de las normas cuya infracción merezca sanciones terrenales y eclesiásticas.

De todo este razonamiento resulta una consecuencia lógica que la capacidad jurídica de la *universitas* se encuentre, por un lado, separada de la capacidad jurídica de sus miembros y que, por otro lado, sea declarada incapaz de acción, dado que siempre estará necesitada de actuar por medio de un representante³⁶: no sólo los actos de la corporación hacia afuera, sino también los actos hacia adentro tienen lugar por medio de representación. Es decir, que en la medida en que se trata de actos de voluntad consistentes en el ejercicio de pura *iuria universitatis*, en realidad propios de la *universitas*, tienen que ser realizados por los miembros de la corporación.

Pero, por otro lado, un gran número de canonistas se pronunciaban a favor de la capacidad delictiva de la *universitas*: "*universitas et ecclesia delinquere possunt*"³⁷. En este sentido, JOHANNES ANDREAE afirmaba incluso que la *universitas* era realmente una persona ("*collegium aut universitas, etsi sit persona*"^{38,39}).

La cuestión de si existía o no un delito de la corporación era respondida de la misma manera que por los glosadores. Era necesaria la existencia de una acción

³⁶ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, págs. 281, 309 s.

³⁷ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 343; BUSCH, O., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 41; SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 20; ACKERMAN, B., *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Europäische Hochschulschriften / 02, Rechtswissenschaft; vol. 362, Frankfurt a.M., 1984, pág. 24.

³⁸ Joh. Andr. Nov. s. c. 16 en IV^o 3, 4 n^o 4; citado según GIERKE, ver nota siguiente.

³⁹ GIERKE, O. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, págs. 204, 279. BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 3.-

conjunta de los miembros de la corporación llevada a cabo por medio de una toma de decisión de todos ellos. También la decisión de la mayoría afectaba a la corporación y a sus miembros⁴⁰.

Dado que los canonistas fueron los primeros en distinguir claramente entre la *universitas* y sus miembros, también fueron los primeros que pudieron diferenciar entre la responsabilidad de ésta y la de aquellos. Tanto la responsabilidad de la *universitas* como la de sus miembros tenía lugar de forma paralela. Ambas eran sometidas a un proceso penal con la única particularidad que la corporación era representada, mientras que el individuo en cuestión no podía serlo. Por lo demás, en el proceso penal ambas estaban sometidas a las mismas reglas. Las penas aceptadas por los canonistas para la corporación era la pena pecuniaria o la limitación de algunos derechos de la corporación o de algunos privilegios⁴¹.

4) Los postglosadores

Los postglosadores, por su parte, aceptaron la idea de los canonistas según la cual la *universitas* era una persona ficta, aunque admitieron también la posibilidad de que la corporación pudiese cometer delitos. La doctrina más importante, en este sentido, fue la desarrollada BARTOLUS DE SASSOFERRATO (*Bartolo de Saxoferrato*) (1314-1357), quien fundamentaba la capacidad delictiva de la *universitas* con una *factio iuris*⁴². BARTOLUS diferenciaba dentro de los delitos de las corporaciones entre aquellos delitos que la *universitas* podía llevar a cabo de forma *proprie* (tanto acciones que se encuentran estrechamente relacionadas con la esencia y

⁴⁰ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 344.

⁴¹ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 344.

⁴² GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, pág. 364; BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 6.

el ámbito especial de deberes de una corporación, como delitos omisivos de los miembros de la corporación) y los *improprie* (delitos improprios de la corporación) que sólo podía realizar una persona como su representante, es decir, que la *universitas* sólo los podía realizar de forma *improprie* por medio del perceptor de impuestos o de sus miembros⁴³. La limitación que supone esta teoría frente a la de los canonistas es que las acciones punibles realizadas por aquellos órganos que actúan en representación de la corporación no se le pueden imputar a ésta. Sólo es posible interponer la *accusatio frente a la universitas*. Según la opinión de BARTOLUS en el caso de los *delicta propria de la universitas* ésta es autor y sus miembros serían coautores o instigadores y en el caso de los *delicta impropria* de la *universitas* ésta sería coautor o instigador, mientras que el autor sería su representante⁴⁴.

La equiparación de la persona jurídica a la persona física implicó el traslado, en el marco mismo de la ficción, de todas las cualidades naturales del individuo a la *universitas*, lo que explica que se deduzcan las mismas consecuencias jurídicas para ambas⁴⁵. Ello demuestra que las condiciones para determinar el sujeto de Derecho estaban siempre implícitamente determinadas por la persona individual.

Sobre estas bases se trató la cuestión de la capacidad delictiva de las corporaciones prácticamente en toda Europa. Por ejemplo, en Alemania éstas han sido concepciones básicas hasta el comienzo del Iluminismo tanto en la doctrina, como en la legislación y en la jurisprudencia⁴⁶.

⁴³ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, págs. 403, 404. BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 42. DAHM, G., *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, pág. 156, 157. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 21.

⁴⁴ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, págs. 402, 410.

⁴⁵ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 41.

⁴⁶ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, pág. 46.

En suma, en la Edad Media la responsabilidad penal de las corporaciones (personas jurídicas) surge como una necesidad exclusivamente práctica de la vida estatal y eclesiástica.

III. SUJETO DEL DERECHO Y NORMA EN LA DOGMÁTICA CLÁSICA DEL SIGLO XIX

1) Introducción

Hasta el imperio del Derecho natural no se comienza a percibir cierto cambio en relación a este tema. Si bien la teoría de la *persona ficta* permanece externamente inalterada, pierde su contenido espiritual originario. El Derecho natural le da un nuevo contenido relacionando la *persona ficta* con la personalidad colectiva de la corporación que a partir de ese momento no sólo va a determinar la teoría, sino también las leyes⁴⁷.

Consecuentemente, la situación jurídica relatada hasta ahora se mantuvo prácticamente inalterada hasta finales del siglo XVIII. Luego se produjo en muy poco tiempo un cambio radical de la situación, manteniéndose prácticamente hasta la actualidad la exclusión de la persona jurídica del ámbito del Derecho penal. En esta época la modificación de las relaciones de poder dentro del Estado conllevan a su vez un desplazamiento de la relación del hombre con la sociedad. Las ideas del Iluminismo y del Derecho natural implicaron una reducción del autoritarismo que había marcado al Estado de las corporaciones de la Edad Media. A partir de ahora, el individuo adquiere un lugar determinante del orden social. La finalidad última de esta

⁴⁷ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, págs. 250 ss.

organización social consiste en garantizarle al individuo la autodeterminación y la libertad respecto de condicionamientos supraindividuales.

La liberación del individuo frente a todas las relaciones autoritarias tiene que llevar necesariamente a rechazar todo tipo de responsabilidad colectiva; la responsabilidad que no se basa en un hecho propio, sino en la pertenencia a una comunidad no resulta compatible con la idea de libertad y la autodeterminación del individuo que era soberano. Este cambio en las ideas filosóficas de la concepción del individuo y del Estado y de la sociedad conduce necesariamente a esta responsabilidad propia del individuo impidiendo que se pueda renunciar a los principios de la punibilidad individual.

Por lo tanto, la idea central que regirá este nuevo período es que el individuo ocupa un lugar central en la concepción del mundo y ello marcará también el desarrollo de este tema⁴⁸.

Uno de los primeros autores del ámbito penal que sostuvo la imposibilidad de seguir manteniendo las ideas en las que se apoyaba la responsabilidad de la persona jurídica fue MALBLANC⁴⁹. MALBLANC negaba en su escrito "*Opuscula ad ius criminale expectantia*" tanto la capacidad delictiva de la persona jurídica como también su capacidad de comprender la aplicación de la pena⁵⁰. La responsabilidad de la corporación -según MALBLANC⁵¹- es en realidad una responsabilidad de sus miembros. Pero, ello sólo sería plenamente posible si tanto la imputación como la pena -desde el punto de vista de un Derecho penal individual-

⁴⁸ Sobre esta breve exposición, en general, BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 45 ss.

⁴⁹ v. MALBLANC, J. F., *Opuscula ad ius criminale spectantia*, Erlangen, 1793.

⁵⁰ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 27.

⁵¹ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, pág. 47.

también alcanzara a todos los miembros de la persona jurídica; incluso los *miembros futuros (posterii)* deberían sufrir la pena. A los miembros futuros, sin embargo, no cabe imputarles ni dolo ni culpa por un hecho ya cometido y de ahí deduce MALBLANC que la responsabilidad penal de la persona jurídica es insostenible⁵².

El trabajo de MALBLANC fue la primera exposición en el ámbito penal en este sentido. Sin embargo, en la opinión de SCHMITT⁵³ -contrariamente a lo que sostienen GIERKE y, posteriormente, JESCHECK⁵⁴- el nuevo punto de vista no fue consecuencia de la influencia de la obra de SAVIGNY, que partiendo de la teoría de la ficción negaba la capacidad de voluntad y, por lo tanto, la capacidad delictiva de la persona jurídica⁵⁵. En realidad, la teoría de la ficción no había sido un obstáculo ni para los canonistas ni para los postglosadores para reconocer la responsabilidad de la persona jurídica. Tampoco parece posible considerar que la única causa de este cambio de opinión en la doctrina -como, por el contrario, sostiene JESCHECK⁵⁶- haya sido la depuración del principio de culpabilidad bajo la influencia de KANT.

Por el contrario, para SCHMITT el verdadero motivo de este nuevo planteamiento no reside ni en razones jurídicas ni tampoco en motivos específicamente jurídico-penales. Las necesidades políticas fueron el origen de la desaparición de la punibilidad de las corporaciones, dado que éstas habían perdido por completo tanto el

⁵² BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 46.

⁵³ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 26.

⁵⁴ GIERKE, O., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, págs. 745-747. JESCHECK, H.-H., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände", ZStW 65 (1953), pág. 212.

⁵⁵ v. SAVIGNY, F.C., *System des heutigen römischen Recht*, tomo II, pág. 312.

⁵⁶ JESCHECK, H.-H., "Zur Frage der Strafbarkeit von Personenverbände", pág. 540. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 26.

poder que tenían durante la Edad Media como toda su importancia⁵⁷. En contra de las corporaciones se habían aliado dos poderes que eran fuertes enemigos de las mismas: el Absolutismo de los príncipes y el liberalismo del Ilustración. La monarquía absoluta eliminó todo poder de todos aquellos que, dentro del Estado, le podían resultar una competencia y, por lo tanto, procuró suprimir las corporaciones o, al menos, quitarles el poder político y sus derechos. La Ilustración, por su parte, pretendía que sólo el Estado fuera el único responsable de las pocas limitaciones de la libertad del individuo que estaba dispuesto a aceptar, y, consecuentemente, las corporaciones eran un importante enemigo, ya que, según la tradición de la Edad Media, limitaban dicha libertad⁵⁸. Estas dos tendencias dieron lugar a medidas tanto políticas como administrativas en contra las corporaciones de tal entidad que su importancia y su ámbito de actuación resultó tan reducido que en la práctica fue innecesaria una responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁹. Paralelamente, se podría decir que la reaparición de la importancia de esta cuestión en la actualidad también está condicionada por la creciente importancia que han adquirido las personas jurídicas en la nueva realidad social y jurídica⁶⁰.

La negación de la responsabilidad de las corporaciones mereció pronto gran aceptación y fue defendida también en el ámbito del Derecho penal, especialmente por FEUERBACH⁶¹, para quien la persona jurídica jamás podía ser sujeto (activo) de

⁵⁷ También en este sentido, HEINITZ, E., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo I, Tübingen, 1953, págs. 70, 71. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 27.

⁵⁸ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo IV, págs. 493-500.

⁵⁹ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, nota 65, pág. 28.

⁶⁰ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 27.

⁶¹ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1. ed., Gießen, 1801, § 36, pág. 29; el mismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, (mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen)*, K.J.A. MITTERMAIER (Ed.), reimprección de la 14. ed., 1847, Scientia Verlag, Aalen, 1973, § 28, pág. 52.

un delito. FEUERBACH ni siquiera aceptaba la posibilidad en el caso en que todos los miembros de una asociación hubiesen querido y realizado el delito, ya que tampoco en estos casos estarían actuando como asociación, pues en la comisión del delito no estarían actuando de acuerdo con la finalidad de la asociación, sino con una finalidad distinta⁶².

Sin embargo, había todavía quienes pretendían seguir manteniendo las viejas ideas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶³. De todos modos aquellas opiniones aisladas no se lograron ya imponer a la nueva concepción liberal-individualista de la época de la soberanía del ser humano.

Como bien afirma HAFTER y, como se puede ver de los modelos de explicación dogmáticos que se han presentado con anterioridad, el material para elaborar este tema se encuentra fundamentalmente, al menos inicialmente, en el desarrollo de la dogmática del Derecho civil⁶⁴. Por lo tanto, parece conveniente hacer una exposición de las diferentes teorías que durante esta época se desarrollaron sobre la persona jurídica.

2) Persona jurídica y ficción en la obra de v. Savigny

El tratamiento de la persona jurídica tal como ha sido esbozada *ut supra* comienza a cambiar profundamente a partir de las elaboraciones dogmáticas de

⁶² FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. ed. (Neudruck), pág. 52.

⁶³ En este sentido, TITTMANN, K. A., *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Halle, 1822, pág. 64, págs. 225 y 226.

⁶⁴ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 29.

SAVIGNY⁶⁵ y tendrá un carácter decisivo en el desarrollo futuro del mismo. La teoría dominante de la persona jurídica en la primera mitad del siglo XIX, me refiero a la *teoría de la ficción* de SAVIGNY, tiene sus orígenes desde principios de la Edad Media en la dogmática del Derecho romano y canónico⁶⁶. Sin embargo, a pesar de tan remotos orígenes, su cuestionamiento no surge hasta el siglo XIX. Como demuestra la evolución dogmática relatada, el problema de la persona jurídica se trataba con anterioridad de forma muy diversa a como se empezó a plantear a partir de la teoría de la ficción.

La obra de SAVIGNY no es una mera reacción romanista frente al Derecho natural de la personalidad colectiva de las personas morales, es decir, la restauración del viejo dogma romano y canónico, sino más bien el intento de reconducir la teoría de la persona jurídica a un punto de vista general que permita tomar nuevas decisiones particulares en torno a la persona jurídica. SAVIGNY aportó la profundización teórica y filosófica necesaria para una teoría de la *persona ficta* que los canonistas y los postglosadores habían elaborado de forma puramente práctica⁶⁷. Con anterioridad a SAVIGNY la contraposición de las personas físicas a las jurídicas tenía lugar sin una profunda reflexión que fuera más allá de una necesidad práctica. Por el contrario, SAVIGNY reconoce que el problema al que se enfrenta es en realidad una cuestión de la *relación entre el Derecho y la persona*⁶⁸:

"Toda relación jurídica importa la relación de una persona con otra. El primer componente de la misma, que necesitaría un tratamiento más preciso, es la naturaleza de las personas, cuya relación mutua es capaz de establecer tal relación. Se trata

⁶⁵ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo II, Berlin, 1840.

⁶⁶ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, págs. 186 ss. *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, tomo I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, pág. 459 ss.

⁶⁷ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 47.

⁶⁸ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 8; BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 47.

entonces de ¿quién puede ser titular o sujeto de una relación jurídica? La pregunta se refiere a la posibilidad de tener derechos, o sea, a la capacidad jurídica.⁶⁹

Es decir, que el problema se comienza a ver desde la perspectiva de quiénes son los sujetos de una relación jurídica o de quiénes tienen capacidad jurídica para generar una relación jurídica.

• Con ello planteó SAVIGNY el problema, en cuya solución habría de trabajar la dogmática durante casi un siglo entero: es decir, quiénes pueden ser *sujetos* del Derecho. La importancia de la obra de SAVIGNY no sólo tiene que ver con relevancia del nuevo planteamiento de la cuestión -es decir, situar la discusión en la esfera del *sujeto*-, sino también por su propio intento de hallar una solución al mismo.

SAVIGNY sentó como punto de partida que:

"Todo Derecho existe por la libertad moral inherente a la persona individual"⁷⁰.

De este principio puramente individualista dedujo SAVIGNY que:

"el concepto originario de la persona o del sujeto de Derecho tiene que coincidir con el concepto del ser humano; y esa identidad originaria de ambos conceptos se puede expresar en la siguiente fórmula: toda persona individual y sólo ella tiene capacidad jurídica"⁷¹.

⁶⁹ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo II, § 60, pág. 1.: "Jedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer anderen Person. Der erste Bestandteil derselben, der einer genaueren Betrachtung bedarf, ist die Natur der Personen, deren gegenseitige Beziehung jenes Verhältnis zu bilden fähig ist. Hier ist also die Frage zu beantworten: Wer kann Träger oder Subjekt eines Rechtsverhältnisses sein? Die Frage betrifft das mögliche Haben der Rechte, oder die Rechtsfähigkeit, nicht das mögliche Erwerben der selben, oder die Handlungsfähigkeit, welche erst in einem folgenden Abschnitt betrachtet werden wird."

⁷⁰ v. SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, § 60, pág. 2: "Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen".

⁷¹ v. SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, § 60, pág. 2. "Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen; (continúa...)"

Esta concepción de SAVIGNY se apoya sobre los conceptos fundamentales de la filosofía kantiana y neokantiana, es decir, de la personalidad en un sentido ético-filosófico, sobre la que se fundamenta toda la filosofía del Derecho de aquella época⁷². En este sentido, BINDER explica que para KANT la *personalidad* era "libertad e independencia del mecanismo de la naturaleza" ("Freiheit und Unabhängigkeit von dem Mechanismus der Natur"), para FICHTE era "sólo la cualidad que tiene el espíritu de poder transpasar todo lo aprehendido con la conciencia.." ("die nur dem Geiste zukommende Eigenschaft; alles ihm Angeeignete und Eingelebte mit Bewußtsein durchzudringen, es als das Seinige zusammenzufassen, damit aber auch als von ihm freies Selbst dazustehen") y para HEGEL "la generalidad de la libre voluntad" ("die Allgemeinheit des für sich freien Willens")⁷³.

La ética que predomina es, en su mayoría, puramente individualista, si bien de HEGEL no se puede afirmar lo mismo de forma tan estricta, y, consecuentemente, la filosofía del Derecho que se apoya en esta ética es también esencialmente de carácter individualista. Por esta razón, dice BINDER que el Derecho para KANT era "la esencia de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de unos puede ser medido con el arbitrio de otro según una ley general de la libertad" ("der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann"). Desde esta perspectiva, agrega BINDER, "el hecho es una acción en la medida en que ésta se encuentra bajo las leyes de la obligación, en tanto el sujeto es contemplado en él mismo desde el punto de vista de la libertad de su arbitrio (...)" ("Tat heißt eine Handlung,

⁷¹(...continuación)

und diese ursprüngliche Identität der beiden Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig".

⁷² En otro sentido JHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1865, vol. III. 2, pág. 328., quien cree que los orígenes de esta teoría se basan solamente en la obra de Hegel.

⁷³ Citados según BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 11.

sofern sie unter Gesetzen der Verbindlichkeit steht, sofern das Subjekt in derselben nach Freiheit seiner Willkür betrachtet wird") y "persona es el sujeto cuyas acciones tienen capacidad para ser imputadas. La personalidad moral, por lo tanto, no es otra cosa que la libertad de un ser racional sometido a leyes morales (...) de lo que se deduce que una persona no está vinculada por otras leyes que las que ella misma (sóla, o al menos, con otros) se da" ("Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nicht anderes, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (die psychologische aber bloß das Vermögen, sich seiner selbst in den verschiedenen Zuständen, der Identität seines Daseins bewußt zu werden), woraus dann folgt, daß eine Person keine anderen Gesetzen, als denen, die sie (entweder allein, oder wenigstens mit anderen) sich selbst gibt, unterworfen ist")⁷⁴; prosigue BINDER que para FICHTE el concepto del Derecho se basa en la conciencia y la relación jurídica sobre "el concepto del individuo como presupuesto de la propia conciencia" ("der Begriff des Individuums als Bedingung des Selbstbewußtseins") y según HEGEL el Derecho es "la realización de la libertad en la sociedad" ("die Verwirklichung der Freiheit in der Gesellschaft")⁷⁵.

Fundamentalmente, estos puntos de vista se basan en una relación jurídica en la que cada derecho en particular sólo representa una parte de esa relación. Aquí se pone de manifiesto la idea de que el Derecho surge de las relaciones de la personas con sus iguales⁷⁶. De esta manera define SAVIGNY la esencia de la relación jurídica como "un ámbito independiente de dominio de la voluntad individual"⁷⁷. En todos los casos,

⁷⁴ KANT, I., *Metaphysik der Sitten* (Mathaphysische Anfangsgründeder Rechtslehre), 1. ed., 1797, Kant Werke in 12 Bänden, Ed. de W. Weischedel, Frankfurt, 1956, págs. 329, 330.

⁷⁵ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 11.

⁷⁶ Cfr. v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo I, pág. 331.

⁷⁷ v. SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo I, pág. 334: "...das Wesen des Rechtsverhältnisses al ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens".

cabe apuntar al margen, es evidente el trasfondo contractualista, en el sentido de ROUSSEAU, de las concepciones que estamos considerando.

La esencia del ordenamiento jurídico consiste, por lo tanto, en la conservación de la personalidad desde un punto de vista ético-individualista. La libertad de la voluntad es su esencia y el Derecho es la protección de esta libertad mediante el poder jurídico. Por lo tanto, desde este punto de vista sólo puede ser sujeto de derechos el ser humano individual, dado que el Derecho sólo es un medio para proteger la personalidad ética del ser humano, de manera tal que la personalidad jurídica debe ser necesariamente el reflejo de la ética. El ejercicio de derechos no puede ser, de acuerdo con ello, otra cosa que la puesta en marcha de dicha personalidad, es decir, de la voluntad individual en un sentido ético.

Esta idea se encuentra especialmente en la base de la teoría elaborada por SAVIGNY sobre el negocio jurídico y sobre la declaración de voluntad: la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*)⁷⁸. Se trata de una teoría que ha mantenido su influencia hasta la actualidad. Sustancialmente significa que la verdadera voluntad es capaz de tener efecto en el negocio jurídico y que su declaración es un medio para lograrlo⁷⁹. La teoría de la voluntad parte de un presupuesto psicológico: la voluntad es, en realidad, la sustancia esencial de la personalidad jurídica. De ello se deduce que el Derecho privado existe para poder poner en marcha, para conservar y para desarrollar esa personalidad jurídica⁸⁰.

A partir de aquí es claro que la persona jurídica, por lo tanto, no pudo ser sino un sujeto de Derecho ficticio que, aunque exprese por medio de sus representantes una voluntad que le es imputable como voluntad propia, no tiene una

⁷⁸ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, vol. IV, pág. 103.

⁷⁹ v. SAVIGNY, F.-C., *System des heutigen römischen Rechts*, vol IV, pág. 258.

⁸⁰ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, vol. IV, pág. 103.

voluntad real en sentido ético, sino sólo ficticio. Sólo en el Derecho civil, por el contrario, sería posible la representación sin voluntad propia; pero no en el Derecho penal. El Derecho penal sólo trata con personas como seres pensantes y con voluntad. La persona jurídica no tiene esas cualidades y, por ello, debe quedar excluida del ámbito del Derecho penal⁸¹.

Desde el punto de vista de la concepción de la persona jurídica como un sujeto (*ficto*) de Derecho, todo ello, no es más que una pura consecuencia lógica⁸². Si el ser humano es sujeto de Derecho por ser portador de esa personalidad ética, entonces sólo él podrá ser un verdadero sujeto del Derecho y la existencia de personas jurídicas sólo puede ser explicada, según SAVIGNY, en la medida en que la fórmula originaria del sujeto del Derecho puede sufrir en el Derecho positivo dos modificaciones: por un lado, éste puede negar, total o parcialmente, la capacidad jurídica a algunas personas y, por otro, puede trasladar la capacidad jurídica a entes diversos de la persona individual, es decir, a la persona jurídica⁸³.

Todo lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto que los teóricos de aquella época no intentaron establecer un fundamento jurídico según el cual se pudiese afirmar si una persona jurídica tenía o no capacidad para actuar o para delinquir, fundamentando dicha afirmación desde un punto de vista teórico, sino que procedieron

⁸¹ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo II, pág. 312: "Eine Vertretung ohne eigenes Wollen kann nur im Zivilrecht, nie im Kriminalrecht beachtet werden." (...). "Das Kriminalrecht hat zu tun mit dem natürlichen Menschen als ein denkenden, wollenden Wesen. Die juristische Person ist aber kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz aus dem Bereich des Kriminalrechts".

⁸² BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 13.

⁸³ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. II., pág. 2.: "Indessen kann dieser ursprüngliche Begriff der Person durch das positive Recht zweierlei, in der aufgestellten Formel bereits enthaltene Modifikation empfangen, eingeschränkte und ausgeschränkte. Es kann nämlich erstens manchen einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit ganz oder teilweise versagt werden. Es kann zweitens die Rechtsfähigkeit auf irgend etwas außer den einzelnen Menschen übertragen werden, also eine juristische Person künstlich gebildet werden." Cfr. también BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 47.

a la inversa: invirtieron todos sus esfuerzos en explicar el Derecho como la expresión de la personalidad ética como único fundamento teórico⁸⁴.

Desde este punto de vista también resulta comprensible -como lo subraya BINDER- que la teoría de la ficción fundamentada por SAVIGNY haya sido aceptada por la *communis opinio* y que fuese sostenida por los dogmáticos más relevantes, como, por ejemplo, PUCHTA y v. WINDSCHEID. Tanto PUCHTA como v. WINDSCHEID partieron de la personalidad ética del ser humano como fundamento de los sistemas que elaboraron. Para ambos, como para la mayoría de sus antecesores, era evidente que la personalidad jurídica debía reflejar precisamente esa personalidad ética⁸⁵.

BINDER⁸⁶ ha señalado que el error de esta teoría consiste en confundir el sujeto psicológico con el sujeto ético, tomando como fundamento de la personalidad jurídica la individualidad psicológica. Por ello, la teoría de la ficción desconoció que las comunidades organizadas son fenómenos de la existencia social del hombre y, precisamente, por su realidad, también titulares de un valor propio, razón por la cual, el ordenamiento jurídico las ha investido de personalidad jurídica y las trata como un sujeto de Derecho⁸⁷.

La concepción, según la cual la individualidad psicológica es el fundamento único del concepto de sujeto de Derecho sólo permite -como es lógico- una consideración puramente psicológica del problema del sujeto. Por ello, el concepto de acción apoyado en ella no es sino una categoría psicológica. En otras palabras: sólo podrá ser sujeto con capacidad de acción quien posea individualidad psicológica. Pero,

⁸⁴ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 14.

⁸⁵ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 15, donde cita a WINDSCHEID, *Pandekten*, §§ 37, 49, y a PUCHTA, *Institutionen I*, pág. 1.

⁸⁶ BINDER, J., *Philosophie des Rechts*, Berlin, 1925, pág. 447.

⁸⁷ BINDER, J., *Philosophie des Rechts*, pág. 449.

como la persona jurídica carece de voluntad en este sentido no es capaz de acción y sólo puede ser concebida como una ficción. Sólo las personas físicas pueden actuar y, por lo tanto, pueden tener capacidad para delinquir⁸⁸: *societas delinquere non potest*.

3) La paulatina flexibilización de los fundamentos de la máxima *societas delinquere non potest*

A pesar de lo difundido de la aceptación de este punto de partida para fundamentar la personalidad jurídica, no se puede ignorar que también fue objeto de numerosas críticas que dieron lugar a nuevas teorías o, al menos, a variantes de la teoría de la ficción de la persona jurídica. Estas, sin embargo, no cuestionaron tanto el punto de partida de la personalidad ética, como la consecuencia, extraída de ello respecto de la persona jurídica (es decir, su carácter de ficción), sino más bien sus fundamentos.

Las críticas o las nuevas teorías habría que clasificarlas entre aquellas que, partiendo de las premisas de la teoría de la ficción, sugieren modificaciones de la misma y las que suponen una reacción que da lugar a una nueva teoría totalmente opuesta, como es la teoría la "*reale Verbandsperson*". Las críticas más significativas que habría que resaltar son las realizadas por autores como BEKKER (1873), BRINZ (1860), JHERING (1865), ZITELMANN (1873), y GIERKE (1881/1902).

⁸⁸ Así lo sostenían numerosos autores de la época, por ejemplo: SCHÜTZE, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuch*, 1874, § 31, págs. 88 y 89; TEMME, J. D. H. *Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1876, § 33, págs. 62 y 63; BERNER, A. F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1. ed., Leipzig, 1857, § 76, pág. 109; 17. ed., 1895, § 40, pág. 74.

a) Teoría de los "derechos sin sujetos" (Theorie der subjektlosen Rechte)

a1) Brinz⁸⁹

Los mismos puntos de partida de la teoría de la ficción también se encuentran en la *Teoría de la personalidad jurídica ("Persönlichkeitstheorie")* de BRINZ. Según BRINZ sólo el ser humano tiene capacidad jurídica; junto a éste "no existe en realidad ningún otro género de personas"⁹⁰. Por lo tanto, lo que se denomina como persona jurídica no es en realidad una persona, sino una *forma especial de patrimonio*. Sólo se trata de un patrimonio que no le pertenece a una persona, sino a una determinada finalidad. Por lo tanto, ese patrimonio que no pertenece a ninguna persona es, consecuentemente, un *res nullius*, aunque sea titular de derechos⁹¹.

Por medio de esta explicación BRINZ pretende eliminar la ficción de la personalidad jurídica basada en la comparación con la persona física. Pero, de todos modos, no puede dar solución al problema, toda vez que esta finalidad patrimonial requiere, al igual que cualquier patrimonio un titular de derechos⁹². Porque, aunque fuese satisfactorio pensar que en este caso sólo se trata de una determinada finalidad del patrimonio, queda aún sin responder la cuestión de quién es el sujeto del Derecho titular del mismo. Esto también lo reconoció el propio BRINZ: "Un patrimonio que no pertenece a nadie no puede estar compuesto de derechos que conceptualmente sólo pueden pertenecer a personas"⁹³. Por esta razón, según BRINZ este concepto de

⁸⁹ BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten*, 1. ed., Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1860, pág. 30, págs. 979 ss.; 2. ed., tomo I, págs. 172, 194.

⁹⁰ BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten*, pág. 990. En el mismo sentido, ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873, pág. 39.

⁹¹ Interpretación según BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 16.

⁹² BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág.16.

⁹³ BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten*, pág. 992.: "Ein Vermögen, daß keiner Person gehört, kann sich aus Rechten, die begrifflich nur Personen gehören, nicht zusammensetzen".

patrimonio se debería configurar de manera diversa que el concepto de persona. Ello, sin embargo, no resultaba posible tomando como punto de partida los mismos presupuestos de los defensores de la teoría de la ficción, dado que partiendo de la personalidad ético-jurídica, no cabe pensar en un sujeto de Derecho que no reúna dichas características. Por lo tanto, el intento de BRINZ supone una solución sólo aparente al problema.

a2) Bekker⁹⁴

BEKKER se enfrenta al mismo dilema. Sin embargo, intenta otra vía de solución, aunque sin proceder de manera tan radical como lo haría posteriormente JHERING. En este sentido procura salvar el momento de la voluntad en el concepto de Derecho, aunque disolviendo la ficción en la que se fundamentó la personalidad jurídica de quienes carecen de capacidad de voluntad. La clave, a su juicio, parece encontrarse en la *relación de representación*. Por lo tanto, "sujeto de Derecho es quien resulte determinante en el ejercicio del derecho tanto por su propia voluntad como, en caso de impedimento, por la voluntad de su representante"⁹⁵.

De esta manera, BEKKER reconoce que, por regla general, la persona capaz de acción puede ocupar dos diversas posiciones: puede ser considerada como sujeto de Derecho quien tiene la capacidad de voluntad, es decir, "quien dispone" (Vefüger) del derecho, pero también a "quien disfruta" del mismo (Genießer). En el primer caso sólo puede ser sujeto una persona capaz de voluntad, es decir, "sólo el hombre, aunque no cualquier hombre, puede ser sujeto de Derecho"⁹⁶. En el segundo

⁹⁴ BEKKER, E., "Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen", Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbuch), vol. XII, Jena, 1873, pág. 1-135.

⁹⁵ BEKKER, E., "Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen", pág. 1.

⁹⁶ BEKKER, E., "Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen", pág. 11.

supuesto "desaparece la necesidad de que el sujeto sea en este sentido capaz de voluntad, como de hecho no lo son ni los niños ni los inimputables"⁹⁷. De ahí se deduce que si es posible prescindir de la capacidad de voluntad, resulta evidente que no es necesario mantener la premisa de la existencia humana del sujeto del Derecho. La consecuencia en relación a las personas jurídicas sería la siguiente: las personas que actúan en nombre de la persona jurídica serían las que "disponen" (Verfüger) del Derecho, detrás de las cuales se encuentra quien lo "disfruta" (Genießer), es decir, la persona jurídica. Si quien disfruta es la persona jurídica, entonces se debe reconocer que ésta sólo es un instrumento teórico, lo que significa que la complicada institución de la persona jurídica puede funcionar de la misma forma que la construcción, considerablemente más sencilla, donde es la misma persona quien dispone (Verfüger) y quien disfruta (Genießer)⁹⁸.

De todos modos, BEKKER deja sin respuesta a la cuestión concerniente a si realmente es posible considerar como sujeto de Derecho a quien disfruta (Genießer) y no a quien lo dispone (Verfüger). Dado su punto de vista "tanto quien dispone como quien disfruta pueden ser o no la misma persona; si se da el segundo caso surge la duda de si es la disponibilidad o el disfrute lo relevante para determinar el sujeto del Derecho"⁹⁹. Una respuesta clara a esta última cuestión BEKKER sólo la logró en relación a los derechos patrimoniales: en este ámbito sujeto del Derecho es aquel a quien correspondan esos derechos y ese no es otro que quien disfruta (Genießer) de

⁹⁷ BEKKER, E., "Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen", pág. 12.

⁹⁸ BEKKER, E., "Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen", pág. 13 ss.

⁹⁹ BEKKER, E., "Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen", págs. 127, 128.

ellos¹⁰⁰. Por lo tanto, al menos en dicho contexto las personas jurídicas serían sujetos de Derecho.

También, la teoría de BEKKER tiene su punto débil en su persistencia en la búsqueda de una respuesta diferente sin poner en duda el concepto de sujeto de Derecho creado por SAVIGNY¹⁰¹.

b) La teoría del ilícito objetivo: v. JHERING

La relación entre la lógica y el Derecho, uno de los problemas apuntados por JHERING en "*Geist des römischen Rechts*"¹⁰², lo condujo a establecer una "*teoría general de los derechos*" ("*allgemeine Theorie der Rechte*") y a elaborar, en primer lugar, el *concepto de derecho subjetivo*. JHERING pone en duda que el Derecho realmente signifique, como lo sostenía la opinión dominante, un poder de voluntad. De esta manera logra una perspectiva totalmente diferente y una nueva fundamentación del carácter de sujeto de Derecho de las personas jurídicas.

JHERING afirma que el Derecho no existe por la voluntad, sino que la voluntad existe por el Derecho ("*Das Recht ist nicht des Willens wegen da, sondern der Wille ist des Rechts wegen da*")¹⁰³. Según la teoría de la voluntad ("*Willenstheorie*") las personas sin voluntad no podrían tener derechos; pero la realidad es que tienen derechos, porque tienen intereses que se satisfacen por la concesión de esos derechos. Según esta interpretación, en el caso de aquellas personas que no poseen dicha voluntad

¹⁰⁰ BEKKER, E., *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, tomo I, pág. 57; tomo II, 1889.

¹⁰¹ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 31.

¹⁰² JHERING, R., *Das Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, tomo III, Abschnitt 2, § 61, págs. 311 ss., pág. 330.

¹⁰³ JHERING, R., *Das Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, tomo III, Abschnitt 2, § 61, pág. 332.

será su tutor quien tenga esa autorización, porque es éste quien dispone de su patrimonio y quien tiene el disfrute ideal del mismo; el máximo disfrute consiste en llevar a cabo actos de voluntad. Quien está autorizado no es quien tiene la voluntad, sino aquél que tiene el disfrute. Es así como se llega a la famosa definición, según la cual *los derechos son intereses jurídicamente protegidos*¹⁰⁴.

La idea fundamental que rige el pensamiento de JHERING es que sólo las personas reales pueden ser sujetos de Derecho¹⁰⁵. En este sentido, JHERING no comparte ni la teoría de la ficción ni la teoría de los "sujetos sin derechos" y pretende encontrar en las asociaciones a la verdadera persona como sujeto de Derecho. En esta búsqueda JHERING deja de lado la relación entre el Derecho y la voluntad, sosteniendo que lo determinante es quién tiene el *disfrute* (Genuß) del derecho. En las asociaciones el disfrute del derecho lo tienen sus miembros. Estos son los destinatarios (Destinatäre) y como tales los sujetos de los derechos pertenecientes a la asociación¹⁰⁶.

En este marco el problema de la persona jurídica -según JHERING- se puede esquematizar de la siguiente manera¹⁰⁷:

1. La *communis opinio* parte de que el Derecho es una autorización para querer (Wollendürfen).

2. La consecuencia de esta teoría sería que las personas sin capacidad de voluntad no podrían ser sujetos de Derecho.

¹⁰⁴ JHERING, R., *Das Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, tomo III, Abschnitt 2, § 61, pág. 332, pág. 339.

¹⁰⁵ JHERING, R., *Das Geist des römischen rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, tomo III, Abschnitt 2, § 61, pág. 331.

¹⁰⁶ JHERING, R., *Das Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, tomo III, Abschnitt 2, § 61, págs. 331, 333 ss.

¹⁰⁷ Confr. BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 26.

3. Pero esta consecuencia es incorrecta; por lo tanto, tampoco es correcta la definición del Derecho sobre la que se basa.

4. Si el Derecho es el poder por la existencia de ciertos intereses, estos intereses serán esenciales para formular el concepto de Derecho. Consecuentemente, el Derecho es interés jurídicamente protegido.

5. Dado que en una asociación son los miembros de la misma quienes se benefician de los derechos de la persona jurídica, son ellos los que deben ser considerados sujetos de Derecho.

Esta argumentación que, en realidad, no fue pensada para la persona jurídica conduce, sin embargo, a dicha problemática y está muy cerca de aportar la solución correcta, describiendo en el concepto de Derecho dos momentos: el del *disfrute* (Genuß) y el de la *disposición* del mismo. Los verdaderos titulares del derecho, son aquellos a quienes está destinado, los que se benefician con él, es decir, que en relación a la persona jurídica los destinatarios (Destinatäre) son los miembros de la misma y como tales son los sujetos determinados (Bestimmungssubjekte). La persona jurídica como ser ficticio sólo es el portador de los derechos y sus miembros los destinatarios. Sin embargo, JHERING no llega a aportar la solución definitiva, porque no llega a establecer la relación de estos dos momentos con el concepto del sujeto de Derecho¹⁰⁸.

JHERING intenta, pues, solucionar la cuestión de quién es sujeto del Derecho relacionándolo con quién tiene el disfrute del mismo¹⁰⁹. Con esta construcción es posible prescindir de la personalidad ética en relación a las personas

¹⁰⁸ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 27.

¹⁰⁹ JHERING, R., *Das Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, tomo III, Abschnitt 2, pág. 514.

jurídicas. Sin embargo, como sostiene ZITELMANN¹¹⁰, el concepto de disfrute es un concepto relativo y como tal no es adecuado como criterio general, ya que la cuestión de quién tiene el verdadero disfrute es una cuestión fáctica que sólo se podría responder en relación a un caso concreto.

Por lo tanto, queda claro que aunque no acepte ni la teoría de la ficción ni la teoría de los derechos sin sujetos hace un esfuerzo por encontrar una construcción dogmática que le permita encontrar a las personas reales como sujetos de Derecho, ya que su idea fundamental se basa en que sólo éstas pueden ser sujetos de Derecho¹¹¹. Por ello, tampoco es posible avanzar con las premisas de esta teoría hacia una posible solución en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin embargo, la obra de JHERING supone un importante avance en relación con la distinción entre ilícito y culpabilidad. La lesión de un bien jurídico por medio de la voluntad humana constituye un *ilícito objetivo*. Con lo cual, no existe diferencia entre el ilícito penal y el civil. El ilícito es, por lo tanto, objetivo. La diferencia se plasma, por el contrario, en el aspecto subjetivo. En este sentido, sostiene: "el ilícito subjetivo es una lesión del Derecho culpable, el ilícito objetivo no"¹¹². Este desarrollo del ilícito objetivo y de su diferencia con el ilícito subjetivo tuvo gran influencia en el Derecho penal, sentando las bases para la posterior evolución del aspecto subjetivo del delito¹¹³. La discusión en torno al ilícito objetivo no contribuyó a los problemas de la estructura sistemática penal, pero lo hizo en relación con los

¹¹⁰ ZITELMANN, E., *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, (Gekrönte Leipziger Preisschrift), Leipzig, 1873, pág. 50.

¹¹¹ JHERING, R., *Das Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seine Entwicklung*, tomo III, Abschnitt 2, pág. 331.

¹¹² JHERING, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Gießen, 1867, pág. 6: "das subjective Unrecht ist verschuldete, las objective unverschuldete Rechtsverletzung".

¹¹³ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, pág. 25.

fundamentos jurídico-teóricos generales del concepto de ilícito, ya que es JHERING quien aporta el criterio de diferenciación entre ambos ilícitos, el civil y el penal, en el momento de establecer la culpabilidad¹¹⁴.

- c) **La evolución de la teoría de la personalidad jurídica y la discusión sobre el sujeto: La "Teoría de la personalidad real de la asociación" (Theorie der realen Verbandspersönlichkeit) o teoría orgánica de v.Gierke**

La teoría de la personalidad real de la asociación o teoría orgánica, como se la denomina mayoritariamente, surgió como oposición a la teoría de la ficción de SAVIGNY y las demás teorías desarrolladas a partir de aquella. Por lo tanto, esta teoría contradecía fundamentalmente el punto de partida de aquellas que veían el único sujeto de Derecho posible en la persona éticamente responsable. Los primeros que sostuvieron críticas en este sentido fueron BESELER¹¹⁵, BLUNTSCHLI¹¹⁶, BARON¹¹⁷, SALKOWSKI¹¹⁸ y LASSON¹¹⁹, culminando éstas en la teoría en la obra de GIERKE como su máximo exponente. Si bien no cabe duda, la importancia que el estudio de todas estas obras mencionadas tienen en relación a la teoría general sobre la persona jurídica es preciso detenerse especialmente en la obra de GIERKE, dado que es a partir de ella cuando surgen las nuevas concepciones en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹¹⁴ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, pág. 26.

¹¹⁵ BESELER, G., *Die Lehre der Erbverträgen*, tomo I, Göttingen, 1835; del mismo, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Berlin, 1866.

¹¹⁶ BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, tomo I, München, 1853.

¹¹⁷ BARON, *Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht*, Marburg y Leipzig, 1864.

¹¹⁸ SALKOWSKI, *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig, 1863.

¹¹⁹ LASSON, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, 1871.

En su Discurso de investidura como Rector de la Universidad de Berlín en 1902¹²⁰ GIERKE presentó nuevas reflexiones sobre la teoría de la ficción y expuso su propia teoría sobre el tema¹²¹. La "*Teoría de la personalidad real de la asociación*" ("*reale Verbandspersönlichkeit*") constituye una nueva fundamentación dogmática que permitiría afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica, en contra de la doctrina dominante¹²². Su punto de partida sobre la personalidad del ser humano no difiere prácticamente de la concepción sostenida por los romanistas, pero toma en consideración también la realidad de la vida social. En la realidad social se encuentran expresiones vitales pertenecientes tanto a los individuos como a las personas jurídicas que tienen idéntico significado social. La misma finalidad -señala GIERKE- puede tener en la vida social los mismos efectos, útiles o lesivos. Sobre la base de esa igualdad de las finalidades y de los efectos de las mismas, -sea que pertenezcan al individuo o a una persona jurídica como fenómenos de la vida social-, parece posible justificar que las personas jurídicas también son personas *sociales* con la misma capacidad jurídica que los individuos¹²³. De esta manera la "*teoría de la personalidad jurídica real de la asociación*" ("*reale Verbandspersönlichkeit*") niega el presupuesto conceptual sobre el que se elabora la *Teoría de la ficción* trasladando la significación de la cuestión al ámbito social en lugar de la ética. No sólo el ser humano puede ser considerado como persona y como sujeto de derechos. Con ello, GIERKE pretende evitar la consecuencia lógica de que la persona jurídica no pueda ser una verdadera persona afirmando, "que el Derecho, al considerar a las comunidades organizadas como

¹²⁰ GIERKE, O., "Das Wesen der menschlichen Verbände", Sonderausgabe MCMLIV, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, Reihe "Libelli", Band XVII, 1902.

¹²¹ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III: Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland; el mismo, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*; aquí en el Capítulo IV, Parte V. sobre "Acciones prohibidas de las personas jurídicas" (pág. 743-804), GIERKE analiza especialmente la capacidad delictiva tanto para el Derecho civil como para el Derecho penal (pág. 771-784); el mismo, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895.

¹²² BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 54.

¹²³ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 54.

personas, no contradice la realidad, sino que proporciona precisamente una expresión adecuada de la misma"¹²⁴. Para fundamentar esta afirmación GIERKE considera a las asociaciones de personas "igual que al individuo como una unidad vital de cuerpo y alma, que puede transformar en un hecho lo que quiere y lo que ha querido" ¹²⁵.

En este sentido, la diferencia entre la teoría de SAVIGNY y la de GIERKE estribaría en que el primero parte de un concepto *prejurídico* de sujeto, mientras que GIERKE parte de los efectos sociales reconocidos por el Derecho y considera como sujeto aquél al que dichos efectos le son atribuidos. Sin embargo, GIERKE no se aparta, en realidad, de la idea de sujeto de SAVIGNY y por eso pretende demostrar que las personas jurídicas tienen cuerpo y alma, es decir, que también son personas en el sentido de SAVIGNY.

GIERKE intenta clarificar estas ideas recurriendo a la elaboración de un concepto superior, situando así tanto al individuo como a la persona jurídica bajo el concepto superior de *organismo* y le adscribe, procurando aportar una comprobación de la unidad espiritual ontológica de la asociación, una vida de cuerpo y alma que se puede expresar en su voluntad¹²⁶. Como bien reconoce BINDER¹²⁷, mientras que la teoría de la ficción procede meramente desde un punto de vista *denominativo*, limitándose a denominar a la persona jurídica como una ficción, GIERKE pretende establecer una diferencia *descriptiva* personificando la persona jurídica. El Estado y las demás asociaciones de personas son consideradas como organismos sociales, como

¹²⁴ GIERKE, O., "Das Wesen der menschlichen Verbände", pág. 9.: "daß das Recht, indem es der organisierten Gemeinschaften als Person behandelt, durchaus nicht im Widerspruch zur Wirklichkeit tritt, sondern der Wirklichkeit adäquaten Ausdruck verleiht".

¹²⁵ GIERKE, O., "Das Wesen der menschlichen Verbände", pág. 12: "... dem Personenverbände gleich dem Individuum eine leiblich-geistige Lebenseinheit" zuschreibt, "die Willen und das Gewollte in Tat umsetzen kann".

¹²⁶ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 55.

¹²⁷ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 18.

organismos de conjunto (*Gesamtorganismen*), cuyos miembros son seres humanos que se elevan sobre el organismo individual¹²⁸. Con esta fundamentación GIERKE pretende subsumir bajo un mismo concepto general sólo aquellos fenómenos en los que él encuentra características análogas¹²⁹. Estos fenómenos son el ser humano y la asociación de personas que se subsumen bajo el mismo concepto general de *organismo*.

En toda su argumentación GIERKE no rechaza la personalidad ética. Por el contrario: sólo un ente con voluntad puede ser sujeto de Derecho. Por ello, las personas jurídicas sólo podrán ser sujeto de Derecho si tienen capacidad de voluntad. Por lo tanto, continua GIERKE, "el sujeto de derechos y obligaciones, tiene que ser reconocido por el Derecho objetivo como capaz para ello. La capacidad de ser sujeto de Derecho -concluye- significa personalidad jurídica"¹³⁰. GIERKE sostiene que la persona jurídica tiene, al igual que las personas físicas, voluntad y que ésta, también al igual que en la persona física se expresa por medio de sus órganos¹³¹, lo cual, según GIERKE, permite considerarlas como organismos superiores dotados de capacidad de voluntad. Lo que GIERKE no tiene en cuenta es que esta voluntad es muy distinta de la voluntad como fenómeno psicológico, propio de los sujetos individuales. Aunque GIERKE haya partido del ser humano como única substancia capaz de tener voluntad -recayendo en la comparación individuo/persona jurídica-, su teoría permitió reconocer, por primera vez, que la persona jurídica no es algo que existe junto o frente a sus miembros, sino que precisamente existe a través de ellos y que, por lo tanto, no es un ente sin alma ni cuerpo.

¹²⁸ BINDER, J., "Das Problem de juristischen Persönlichkeit", pág. 18.

¹²⁹ GIERKE, O., "Das Wesen der menschlichen Verbände", pág. 12.

¹³⁰ GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, tomo I, pág. 265: "Was Subjekt von Rechten und Pflichten sein soll, muß vom objektiven Recht als hierzu befähigt anerkannt sein. Die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, heißt Persönlichkeit."

¹³¹ GIERKE, O., "Das Wesen der menschlichen Verbände", pág.9.

Según la concepción de la época, idea hasta hoy afianzada, sólo los seres humanos eran adecuados para ser sujeto de Derecho. Por lo tanto, GIERKE sostenía que "las personas podían tener como individuos o como asociación el derecho a la personalidad jurídica (...)"¹³². Pero en ambos casos la personalidad es un concepto jurídico que tiene lugar por medio de una abstracción de la conciencia jurídica basada en la idea de *organismo*.

Dentro de esta corriente crítica a la teoría de la ficción también merece ser resaltada la opinión de ZITELMANN¹³³, para quien resulta tan insostenible la idea de la *persona ficta* (SAVIGNY), como la idea de los derechos sin sujeto (BRINZ), ya que todo derecho tiene un sujeto verdadero. Por lo tanto, ningún ser carente de personalidad puede tener personalidad jurídica sólo por el hecho de que el Derecho le otorgue una personalidad ficta. Ese sujeto no será nunca jurídicamente capaz ni tampoco eficaz¹³⁴.

El presupuesto de la personalidad que genera la capacidad jurídica es para ZITELMANN la *capacidad de voluntad*. En este sentido, siguiendo a GIERKE, afirma: "El cuerpo de las personas es una característica irrelevante para su personalidad: ésta depende de la voluntad eficaz, que aquéllas tienen"¹³⁵. Dado que la personalidad jurídica sólo depende de la voluntad eficaz, ZITELMANN procura encontrarla allí donde se habló de persona ficta o de derechos sin sujeto o de unidades colectivas¹³⁶. Así llega ZITELMANN a postular que la corporación tiene una *voluntad unitaria*

¹³² GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, págs. 267, 268: "Die Menschen können entweder als Einzelne oder als Verbände das Recht auf der Persönlichkeit haben (...)"

¹³³ ZITELMANN, E., *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873.

¹³⁴ ZITELMANN, E., *Begriff und Wesen der sog. juristischen Person*, pág. 66.

¹³⁵ ZITELMANN, E., *Begriff und Wesen der sog. juristischen Person*, pág. 68: "Die Leiblichkeit des Menschen ist für seine Persönlichkeit eine ganz irrelevante Eigenschaft: es kommt auf den wirkenden Willen an, den er hat".

¹³⁶ ZITELMANN, E., *Begriff und Wesen der sog. juristischen Person*, pág. 69.

("einheitlicher Wille"), consistente en la voluntad individual de cada uno de sus miembros¹³⁷. Para él resulta suficiente poder afirmar la voluntad real de la asociación como titular de esa personalidad.

La teoría de GIERKE tuvo gran influencia sobre la discusión jurídico penal en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha teoría fue desarrollada en el marco del Derecho penal por HAFTER, con ciertas modificaciones, que vamos a tratar más adelante.

d) La influencia de la teoría de v. Gierke en la discusión jurídico-penal

En el ámbito del Derecho penal la *Teoría de la personalidad real de la asociación* (teoría orgánica) desarrollada por GIERKE tuvo gran influencia fundamentalmente sobre aquellos autores que pretendieron a finales del siglo XIX y principios del XX, en contra de la doctrina dominante de aquella época, afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La *teoría de la personalidad real de la asociación* considera a las personas jurídicas tanto capaces de acción como de culpabilidad; éstas actúan y delinquen a través de sus órganos, en la medida en que los órganos actúen dentro del ámbito de sus competencias delimitadas estatutariamente¹³⁸. GIERKE sostiene esta idea tanto respecto de los delitos de Derecho privado como de los delitos penales¹³⁹.

¹³⁷ ZITELMANN, E., *Begriff und Wesen der sog. juristischen Person*, pág. 93.

¹³⁸ GIERKE, O., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, págs. 758, 763, 764, 768.

¹³⁹ GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, págs. 771-775.

A continuación se realizará una exposición de los argumentos de aquellos autores que principalmente sostuvieron la responsabilidad penal de la persona jurídica a partir de la teoría de GIERKE: v. LISZT, HAFTER, BUSCH y SALDAÑA.

d1) v. Liszt

Franz v. LISZT se pronunció ya desde la primera edición de su manual¹⁴⁰ a favor de la conveniencia de sostener la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si bien reconoce que en virtud del Derecho penal vigente sólo el individuo era considerado capaz de delinquir, considera aconsejable y jurídicamente posible el reconocimiento de la responsabilidad penal también de la persona jurídica¹⁴¹. La responsabilidad penal de la persona jurídica es "jurídicamente" posible, ya que los presupuestos de la capacidad de acción de una persona jurídica en el ámbito del Derecho penal no son fundamentalmente diferentes de los del Derecho civil o de los del Derecho público. Esta afirmación la fundamenta v. LISZT sosteniendo que "quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios o incumplir los contratos de abastecimiento -StGB § 329!- concluidos"¹⁴². Por otro lado, la asociación también es titular de bienes jurídicos (derechos patrimoniales, p. ej.), que se pueden ver disminuidos o eliminados por medio de la imposición de una pena.

En las siguientes ediciones de su manual continúa sosteniendo fundamentalmente la misma idea, aunque matizando que la capacidad de acción del Derecho civil de una persona jurídica no es trasladable con las mismas características

¹⁴⁰ v. LISZT, F., *Lehrbücher des deutschen Reichsrechtes, Das deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin und Leipzig, 1881, págs. 100, 101; el mismo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23. ed., Berlin und Leipzig, 1921, § 28, pág. 124; v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26 ed., (völlig neubearbeitete Auflage von Eberhard Schmidt), Berlin und Leipzig, 1932, § 28, págs. 155, 156.

¹⁴¹ v. LISZT, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1. ed., pág. 100; el mismo, 23 ed., pág. 124; v. LISZT-SCHMIDT, 26 ed., pág. 155.

¹⁴² v. LISZT, F., *Das deutsche Reichsstrafrecht*, pág. 101: "...wer Verträge schließen kann, der kann auch betrügerische oder wucherische Verträge schließen, oder die geschlossenen Lieferungsverträge -StGB § 329!- nicht halten".

al Derecho penal. En cualquier caso, afirma que la concepción acertada es la sostenida por BARTOLUS y recuperada gracias a la obra de GIERKE¹⁴³.

Sin embargo, a pesar de estas afirmaciones, la sistemática de la teoría del delito de v. LISZT tampoco hubiese podido admitir la capacidad de acción directa ni la culpabilidad de las personas jurídicas. v. LISZT entendía por *acción* "cualquier movimiento corporal, (...), es decir, el movimiento muscular puesto en marcha por un acto psíquico activado por la representación de su contenido"¹⁴⁴. La representación del contenido de la acción expresa así la idea de *consciencia*¹⁴⁵. No se comprende, por lo tanto, de qué manera v. LISZT hubiese podido compatibilizar esta idea de acción con la acción de la persona jurídica.

Por otro lado, tampoco parece compatible con la idea de persona jurídica el desarrollo de la culpabilidad que presenta v. LISZT en su "teoría de la culpabilidad psicológica", ya que si bien reduce la concepción de la culpabilidad a elementos psicológicos evitables, es decir, a elementos descriptivos que permiten un juicio de valores general-objetivos e independientes de una valoración subjetiva del juez, se concibe la culpabilidad como una expresión del dolo y la culpa como formas de la culpabilidad¹⁴⁶. Sin embargo, lo importante de la concepción de la culpabilidad de este autor reside en poner de manifiesto que la culpabilidad jurídica nada tiene en común

¹⁴³ v. LISTZ, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23. ed., pág. 124, nota 3: "...Doch findet seit Gierkes Genossenschaftsrecht die Auffassung wieder wachsenden Anklang.". Igual en v. LISTZ-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, pág. 156, nota 4.

¹⁴⁴ v. LISZT, F., *Lehrbücher des deutschen Reichsrechtes*, tomo VII, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, pág. 70: "willkürliche körperliche Bewegung, (...), die durch einen psychischen Akt hervorgerufene, von der Vorstellung ihres Inhaltes begleitete Muskeleerregung".

¹⁴⁵ v. LISZT, F., *Lehrbücher des deutschen Reichsrechtes*, tomo VII, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, pág. 71.

¹⁴⁶ v. LISZT, F., *Lehrbücher des deutschen Reichsrechtes*, tomo VII, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, págs. 105 ss.

con la culpabilidad ética ni, mucho menos, con la religiosa¹⁴⁷. El concepto de culpabilidad como presupuesto de punibilidad se constituye de forma autónoma, lo que comienza a mostrar un cierto cambio en la concepción del sujeto, al que se le reconocen ahora mayores capacidades que anteriormente.

Por lo tanto, si bien v. LISZT admite expresamente la posibilidad de delinquir de una persona jurídica, ello no supone la aplicación de una pena. La idea fundamental sobre la que v. LISZT basa la aplicabilidad de una sanción a las personas jurídicas son las razones de utilidad y de seguridad. En este sentido, promueve la instauración del un *sistema de doble vía* introduciendo las medidas de seguridad, permitiendo de esta forma la aplicación de dichas medidas a sujetos no capaces de culpabilidad. En este sentido, su afirmación respecto de la aplicabilidad de sanciones a las personas jurídicas puede ser compatible con los conceptos más o menos clásicos de acción y de culpabilidad elaborados con miras al sujeto individual¹⁴⁸. Por lo tanto, v. LISZT entiende que a la persona jurídica se le puede reconocer capacidad de acción y, en consecuencia, la capacidad de cometer un delito, pero al no poder afirmarse su capacidad de culpabilidad (en el sentido psicológico, desarrollado por v. LISZT), sólo se le pueden aplicar medidas de seguridad.

d2) Hafter

a) Estado de la cuestión

Si bien con anterioridad a HAFTER, v. LISZT ya se había inclinado por

¹⁴⁷ v. LISZT, F., *Lehrbücher des deutschen Reichsrechtes*, tomo VII, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, pág. 105: "Die rechtliche Schuld hat ... mit der ethischen oder mit der religiösen nichts als -leider!- den Namen gemeinsam".

¹⁴⁸ En este sentido, también v. BAR, L., *Gesetz und Schuld im Strafrecht - Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, tomo II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, pág. 150. ZÜRCHER, "Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände", *SchZStr* 16 Jahrg., pág. 321.

la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁴⁹, fue el primero¹⁵⁰ que intentó desarrollar (por lo demás, brillantemente¹⁵¹) las ideas de GIERKE trasladándolas al Derecho penal. En su monografía, después de una primera parte histórica, donde estudia el problema en el Derecho romano, en el Derecho de la Edad Media y el Derecho que precisamente destruyó esta última, HAFTER establece una novedosa impostación del problema en el momento en que realiza su investigación.

Cuando HAFTER se enfrenta al estudio de este tema se encuentra con dos posibilidades para abordar la responsabilidad penal de la persona jurídica: o bien adoptar las ideas del Derecho romano, o bien apoyarse en el dogma germánico de la Edad Media, o mejor dicho, intentar desarrollar a partir de éste último una teoría moderna. Ambas posibilidades ya habían sido defendidas, en mayor o menor medida, por la doctrina. Así se encontró HAFTER ante tres distintas direcciones:

1) Aquellas opiniones, que según HAFTER, no son más que variantes de la teoría de la ficción de SAVIGNY y que también se basan fundamentalmente en las concepciones del Derecho romano, como: la teoría de los derechos sin sujetos (Theorie der subjektlosen Rechte) de WINDSCHEID, la teoría del patrimonio con finalidad (Theorie des Zwecksvermögens) de BRINZ, la teoría de los destinatarios particulares (Theorie der einzelnen Destinatären) de JHERING o las ideas de ZITELMANN, que según HAFTER, son las que merecen ser resaltadas por haber hecho un intento mayor en superar los problemas de la teoría de la ficción¹⁵².

¹⁴⁹ v. LISZT, F., *Das deutsche Reichstrafrecht*, pág. 100. El mismo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1884, pág. 103. FEUERBACH, P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Rechts*, 1801, 1 ed., § 28, en otro sentido: 12 ed. 1836, pág. 36.

¹⁵⁰ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, J. Springer Verlag, Berlin, 1903. (Este trabajo es su *Habilitationsschrift*; distinto en *Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 2 ed., Berlin, 1926, pág. 72.).

¹⁵¹ Como ya lo afirmó SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas jurídicas (Doctrina y legislación)*, Reus, Madrid, 1927, pág. 26.

¹⁵² HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 30.

Para ZITELMANN la persona jurídica es una "voluntad incorporeal" ("unkörperliche Willen") y sostiene que "la corporación carece de voluntad en relación a todo aquello que no sirve para alcanzar sus finalidades"; por ello, los delitos no se encuentran dentro del ámbito de sus finalidades. De ahí que "surja el dogma que las corporaciones no pueden delinquir"¹⁵³.

Estas opiniones representaban en aquél momento a la doctrina dominante. Todas ellas, si bien se presentaban como teorías diferentes a la teoría de la ficción, compartían, en verdad, con ésta última la idea de que la persona jurídica era una ficción, ya que partían de la comparación persona física/persona jurídica¹⁵⁴, con lo cual nada se avanzaba en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2) Otros autores sostenían precisamente todo lo contrario: la persona jurídica era capaz de voluntad, de acción, de delinquir y de sufrir penas. Esta postura doctrinal se fundamenta, especialmente, en la Escuela germánica, cuyo máximo exponente era GIERKE.

Los germanistas son quienes contraponen a la ficción del Derecho romano, la esencia real de la corporación germánica (reale Wesen der germanischen Körperschaft) que no sólo tiene capacidad de acción y de culpabilidad, sino que también es capaz de delinquir y de sufrir sanciones.

Si bien los fundamentos que se mantenían ya no eran sostenibles, aquellos conceptos podían -según HAFTER- ser modernizados y adaptados a las nuevas exigencias del Derecho. Entre quienes sostienen estos nuevos puntos de vista es

¹⁵³ ZITELMANN, E., *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, pág. 62 'ss. y, especialmente, pág. 94.

¹⁵⁴ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 32.

HAFTER precisamente quien, además de v. LISZT y KIRCHENHEIM¹⁵⁵, se ocupa de comentar la posición de SILVELA y especialmente de su Proyecto de Código Penal de 1885¹⁵⁶. HAFTER intentará desarrollar sus ideas en la misma dirección.

3) Naturalmente también había entre estas dos opiniones opuestas una postura intermedia sostenida, por ejemplo, por BERNATZIK, KLINGMÜLLER, STOBBE, ROCHOLL, BARON y, entre otros, CROME¹⁵⁷. Si bien, esta corriente llega a la misma conclusión de la teoría de la ficción negando rotundamente la capacidad delictiva de la persona jurídica, no excluye totalmente los resultados de la teoría de la corporación germanista.

Según esta concepción intermedia la asociación de personas no constituye una mera ficción, sino que tiene capacidad, tiene personalidad y puede ser un sujeto de Derecho. Sin embargo, este fenómeno no tiene ni capacidad de acción ni capacidad de voluntad; al igual que el individuo sin dichas capacidades necesita un representante. Por lo tanto, es claro que con esta construcción de la representación debe desaparecer la capacidad de delinquir y de sufrir sanciones por parte de la persona jurídica¹⁵⁸.

b) La analogía con el carácter científico natural de los organismos o con el carácter científico espiritual de la organización como punto de partida de la teoría de Hafter: organismo y organización

Una vez llevada a cabo la constatación del estado de la cuestión, HAFTER establece los fundamentos en los que se basará su teoría.

¹⁵⁵ v. LISZT, *Reichstrafrecht*, 1881, pág. 100. El mismo, *Lehrbuch*, 1884, § 27, pág. 103. KIRCHENHEIM, "Deliktsfähigkeit von Verbandspersonen", GS (1881), XXXVII, pág. 421.

¹⁵⁶ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 35. Nos referiremos al Proyecto de Código Penal de 1884 presentado por el Ministro SILVELA; ver *infra*.

¹⁵⁷ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 38, nota 18.

¹⁵⁸ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 37.

HAFTER expone las dos condiciones que puede tener el individuo: por un lado, el individuo se presenta como tal, apareciendo en el mundo como un ser independiente, capaz de voluntad y de acción y como centro de la esfera individual. Por otro lado, también se presenta como un miembro de una asociación de personas. Si se extiende al máximo el concepto de asociación de personas, entonces se entiende por tal toda unión de dos o más personas, independientemente de la finalidad que se proponga¹⁵⁹. Por lo tanto, HAFTER considera necesario hallar, en primer lugar, la esencia natural de las asociaciones antes de estudiar las respuestas que el Derecho da a las mismas.

Para HAFTER la persona jurídica es una "configuración natural" que responde al instinto de asociación del individuo y como tal es un ser viviente que tiene una *voluntad especial (Sonderwillen)* constituida por todas las voluntades individuales de los sujetos que la integran. La existencia de esta *voluntad especial (Sonderwillen)* es, según HAFTER, "la mejor prueba de que este ser realmente existe y que es algo más que una suma de individuos"¹⁶⁰. Sin embargo, HAFTER no lleva a cabo una investigación sobre las diferencias que existen entre la voluntad del hombre y la voluntad de la persona jurídica; lo importante, en su opinión, es destacar que esa voluntad se puede sentir y que hay que contar con ella¹⁶¹. Hasta aquí es comprensible el intento de comparar constantemente la asociación de personas con la esencia real de un individuo. Pero también es posible, prosigue HAFTER, llegar a una solución satisfactoria sin necesidad de recurrir a conclusiones analógicas inconsecuentes: está claro que la asociación de personas no es un ser de carne y hueso, pero de todos modos constituye una unidad cerrada y real, dado que un número de personas expresan una parte de su voluntad individual y unitariamente actúan en un ámbito que queda fuera de su esfera de actuación puramente individual. La base necesaria de esta unión la

¹⁵⁹ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 43.

¹⁶⁰ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 45.

¹⁶¹ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 45.

forman los individuos en particular, pero el producto que de allí surge es de naturaleza especial constituido por partes de voluntad de los individuos en particular. Este fenómeno es, a pesar de su diferencia con el individuo, igualmente una unidad vital natural y real¹⁶². Dicho en palabras de GIERKE: "A través del espíritu individual, de la voluntad individual y de la conciencia individual, se pone de manifiesto en infinidad de situaciones la existencia real del espíritu común, de la voluntad común y de la conciencia común"¹⁶³.

Por otro lado, según HAFTER, no es relevante la finalidad para la cual ese grupo de personas se haya reunido para actuar. Simplemente se constata que es más fácil, para determinadas finalidades, actuar conjuntamente que de forma individual. Esa es la causa fundamental de la unión en una asociación de individuos. En este sentido, la finalidad de la asociación es algo que no afecta en absoluto al concepto general de asociación¹⁶⁴.

Cuando tiene lugar tal asociación de personas, nace inmediatamente la *organización* de la asociación. La *organización* es la única forma de articular el funcionamiento de la asociación y de que ésta se mantenga en el tiempo. Precisamente, este *concepto de organización* es para HAFTER el punto central para la determinación tanto de la esencia como para la determinación de la voluntad y la acción de la asociación. El concepto de *organización*, por otro lado, no es ningún concepto jurídico; los procesos de organización tal cual se han expuestos son, en realidad, cuestiones

¹⁶² HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 47.

¹⁶³ GIERKE, O., "Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neusten Staatsrechtstheorien", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, tomo XXX, 1874, pág. 301: "Über dem Einzelgeist, dem Einzelwillen, dem Einzelbewußtsein erkennen wir in tausendfältigen Lebensäußerungen die reale Existenz von Gemeingeist, Gemeinwillen und Gemeinbewußtsein". El mismo, *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*; pág. 707.

¹⁶⁴ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 48.

previas al Derecho, ya que responden al instinto natural de asociación del hombre¹⁶⁵.

Para HAFTER es importante diferenciar correctamente entre "*órgano*" y "*organismo*", por un lado, y "*organización*", por otro. Los primeros conceptos proceden de las ciencias naturales y determinan fenómenos corporales, mientras que la "*organización*" procede de las ciencias sociales y se refiere a la creación de cuerpos similares a los órganos. Esta diferenciación es importante y hay que tenerla presente en el momento en que se intentan poner de manifiesto las diferencias entre el individuo y la asociación.

Organización significa, por lo tanto, la configuración similar a la de un órgano de un ser inmaterial y no necesariamente real. Dado que lo esencial en la unión de personas, en una asociación, es la expresión de la voluntad individual que configura una *voluntad especial*, también habrá que hablar aquí de una *organización de la voluntad (Willensorganisation)*¹⁶⁶.

El desarrollo llevado a cabo le permite a HAFTER afirmar que en toda comparación sobre la *formación de la voluntad* de un individuo y de una asociación, habrá que diferenciar precisamente estos conceptos: mientras que los órganos de un individuo actúan sin voluntad propia -como dice HAFTER son "*willenslose Werkzeuge*" ("herramientas sin voluntad")¹⁶⁷-, está claro que los órganos de actuación de una asociación expresan la voluntad de los individuos que lo componen. Es decir, que toda acción realizada por un individuo en su calidad de miembro de un órgano de una asociación, también estará compuesta de la voluntad individual del mismo. En la llamada acción de la asociación hay algo más que la mera voluntad individual; el órgano

¹⁶⁵ HAFTER, E., *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 49.

¹⁶⁶ HAFTER, E., *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 50.

¹⁶⁷ HAFTER, E., *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 50.

se considera parte de un todo, quiere más que sólo actuar para otro, es decir, más que ser sólo un representante. La voluntad que expresan los órganos es, así, una unidad compuesta de varias voluntades; en otras palabras, se trata de la presentación de un todo por una parte. Si finalmente se pudieran asentar estas diferencias existentes entre el concepto de "órgano" y el del "representante" -que como afirma HAFTER se debe sólo a las elaboraciones de GIERKE- entonces se podría desterrar de una vez por todas, al menos, la objeción que se hace a la posibilidad de la comisión de un delito por la asociación, basada en que la punibilidad de la asociación sólo es una punibilidad del representante¹⁶⁸. Para HAFTER cualquier persona con capacidad de voluntad y, por lo tanto, con capacidad de acción es básicamente capaz de delinquir y reconoce que tal capacidad la tiene, junto al hombre, también cualquier persona jurídica capaz de intervenir en la vida social expresando su voluntad por medio de esa *voluntad especial (Sonderwille)* que tiene lugar por medio de la organización de la voluntad de sus miembros¹⁶⁹.

Una vez delimitado el concepto de *órgano*, HAFTER puede sostener la tesis de que la asociación tiene capacidad de voluntad y de actuar por medio de sus órganos; por lo tanto, sería presumible que si se puede aceptar esta capacidad de voluntad y de acción, también habría que poder aceptar la capacidad delictiva de las mismas. Sin embargo, antes de entrar a considerar esta última cuestión, él considera importante delimitar el problema de si es necesario para ello que la asociación sea sujeto de Derecho.

El Derecho se encuentra con individuos y con asociaciones como "fenómenos naturales" que son capaces de voluntad y de acción. Por lo tanto, el Derecho debe tener en cuenta estos fenómenos. Esta claro que el individuo es un sujeto de Derecho debido a que es "una exigencia social reconocida como producto de un

¹⁶⁸ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 53.

¹⁶⁹ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 65.

desarrollo milenario" ("eine als Produkt jahrtausenderlanger Entwicklung erkannte sittliche Forderung") y que se ha constituido en un inquebrantable principio para el legislador¹⁷⁰. Sin embargo, se cuestiona que este mismo principio deba regir respecto de las asociaciones de personas.

El concepto de sujeto de Derecho se corresponde con el concepto de capacidad jurídica: por lo tanto, persona en el sentido del Derecho es todo fenómeno al que el Derecho le otorga la capacidad para participar en la vida jurídica como sujeto, es decir, tanto el individuo como la persona jurídica. En aquél momento, parecía existir consenso respecto de la superación de la idea de SAVIGNY, según la cual la capacidad jurídica de la persona jurídica se agotaba en su capacidad patrimonial (Vermögensfähigkeit)¹⁷¹.

HAFTER sólo pretende que el análisis que lleva a cabo sobre el sujeto del Derecho le sirva como base para determinar si es necesaria la capacidad jurídica de una asociación como presupuesto inexcusable de la capacidad de delinquir y de sufrir una pena. Respecto del Derecho penal él llega a la conclusión que eso no es necesario. Si bien HAFTER sigue los fundamentos de la *teoría de la personalidad real de la asociación* de GIERKE, difiere de ésta al considerar que la capacidad de voluntad y de acción no sólo la tienen las asociaciones con personalidad jurídica, sino toda asociación que por medio de su organización sea capaz de formar y expresar una *voluntad especial* independiente de la voluntad de sus miembros, sin importar que dicha capacidad se encuentra expresamente reconocida de forma jurídica¹⁷². Según su tesis, el Derecho penal tiene en este tema una posición especial respecto de las otras ramas del Derecho. El carácter del Derecho penal como sistema de protección de bienes jurídicos, le

¹⁷⁰ GIERKE, O., *Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung*, pág. 23.

¹⁷¹ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 57. GIERKE, O., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, pág. 15.

¹⁷² HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, págs. 75-87.

impone a éste combatir el delito allí donde lo encuentre. Desde este punto de vista el sujeto que delinque es más bien un *objeto* del Derecho, es decir, que no necesita ser un sujeto de Derecho en sentido técnico. Por lo tanto, no es necesario para poder sostener la responsabilidad penal de la persona jurídica, que ésta tenga capacidad jurídica como sujeto de Derecho: el sujeto del delito no tiene necesariamente que ser un sujeto de Derecho¹⁷³.

Según HAFTER, esta cuestión es la que precisamente tanto GIERKE como MESTRE¹⁷⁴ desconocieron al entender que la capacidad delictiva iba unida al reconocimiento como sujeto de Derecho, es decir, partían de una asociación con capacidad jurídica. Lo mismo ocurre con el Proyecto de Código penal de Silvela de 1885, cuando habla de entidad jurídica, sociedad o corporación¹⁷⁵.

c) La voluntad y la acción de las asociaciones

Una vez afirmada la existencia de una *voluntad especial (Sonderwille)* en la persona jurídica, diferente de aquella voluntad particular de cada individuo, HAFTER considera importante analizar cómo se forma esa *voluntad especial (Sonderwille)* de la asociación. Para HAFTER es fundamental tener presente que esa voluntad especial no es la mera suma de las voluntades individuales, pues la voluntad individual de cada miembro puede no coincidir con los intereses personales de aquél, pero coincidir con los intereses de la asociación. La expresión de voluntad que hace el individuo está en concordancia con las necesidades de la asociación.

En la *formación de la voluntad especial* se vuelve a poner de manifiesto la profunda significación del concepto de *organización* para HAFTER. La asociación

¹⁷³ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 63; 65.

¹⁷⁴ MESTRE, A., *Las personas morales y su responsabilidad penal*, Nueva Biblioteca Universal, 1930, Traducción de Q. Saldaña.

¹⁷⁵ Proyecto de Código penal de 1884, Exposición de motivos, pág. 44, arts. 25, 40, 67-69, 296, 297.

determina sus órganos y les impone un determinado ámbito de actuación. Ello se encuentra regulado por las leyes y los estatutos de la misma. Por la tanto, las leyes y los estatutos establecen para cada asociación en particular su propia voluntad. Lo que a partir de ahí hacen los órganos de la asociación es representar en cada caso particular la *voluntad propia de la asociación*¹⁷⁶.

No cabe duda que la participación en una asociación supone, en un determinado ámbito de actuación, para cada miembro una cierta renuncia a su voluntad particular. Esta resignación se pone de manifiesto en la subordinación de la voluntad individual a lo establecido en los estatutos de la asociación y en las leyes.

Por lo tanto, HAFTER llega a la conclusión que con su interpretación resulta posible poder prescindir de la toda ficción para dar paso a la *voluntad especial* de la asociación¹⁷⁷. Posiblemente, esta interpretación de cómo se produce la voluntad de la asociación dentro del órgano sea lo novedoso de la elaboración de HAFTER, pues, por el contrario, hasta el momento sólo se habían puesto de manifiesto los requisitos que debe reunir la toma de decisión del órgano.

La manifestación de la voluntad de la asociación tiene lugar por medio de una resolución de un órgano o de varios de sus miembros. Los requisitos para que dicha resolución pueda ser legítima ya los enumeró GIERKE:

- la actuación de un órgano de la asociación constituido según sus estatutos;
- éste debe actuar dentro de los límites establecidos en el poder de actuación,

¹⁷⁶ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 80.

¹⁷⁷ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 80.

- y su actuación debe ser conforme a lo establecido en los estatutos¹⁷⁸.

HAFTER coincide con GIERKE en la aceptación de estos tres requisitos para la formación de la voluntad. Sin embargo, según su opinión, no es posible coincidir con GIERKE en que estos son también los mismos requisitos para la existencia de una acción de la asociación. Para hablar de la *acción de la asociación* (Verbandshandlung) HAFTER parte de la base que la voluntad de la asociación ya se ha formado¹⁷⁹. Según GIERKE existe una acción de la asociación si ha actuado un órgano constituido según su estatuto. Sin embargo, esta afirmación sería incorrecta, según HAFTER. Una vez que se ha formado la voluntad de la asociación, ésta puede ser puesta de manifiesto por cualquier persona o por un órgano. No es necesario la actuación del órgano para que la voluntad de la misma sea legítima.

La *voluntad de la asociación* se forma por la decisión común de varios miembros o por la decisión del órgano, pero ésta se *ejecuta* bien por una acción común o por la acción de un sólo individuo, que no necesariamente tiene que ser un órgano¹⁸⁰.

d) **Ámbito de actuación de las asociaciones**

Para HAFTER el único criterio que sirve para delimitar el ámbito de la capacidad de voluntad y de actuación de la asociación es su constitución natural. A partir de ahí todo lo que esté fuera de ese marco legal será una actuación delictiva. La capacidad de actuación natural no se corresponde con lo que legalmente está permitido. Lo fundamental es tener en cuenta que la capacidad de delinquir no se ve afectada por

¹⁷⁸ GIERKE, O., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, pág. 174 y ss., pág. 673 y ss.

¹⁷⁹ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 85.

¹⁸⁰ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 87.

la finalidad legal para la que la asociación fue constituida¹⁸¹.

La *voluntad especial (Sonderwille)* surge por la decisión conjunta de los miembros o por la toma de decisión del órgano competente que actúa con las limitaciones y dentro del marco de lo establecido en los estatutos de la persona jurídica¹⁸².

e) La voluntad y la acción culpables

El resultado al que HAFTER llega hasta lo aquí relatado es que: las asociaciones de personas son seres reales con capacidad de voluntad y de acción, que en este sentido son semejantes al individuo, y, por lo tanto, su capacidad para delinquir se presume. Esta presunción sólo se puede destruir, en su opinión, si se comprueba que esa voluntad y esa acción no reúne los requisitos que para los mismos exige el Derecho penal.

La acción culpable supone la existencia de una voluntad cualificada que se puede presumir en un individuo adulto normal. El Derecho penal diferencia, por lo tanto, también aquellas acciones que son realizadas por individuos que no poseen dicha salud mental tratándolas de forma diversa.

Por lo tanto, ¿se puede hablar en una persona jurídica de la existencia de esa voluntad penalmente relevante y de una libre determinación de la voluntad? Según HAFTER, la respuesta no ofrece dificultades: la persona jurídica o la asociación en general *quiere* por medio de la resolución común de sus miembros o por la decisión de un órgano, que *actúa* dentro de su ámbito limitado de competencia y en forma prevista por los estatutos. Se ha demostrado, por otra parte, que esta voluntad es diferente a la voluntad individual de cada miembro. Y ello no le impide afirmar que la

¹⁸¹ HAFTER, E., *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 91.

¹⁸² HAFTER, E., *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, págs. 94, 95.

persona jurídica puede tener tanto voluntad como voluntad culpable. Al reunir estos dos requisitos esenciales es también capaz de delinquir. Tampoco le plantean problemas a HAFTER la cuestión de la pena, pues sostiene que no existe dificultad alguna en adaptar los tipos de penas a la persona jurídica; con lo cual también sostiene la punibilidad de la misma. La prueba de todo ello es, según HAFTER, la existencia de la "voluntad" de la persona jurídica: "de las voluntades individuales de cada uno de los miembros de la persona jurídica se forma la "voluntad especial" (*Sonderwille*) (...) que lleva a la decisión del órgano y que supone una *inteligencia especial (Sonderintelligenz)*, una *energía especial (Sonderenergie)* y una *conciencia especial (Sonderbewußtsein)*"¹⁸³. Es decir, que así como antes se hablaba de la *voluntad de organización (Willensorganisation)* se puede hablar en este contexto de *organización de la conciencia (Bewußtseinsorganisation)*¹⁸⁴.

Estas elaboraciones de HAFTER en relación al Derecho penal ya se encontraban -como el mismo afirma- en la obra de GIERKE:

"Sobre el conocimiento o desconocimiento de la corporación decide el contenido de la conciencia conjunta que se forma en la conciencia de los órganos competentes"¹⁸⁵.

Al igual que GIERKE, HAFTER no sólo exige la punibilidad de la persona jurídica, sino también la del individuo que llevó a cabo la acción, dado que la voluntad del órgano no sólo es una voluntad conjunta, sino en parte también la voluntad

¹⁸³ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 95: "Ist nun der Nachweis geleistet -und ich glaube, wir sind soweit-, daß der durch Gesamtbeschluß oder Organentschließung gebildete Wille verschieden ist von den Individuallwille der einzelnen Verbandsglieder, so kann man gleicherweise sagen, daß mit dem Gesamtbeschluß oder der Organentschließung auch eine Sinderintelligenz, eine Sonderenergie, ein Sonderbewußtsein des verbandes entsteht."

¹⁸⁴ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 95.

¹⁸⁵ GIERKE, O., *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, págs. 627-629, págs. 698 y ss: "Über das Wissen oder Nichtwissen der Körperschaft entscheidet der Inhalt des Gemeinbewußtseins, der in den hierzu berufenen Bewußtseinsorganen zu stande kommt."

del individuo. Por lo tanto, existe en este contexto una doble culpabilidad. Sin embargo, apunta que la pena la debe sufrir la persona jurídica y no cada uno de sus miembros¹⁸⁶. Según su opinión esta condición se da si se limita la pena a una disminución de los bienes jurídicos de la persona jurídica. Por el contrario, los miembros no culpables deberían recibir una indemnización del Estado debido a las consecuencias que esa pena a la persona jurídica pudiera suponerles¹⁸⁷.

Sin embargo, BUSCH critica esta idea de la indemnización de los miembros no culpables porque desconoce que la punibilidad de la persona jurídica en realidad sólo tiene sentido, en su opinión, si supone la afirmación de una responsabilidad colectiva de todos los miembros. De lo contrario nos encontraremos nuevamente ante una responsabilidad individual¹⁸⁸. Sin embargo, como bien apuntó BUSCH, lo que no surge con claridad de la exposición de HAFTER es la cuestión de si en el problema de la imputación a la persona jurídica la totalidad de los miembros que se encuentran detrás de esta figura, en su fenómeno social como persona jurídica, pueden y deben responder con los bienes de la corporación¹⁸⁹.

HAFTER intentó compaginar la capacidad delictiva de la persona jurídica con el dogma de la responsabilidad por culpabilidad del Derecho penal individual reconociendo la realidad física de la persona jurídica por medio de una ficción. Según BUSCH esta premisa sociológica era correcta, pero para su solución dogmática no logró dar una respuesta satisfactoria al tema de la responsabilidad de la persona jurídica¹⁹⁰.

¹⁸⁶ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 131.

¹⁸⁷ HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 137.

¹⁸⁸ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 78, pág. 60.

¹⁸⁹ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 58.

¹⁹⁰ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 60.

d3) Busch

BUSCH da un giro importante a la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues abandona el punto de partida del sujeto de Derecho determinado por una concepción prejurídica del sujeto, que desde SAVIGNY dominó el tratamiento dogmático de la cuestión. Sus reflexiones, por el contrario, se apoyan en el concepto de pena legitimado por la función preventiva. En este sentido, afirma: "fin de la pena es, de acuerdo con lo dicho, la prevención de la comisión de delitos mediante su influencia en el alma humana como fuente de la acción delictiva"¹⁹¹ y, consecuentemente, su necesaria adaptación a un sujeto colectivo¹⁹².

BUSCH comienza en su monografía por analizar en primer lugar el sujeto y el objeto de la responsabilidad penal de las asociaciones (Verband). En este contexto el primer punto de análisis que aborda se refiere a la *personalidad social* de la asociación. Afirma que la satisfacción de las necesidades e intereses humanos puede tener lugar de dos formas: bien de forma individual, o bien por medio de una unión social¹⁹³. Toda actuación en grupo presupone un cierto orden para la formación y la ejecución de la voluntad de los integrantes del grupo. Para tal finalidad los grupos suelen constituir "órganos". Una vez que ello ha tenido lugar, se puede decir que esa pluralidad de personas se ha "organizado"¹⁹⁴. La actividad de los órganos debe estar aceptada de forma general como una actividad conjunta de los individuos de forma general en la vida social y se debe referir a los fines sociales: es decir, que los actos se deben imputar al conjunto. Ello significa que constituyen una *unidad vital social* ("*soziale Lebenseinheit*"). Esta unidad vital que es la unidad de individuos es lo que se

¹⁹¹ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 90: "Zweck der Strafe ist dementsprechend Verhütung der Begehung von Verbrechen durch Einwirken auf die menschliche Seele als Quelle der verbrecherischen Handlung".

¹⁹² BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 93, pág. 122.

¹⁹³ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 8.

¹⁹⁴ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 9.

llama asociación (Verband). La persona individual es un individuo y la corporación es una comunidad organizada¹⁹⁵. Esta es, por lo tanto, una de las diferencias que distinguen al individuo de la asociación.

Otra de las diferencias fundamentales entre la asociación y el individuo es la falta de una "realidad vital psicológica" ("psychologische Lebenswirklichkeit"). No se trata pues de una unidad vital en sentido biológico, ni tampoco de una realidad vital natural. Sin embargo, este elemento negativo o esta carencia no pone en duda su existencia como unidad vital ni tampoco la realidad de su personalidad. En la esfera de su vida social se encuentra el sentido y el significado de su existencia¹⁹⁶. Por otro lado, esa carencia de "realidad vital psicológica" se suprime en las asociaciones organizadas por el momento positivo de la unión supraindividual y de la organización. En la actuación individual de los miembros de la asociación y en la de sus representantes se encuentra la sustancia de su realidad psico-física¹⁹⁷. Dicho con otras palabras: la asociación organizada es un fenómeno de la existencia social de las personas que se han unido para constituir¹⁹⁸.

Según BUSCH con el reconocimiento de la esencia (Wesen) y la realidad (Wirklichkeit) de las asociaciones organizadas se elimina tanto la concepción romanista de la asociación, es decir, aquella que las concebía como unidades vitales ficticias elaboradas por el Derecho, al igual que la concepción germánica, según la cual se trataría de organismos especiales coordinados con el organismo psicológico del hombre. En ambas teorías se parte de la realidad psicológica. Ambas buscan el fenómeno psico-físico, es decir, un fenómeno corporal. La teoría romanista no la encuentra y, por ello, la convierte en un fenómeno de la ficción jurídica. Por el contrario, la teoría germánica

¹⁹⁵ BUSCH, R. *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 10.

¹⁹⁶ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 10.

¹⁹⁷ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 11.

¹⁹⁸ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 12.

pretende encontrarla y la deduce a partir de realidad psico-física de los miembros que la integran. A pesar de ello, la discusión en torno a si se trata de una ficción o de una realidad ha sido planteada por ambas teorías de forma incorrecta según BUSCH. Sin embargo, BUSCH reconoce que el planteamiento de la pregunta encuentra su fundamento en la forma de representación que tiene el hombre: siempre se intenta encontrar en la realidad fenómenos perceptibles por los sentidos. En cuanto ello no es posible se intenta buscarle una imagen. Para él las asociaciones organizadas son como fenómenos sociales "formas constituidas por vida" (Formen aus Leben). Se encuentran constituidas por el cuerpo y el espíritu humano, por la voluntad y el destino humano. Por lo tanto, las corporaciones como asociaciones organizadas tienen su posición en la realidad social prejurídica¹⁹⁹.

Lo esencial del reconocimiento de su personalidad es que ella misma es titular de sus propios valores, es decir, sujeto de sus finalidades y de sus deberes. Normalmente detrás de las obligaciones jurídicas se encuentra, junto con el mandato o la prohibición que las fundamente, también la obligación de cumplir con las mismas. Al incumplimiento de esas obligaciones el Derecho puede responder bien exigiendo una reparación del daño (en el sentido de una indemnización) o bien por medio de la imposición de una pena. En cualquier caso es claro que se debe responder de alguna forma. La responsabilidad es una de las formas del deber jurídico²⁰⁰.

La indemnización supone una prestación patrimonial y, por lo tanto, tiene como presupuesto que haya una capacidad patrimonial por parte de quien la deba pagar. En este sentido, la pena no sólo puede ser una pena pecuniaria, sino que también entraña el menoscabo de otros bienes jurídicos. Tanto las asociaciones con o sin capacidad jurídica poseen su patrimonio. El ordenamiento jurídico además de reconocer derechos subjetivos reconoce otros bienes de la asociación que merece ser protegidos,

¹⁹⁹ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 13.

²⁰⁰ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 25.

sin que por ello la sociedad organizada tenga necesariamente que ser una persona jurídica. Del mismo modo que al individuo se le reconoce el derecho al honor, también se le puede reconocer a la asociación el derecho a su honor, es decir, proteger su buen nombre²⁰¹. Por lo tanto, -termina sosteniendo BUSCH- la asociación organizada puede ser obligada a la reparación del daño bien sea por la indemnización o bien por el sufrimiento de una pena. En este sentido, es irrelevante si la asociación organizada goza o no de personalidad jurídica, dado que ello sólo es relevante para delimitar el grado de responsabilidad de sus miembros con su propio patrimonio, pero no afecta a la responsabilidad de la asociación con su patrimonio²⁰². La forma en la que debe estar configurada en particular esta responsabilidad -si se debe referir sólo al patrimonio de la asociación o si debe abarcar también el patrimonio de sus miembros- es una cuestión exclusivamente de derecho positivo. En cualquier caso, se trata de una responsabilidad de la asociación y de la responsabilidad de los distintos miembros de la asociación en su existencia social como asociación organizada, es decir, como persona jurídica²⁰³.

Una vez establecidas estas premisas, BUSCH se detiene en el análisis del problema relativo a la imputación. En este sentido, lo primero que constata es que sujeto de derechos y obligaciones de la asociación son, en última instancia, los miembros que la componen. Y son ellos, porque la asociación en si misma sólo es un fenómeno de su existencia social y, por lo tanto, lo único real es la actividad de sus miembros orientada con una finalidad social o la de sus órganos. El hecho de que el Derecho trate a la asociación como una persona jurídica o sólo considere a sus miembros no cambia nada en aquella constatación, sino que sólo reviste importancia en relación a la aplicación de ciertas normas de derecho positivo. Por lo tanto, afirma

²⁰¹ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 26.

²⁰² En este sentido también HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, págs. 75-87.

²⁰³ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 27.

BUSCH, la *responsabilidad de la asociación es la responsabilidad de sus miembros*²⁰⁴.

La *capacidad de acción* de la asociación se fundamenta cuando se pueda afirmar que varios miembros han tomado una decisión conjunta para que el órgano lleve a cabo una determinada acción punible. Si bien reconoce, que ello se podría más bien sostener cuando se pudiese comprobar una *omisión* de la asociación, es decir, cuando los miembros no hubiesen impedido contrariamente a su deber de cuidado que se llevara a cabo una acción punible, rechaza esta idea, pues ello supondría que miembros no culpables se viesen afectados por la pena impuesta a la asociación²⁰⁵.

En este sentido, *responsabilidad penal* significa que un comportamiento antijurídico -ejercicio de poder, antijurídico (socialmente dañoso) o la omisión antijurídica de determinado uso del poder- tiene como consecuencia jurídica la aplicación de una pena. La pena es una disminución de bienes jurídicos. Dado que la asociación es titular de bienes jurídicos puede ser sujeto de la imposición de una pena que los disminuya.

El comportamiento antijurídico, que tiene como consecuencia la imposición de una pena, son acciones que lesionan o que ponen en peligro bienes jurídicos y como tal se trata de un proceso que modifica el mundo exterior. BUSCH distingue a partir de aquí la responsabilidad penal en relación a tres tipos de comportamientos antijurídicos: a) los comportamientos antijurídicos de los miembros de la asociación, b) los comportamientos antijurídicos de los representantes y c) los comportamientos antijurídicos de personas individuales que no son empleados de la asociación²⁰⁶.

²⁰⁴ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 28.

²⁰⁵ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 158.

²⁰⁶ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 30.

Por lo tanto, la *responsabilidad penal de la asociación* significa una obligación de los miembros de la misma, en su existencia social como asociación, por un comportamiento antijurídico con una finalidad social realizado por todos, por la mayoría, por los representantes o por personas individuales. Ello pone de manifiesto que la responsabilidad de la asociación -por regla general- es a su vez una responsabilidad de cada uno de sus miembros por comportamientos punibles realizadas por otras personas o, dicho con otras palabras, desde la perspectiva del individuo se trata de una imputación por un hecho ajeno²⁰⁷. El hecho de que la asociación como reflejo de la existencia social de aquellas personas represente una unidad, posea personalidad jurídica y le sean imputables aquellos comportamientos antijurídicos que son exteriorización del poder social y del poder de la asociación parece exigir, en opinión de BUSCH, la responsabilidad penal de las asociación.

El problema que se plantea a partir de esta afirmación es -según BUSCH- si es *útil y justa* tal responsabilidad²⁰⁸. En este contexto lo importante es determinar la *función de la pena*, pues sólo a partir de ahí se podrá fundamentar la conveniencia o no de sostener una responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, la pena es un medio de coacción estatal para la protección de la sociedad. El Derecho, por lo tanto, tiene como fin la protección de intereses, bienes y valores que la sociedad considera merecedores de protección y sirve para proteger a la sociedad. La pena tiene la función principal de responder frente a hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico²⁰⁹. Dado que tales comportamientos frecuentemente son realizados para la realización de intereses de una asociación no sería contradictorio con la función de la pena la aplicación de penas a la asociación. Ello sería necesario, siempre y cuando los efectos de la pena sobre el autor individual no fueran suficientes para prevenir con un

²⁰⁷ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 31.

²⁰⁸ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 31; fundamentalmente, págs. 181-190.

²⁰⁹ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 89.

resultado satisfactorio los comportamientos antijurídicos del poder de una asociación²¹⁰.

Dado que el delito es una acción socialmente dañosa por la convicción desaprobada, el fin de la pena debe ser prevenir la comisión de un delito incidiendo precisamente en el espíritu del autor. Estas conclusiones se sostienen dentro de un Derecho penal que concibe únicamente como sujeto a la persona individual y una pena individual. Por lo tanto, es necesario introducir alguna modificación en este concepto en relación a la pena que puede sufrir una asociación. Desde un punto de vista preventivo se puede sostener, sin embargo, la necesidad de aplicar una pena a una asociación, ya que la función de la pena es responder a la comisión de un delito²¹¹. BUSCH está pensando aquí en una *función preventivo-general de la pena*. Según él no es suficiente la incidencia de una medida de seguridad aplicada a la asociación, ya que a su entender la única forma eficaz de prevenir los delitos cometidos por asociaciones es la prevención que se puede lograr mediante la amenaza penal²¹². Y en relación con esta función la única pena posible de imponer a una asociación es la pena de multa. La asociación siempre tiene algún tipo de patrimonio con el que responder a la imposición de esta pena. Por otro lado, la pena de multa tiene la ventaja que se puede adecuar muy bien a la hora de determinar su cuantía a un juicio sobre el daño social del hecho, a la peligrosidad del hecho punible, al tipo de asociación de que se trate y que su ejecución - por regla general- es posible²¹³. Ello no significa, sin embargo, -prosigue BUSCH- que las medidas de seguridad que puedan emplearse en este contexto (disolución, inhabilitación temporal, etc.) sean superfluas o que carezcan de sentido, sino, todo lo contrario, se deben emplear también para fortalecer y complementar la pena de multa en aquellos casos en los que, a pesar de imponer una pena de multa, la asociación

²¹⁰ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 89.

²¹¹ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 90.

²¹² BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 147.

²¹³ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 148.

demuestre la existencia de un grado de peligrosidad. En este sentido, lo importante es resaltar que dichas medidas deben ser impuestas como penas accesorias y por un juez de lo penal para garantizar su imposición²¹⁴.

Resumiendo, se puede decir que del planteamiento realizado por BUSCH se pueden extraer fundamentalmente las siguientes conclusiones: de los autores hasta ahora tratados, BUSCH es el primero que intenta dar solución a la responsabilidad penal de la persona jurídica tomando como punto de partida las *funciones de la pena*. Estableciendo que la función principal de la pena debe estar orientada a la *prevención general* como único medio eficaz para prevenir satisfactoriamente la comisión de delitos y una vez constatado que las asociaciones son sujetos que también cometen delitos, llega a conclusión de la necesidad de exigir una responsabilidad penal de las mismas. El siguiente problema al que se enfrenta es de qué forma se debe imputar la comisión del delito a la persona jurídica. En este sentido, BUSCH, se aparta de la teoría de la ficción, que como tal no la considera imputable, y partiendo de la equivalencia que pretende establecer la teoría orgánica entre la persona y la asociación, toma como punto de imputación la acción de los miembros como acción propia de la asociación.

d4) La recepción en la discusión doctrinal española de la obra de v. GIERKE sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica: SALDAÑA

La obra de SALDAÑA *Capacidad criminal de las personas sociales*²¹⁵ es la única monografía española de la época dedicada exclusivamente al tema de esta investigación. El trabajo de SALDAÑA tiene dos partes: la primera, dedicada al estudio de la doctrina desde un punto de vista de derecho comparado y, la segunda, dedicada a la legislación existente al respecto también analizado desde el derecho comparado.

²¹⁴ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 148.

²¹⁵ SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, Reus, Madrid, 1927.

SALDAÑA se considera a sí mismo como el primero en recoger y desarrollar en España la doctrina de la responsabilidad criminal corporativa bajo la influencia de la obra de GIERKE²¹⁶, pero no sólo por la publicación de esta monografía específica, sino también por la publicación de numeros trabajos anteriores²¹⁷. Su tesis fundamental se centra en aceptar, además de la responsabilidad penal individual, especialmente la responsabilidad directa de la asociación. Sin embargo, su monografía no se dedica profundamente a fundamentar dogmáticamente las bases de imputación de dicha responsabilidad, sino solamente a un estudio de Derecho comparado.

Antes ya había sentado esta idea en el *Proyecto de ley de Bases para la reforma del Código penal (1920)*²¹⁸. A estas Bases se debía ajustar el proyecto de reforma de Código penal y allí establecía, entre otras cosas, con claridad y precisión la responsabilidad penal directa de la asociación. Así la *Base 8ª* del mismo, decía:

"En el capítulo IV se hará la «Definición y graduación de la responsabilidad» Conforme con el Proyecto de Silvela²¹⁹, la ley de Asociaciones, de 10 de julio de 1894, el Proyecto cubano de 1908 y el más reciente Proyecto de Código penal, el futuro Proyecto establecerá, junto a la responsabilidad individual, la social o participada; cuando los que delinquen, estando constituidos en entidad o personalidad jurídica, lo hagan por los medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo o en beneficio de la responsabilidad social.".

²¹⁶ SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, pág. 132.

²¹⁷ SALDAÑA, Q., *La historia del Derecho penal español*, Madrid, 1914; el mismo, *Los orígenes de la criminología*, Madrid, 1914; el mismo, *La reforma del Código penal*, Madrid, 1920; el mismo, "El futuro Código penal", *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, t. 139 (1921), págs. 289 ss.; el mismo, "Estudio preliminar", en MESTRE, A., *Las personas morales y su responsabilidad penal*, Góngora, Madrid, 1930.

²¹⁸ SALDAÑA, Q., "Proyecto de Ley de bases para la reforma del Código penal", en *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, tomo 139, págs. 309 ss. Y también con comentarios, en LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española*, pág. 622.

²¹⁹ Saldaña invoca a Silvela, pero se ve con claridad que la propuesta de Saldaña va mucho más allá que lo que lo hacía Silvela en su Proyecto.

A pesar de los esfuerzos de SALDAÑA por introducir la responsabilidad social, ésta fue muy combatida y nunca fue introducida en ninguna de las reformas al Código penal, si bien se encuentran, incluso, actualmente normas del Código penal que prevén medidas o consecuencias jurídico-penales aplicables a la persona jurídica.

e) **La Teoría pura del Derecho y las personas jurídicas**

Los modelos expuestos hasta ahora han mostrado cómo los desarrollos dogmáticos en relación con el sujeto de Derecho fueron flexibilizando los fundamentos teóricos de la máxima "*societas delinquere non potest*". En este sentido, también resulta importante analizar las consecuencias que implicó la Teoría pura del Derecho de KELSEN en relación con la persona jurídica como una muestra más de la flexibilización en torno a la discusión sobre el sujeto de Derecho.

Con la creación de la Teoría pura del Derecho KELSEN se propuso construir una verdadera *ciencia* del Derecho, es decir, elevar la jurisprudencia a rango de saber científico riguroso. En otras palabras: la teoría pura se propuso ser una teoría general del Derecho²²⁰. Para lograr ese objetivo lo primero que KELSEN planteó fue la necesidad de separar las normas de los hechos: La Teoría pura del Derecho, como teoría del Derecho, debía excluir en su análisis todo aquello que, si bien está relacionado con el Derecho, no pertenece exactamente a él. Es decir, liberó a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños: la psicología, la sociología, la ética y la teoría política²²¹. Lo determinante -para KELSEN- era liberar la

²²⁰ KELSEN, H., *Was ist die reine Rechtslehre?*, Zürich, 1953, pág. 7; el mismo, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, 4. ed., traducción al español de E. Garzón Valdés, México, 1995, pág. 9.

²²¹ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2. ed. (1960), reimpresión, Franz Deuticke, Wien, 1983, pág. 1.

formación de conceptos jurídicos de ciertos elementos de carácter sociológico o psicológico que sólo conducen a un erróneo planteamiento del problema jurídico²²². En otras palabras: KELSEN separó claramente la ciencia jurídica, como ciencia normativa, de las ciencias empíricas.

En este sentido, la pretensión de la teoría pura es objetivista y universalista. Se preocupa de la totalidad del Derecho en su validez objetiva, entendiendo que el Derecho es un ordenamiento y que, por lo tanto, todos los problemas deben plantearse y resolverse como problemas del ordenamiento. La teoría del Derecho se libera así de todo juicio de valor ético-político y se convierte en un análisis estructural del derecho positivo²²³.

Desde este punto de partida, se puede constatar que el Derecho responde a una relación específica distinta de la relación de causalidad natural a la que responden los sucesos de la naturaleza. De esta manera plantea, por primera vez, que en el Derecho existe un *principio de conexión (Anknüpfungsprinzip)* diferente al de la naturaleza²²⁴. Al igual que en el juicio sobre una ley natural, también en el Derecho se conecta un determinado presupuesto con una determinada consecuencia. Sin embargo, en el Derecho existe un principio de conexión diferente del nexo de causalidad de una ley natural. Esto significa que en la naturaleza los hechos se enlazan *causalmente*, mientras que en la ciencia jurídica los hechos (antecedente y consecuencia)

²²² KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen 1911; reimpresión de la edición de 1911, Scientia Aalen, 1970, pág. 5.

²²³ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 195. En este sentido, podría parecer -a primera vista- que se trata de un planteamiento semejante al que hoy presenta la teoría sistémica, cuando se dice que todos los problemas deben plantearse y resolverse a partir del sistema jurídico. Sin embargo, en la teoría sistémica no existe la distinción entre lo jurídico y lo político como lo sostiene KELSEN en la teoría pura del Derecho. En relación con esta cuestión conviene recordar la explicación de ROXIN en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin/New York, 2. ed.; pág. 7: "Der Positivismus als Rechistheorie zeichnet sich dadurch aus, daß er die Dimensionen des Sozialen und Politischen aus der Sphäre des Juristischen verbannt."

²²⁴ KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. ed., Tübingen, 1923, reimpresión Scientia Aalen, 1960, pág. VI.

se enlazan por medio de una conexión *imputativa*²²⁵. La necesidad de la conexión se deriva de la formulación de la norma como un juicio hipotético. En el marco de esta concepción de la norma no se necesita ni un destinatario subjetivo ni un destinatario que pueda recibir y reconocer la norma²²⁶. Lo diferente de este punto de vista es que tiende a alcanzar la objetividad de la validez a partir de la cual puede surgir la legalidad jurídica (*Rechtsgesetzlichkeit*).

Como es claro ello supone, a su vez, entender que el Derecho no es una suma de imperativos, como se lo entendía comúnmente. En este sentido, la norma jurídica y la ley natural sólo tienen externamente un denominador común: no están dirigidas a nadie y son válidas independientemente de que hayan sido conocidas o reconocidas²²⁷.

Esta idea rectora de la obra de KELSEN también se pone de manifiesto en el tratamiento del problema del derecho subjetivo. KELSEN rechaza la idea de derecho subjetivo como algo diferente del derecho objetivo. El rechazo de este dualismo dentro de un sistema de conocimiento unitario supone a su vez -para KELSEN- la reconducción de la teoría del Derecho de la esfera del Derecho natural a la esfera del Derecho positivo²²⁸. El énfasis que en este sentido pone KELSEN en el concepto de obligación jurídica (*Rechtspflichtbegriff*) es de suma importancia. Por otro lado, ello permite aislar de la consideración jurídica el momento de voluntad e interés, existente en el derecho subjetivo, de las consideraciones psicológicas y sociológicas. Para KELSEN todo esto permite romper con la cuestionable herencia -procedente de la teoría romana jurisprudencial- de la concepción del Derecho sólo desde la perspectiva de la parte subjetivamente interesada. Sólo a partir de esos presupuestos sobre el derecho

²²⁵ ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, pág. 233.

²²⁶ KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. VII.

²²⁷ KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 395.

²²⁸ KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. VIII.

subjetivo sería posible construir un sistema del Derecho, una ciencia del Derecho, dado que éste tiene su esencia en su validez objetiva independiente del sujeto²²⁹.

A partir de estos presupuestos KELSEN analiza el problema de la *voluntad* para demostrar la diferencia entre el método de análisis jurídico y el empleado por la psicología o la sociología. El concepto de voluntad con el que opera la psicología no sirve para la finalidad específica del Derecho²³⁰.

KELSEN se detiene en la verificación de esa afirmación también especialmente en relación al Derecho penal. El dogma de la voluntad del Derecho penal supone que la exteriorización de un supuesto de hecho típico, al que el ordenamiento jurídico le impone una pena, debe ser considerado como querida por el sujeto; dado que no hay pena sin culpabilidad, toda culpabilidad supone *culpabilidad de voluntad (Willensschuld)*²³¹. Sin embargo, esta concepción de la voluntad sufre cierta contradicción en el mismo Derecho penal, al estar sancionadas conductas que tienen lugar sin la efectiva concurrencia del momento psicológico de la voluntad del sujeto, como ser los delitos culposos²³². Por ello, deben fracasar todos los intentos que pretenden probar que la imprudencia es un tipo psicológico, ya que dicha comprobación va en contra de sus propios presupuestos²³³. Dada esta comprobación, KELSEN intuyó que aún partiendo de un concepto estrictamente jurídico de voluntad se seguiría

²²⁹ KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. VIII.

²³⁰ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 25.; el mismo, *Hauptprobleme der Staatslehre*, págs. 97 ss.; el mismo, "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, (Grünhuts Zeitschrift), 1913, tomo 40, pág. 27.

²³¹ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 37; el mismo, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 133.

²³² KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 38; el mismo, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 134.

²³³ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 41.

presentado esa contradicción con los delitos culposos y consideró oportuno y muy necesario que los penalistas se replantearan el concepto de culpabilidad penal²³⁴.

Reconociendo que no es posible abarcar con generalidad -a partir de un concepto psicológico de la voluntad- todos los casos de culpabilidad y proponiendo un concepto de culpabilidad de carácter estrictamente normativo, entonces sólo queda como característica del momento de culpabilidad que el sujeto culpable es aquél que se presenta como el sujeto de la norma vulnerada, porque no hay ningún otro elemento que se pueda reconocer como característico de las tres posibles formas de culpabilidad²³⁵.

En este marco, cobra especial relevancia el concepto de *imputación* (*Zurechnung*). Se trata de aquel proceso especial basado en normas en virtud del cual un hecho es atribuido a una persona. La norma como tal tiene dos componentes: por un lado, el sujeto de la obligación (*Sollsubjekt*) que es la persona que debe realizar su contenido, es decir, el destinatario de la misma; y, por otro lado, el objeto de la obligación (*Sollobjekt*), es decir, aquello que se debe realizar (o no). Cuando se está ante un supuesto de hecho antijurídico, la pregunta que se formula es: ¿quién es el culpable?, es decir, quién debe sufrir la consecuencia prevista en la norma. Ambas respuestas están contenidas, desde un principio, en la norma²³⁶.

La conexión establecida entre un supuesto de hecho típico (objeto de la norma) y una persona (el sujeto de la norma) se lleva a cabo, entonces, por medio de la *imputación* (*Zurechnung*). Para KELSEN tiene especial importancia resaltar que esta conexión basada en la norma y denominada imputación no tiene lugar ni por razones causales ni teleológicas, sino que responde única y exclusivamente a una *imputación normativa*. La particular diferencia entre una relación causal y la imputación consiste,

²³⁴ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 39.

²³⁵ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 46.

²³⁶ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 49.

fundamentalmente, en lo siguiente: las normas son creadas por los individuos y, por lo tanto, la conexión entre el sujeto y el objeto de una norma es plenamente arbitraria²³⁷. Mientras que una cadena de causas y efectos es ilimitada, el número de miembros de una serie de imputaciones es siempre limitado (tiene un principio en el acto de creación de la norma y un final en el acto de aplicación de la norma)²³⁸. El Derecho establece así una forma especial de conexión establecida por la norma: la *imputación (normativa)*. Desde esta perspectiva es posible imputar a un sujeto también aquellos sucesos en los que el supuesto de hecho típico no haya sido producido o querido por él²³⁹.

Tanto en la ciencia jurídica como en la ética cabe distinguir claramente entre la persona y el individuo. Ser persona y ser individuo no significa lo mismo. Sin embargo, en la terminología habitual se tiende a identificar la esencia de la personalidad con la existencia de voluntad, más aún: a identificar la voluntad con la personalidad²⁴⁰. Pero no sólo en el Derecho, sino también en la ética se procura conectar la imputación con una voluntad. De aquí se deduce para KELSEN que en el Derecho se opera con un significado de la palabra voluntad muy distinto a la del concepto psicológico. Si el juicio, según el cual se afirma que una persona es culpable de un supuesto de hecho típico, es correcto, ello significa que esa persona es el sujeto de la norma vulnerada y, entonces, ese juicio debe ser idéntico con aquél que lleva a cabo la imputación de un supuesto de hecho típico a una persona. Afirmer que alguien es culpable de un resultado, sólo significa que un resultado le es imputa a alguien²⁴¹. La imputación busca su punto final -hablando en forma figurada- en el interior de un

²³⁷ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 49.

²³⁸ ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, pág. 234.

²³⁹ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 50.

²⁴⁰ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 52.

²⁴¹ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 53; el mismo, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 143.

individuo: ese punto final de la imputación es lo que la terminología de la ética y el Derecho entienden por "voluntad"²⁴².

Para KELSEN resulta evidente, entonces, que no es necesario que la localización del punto final de imputación "voluntad" se desarrolle siempre en el interior de un "ser humano"; la unidad ético-jurídica de la persona no tiene por que coincidir siempre con la persona en sentido zoológico-psicológico²⁴³. Especialmente subraya, que dependerá de la norma si la cualidad de persona o la capacidad de voluntad le es otorgada también a otro fenómeno distinto del individuo. También depende de la norma qué individuos son considerados capaces de voluntad. Es un hecho que en virtud de la ley también existen sujetos de derechos y obligaciones distintos del individuo como lo son las personas jurídicas²⁴⁴.

La voluntad de la ética y de la jurisprudencia es, por lo tanto, algo totalmente diferente a lo que la psicología denomina con ese término. En el sentido ético-jurisprudencial, por lo tanto, la voluntad y la capacidad de ser persona, es decir, de ser sujeto de la imputación jurídica (capacidad de imputación), son la misma cosa²⁴⁵. La voluntad de la psicología es un hecho empíricamente constatable a través de la observación; la voluntad de la ética y la de la jurisprudencia es una construcción llevada a cabo en función de la norma que no responde a ningún proceso concreto en la vida espiritual real del individuo²⁴⁶.

²⁴² KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 54; el mismo, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 145; el mismo, "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 29.

²⁴³ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 54.

²⁴⁴ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 54.

²⁴⁵ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 55.

²⁴⁶ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 55.

Reconociendo que la voluntad en la terminología ético-jurídica es algo esencialmente diferente que el mismo término empleado en sentido psicológico, entonces se podrán salvar las dificultades y ficciones relacionadas con una interpretación psicológica del dogma de la voluntad tanto en el Derecho civil como en el Derecho penal²⁴⁷. Con ello se abre la posibilidad de reconocer la totalidad del ordenamiento jurídico como una suma de reglas de imputación²⁴⁸.

Si se relaciona todo este planteamiento con el tema de la persona jurídica, no encontramos con la siguiente situación:

Según la teoría tradicional se considera sujeto de Derecho a todo aquél que sea sujeto de una obligación jurídica o de un derecho (autorización)²⁴⁹. En este sentido, KELSEN delimita la denominación de sujeto de derecho a los titulares de obligaciones jurídicas, para diferenciarlo claramente de aquellos sujetos con autorización para crear las normas. En la concepción de la teoría tradicional el concepto de sujeto de Derecho se identifica con la persona, definiendo que persona es el individuo como sujeto de derechos y obligaciones; pero, dado que no sólo existe el individuo, sino que también se dan otros fenómenos jurídicos, se define a la persona como "titular" de derechos y obligaciones. Por lo tanto, cabe reconocer como "titular" no sólo al individuo, sino también a la persona jurídica²⁵⁰. Por lo tanto, "ser persona" o tener "personalidad jurídica" es idéntico a ser titular obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos. La persona física o jurídica que tenga como titular obligaciones jurídicas o derechos subjetivos, es un complejo de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa figuradamente con el concepto de persona. La persona sólo es

²⁴⁷ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 55.

²⁴⁸ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 56.

²⁴⁹ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 172.

²⁵⁰ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 176.

la personificación de esa unidad²⁵¹. Persona del Derecho (Rechtsperson) es la unidad de un complejo constituido por obligaciones jurídicas y derechos subjetivos²⁵². En este sentido, el individuo también es una persona jurídica.

La persona jurídica se define, tradicionalmente, como una comunidad de individuos a la que el ordenamiento jurídico le otorga derechos subjetivos y le impone obligaciones, que no se consideran ni derechos ni obligaciones de los individuos que la componen²⁵³. La persona jurídica es una comunidad organizada, es decir, una comunidad que se encuentra constituida por un ordenamiento normativo. Ese ordenamiento normativo establece que determinadas funciones deben ser realizadas por individuos, que se encuentran autorizados para ello en la forma establecida por su estatuto²⁵⁴. El estatuto es un ordenamiento normativo que distribuye las tareas entre los órganos que funcionarán a tales efectos. El ordenamiento normativo que constituye la corporación es el estatuto. Sólo una acción u omisión que se encuentre establecida en el estatuto podrá serle atribuida a la persona jurídica. Por lo tanto, al determinar funciones de una persona jurídica en su estatuto, se la está considerando como una persona que actúa, aunque haya sido un individuo determinado por el estatuto, quien como órgano quien efectivamente llevó a cabo la acción²⁵⁵. Si se pretende responder la pregunta acerca del "sujeto" de una obligación, que sea considerada como propia de la persona jurídica, sin tomar como ayuda la idea de la "imputación", la respuesta sólo podrá ser: el individuo que por su comportamiento u omisión puede vulnerar la obligación, es decir, el órgano competente. Desde el punto de vista de esta atribución

²⁵¹ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 177.

²⁵² KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 178.

²⁵³ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 180.

²⁵⁴ En este mismo sentido actualmente, JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/44, cuando sostiene que el sujeto no tiene porque estar siempre configurado por "psique y cuerpo", sino que no hay que impida que el sistema configure al sujeto con otros elementos como "estatuto y órganos".

²⁵⁵ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 182.

es que se puede hablar de una sanción dirigida contra la persona jurídica y, consecuentemente, de la responsabilidad de la misma por la no realización de la obligación que debía ser realizada por un individuo, en su condición de órgano, determinado por el estatuto²⁵⁶.

El argumento sobre la imposibilidad de imponer una pena a una persona jurídica, debido a la imposibilidad de someterla a una pena privativa de libertad, no es contundente. La única diferencia que existe entre un ilícito penal y uno civil consiste exclusivamente en el tipo de la consecuencia jurídica (pena-repación)²⁵⁷. Si se reconoce que la persona jurídica es titular de un patrimonio y que una pena también puede ser pecuniaria, no será imposible sostener que la persona jurídica puede ser responsable. Si se considera a la persona jurídica como sujeto de derechos patrimoniales, no se presentan dificultades para imaginar la responsabilidad de una persona jurídica por la comisión de un delito, cuando la sanción consista precisamente en la ejecución de ese patrimonio. En este sentido, la afirmación de que una persona jurídica es punible por la comisión de un delito, sólo significa que sus miembros responderán colectivamente por ese delito. Es decir, que el ordenamiento jurídico estatal podrá renunciar en ciertos casos a la regla general del principio de responsabilidad personal del Derecho penal en el caso en que un individuo -en su condición de miembro de un órgano de una persona jurídica- cometa un delito, respondiendo no sólo éste sino también los demás miembros de la misma. En suma: el ordenamiento jurídico podría incluso establecer una responsabilidad colectiva, que se puede realizar mediante una pena privativa de libertad²⁵⁸.

²⁵⁶ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 189.

²⁵⁷ KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* (Grünhuts Zeitschrift), Wien, 1913, tomo 40, pág. 18.

²⁵⁸ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 191.

El análisis de la persona jurídica lleva a KELSEN a sostener el siguiente resultado: que la persona jurídica es una construcción jurídica del mismo modo que también lo es la persona física. En ambos casos no se trata ni de una creación de la naturaleza ni del Derecho. Cuando se sostiene que el ordenamiento jurídico le confiere a un individuo personalidad jurídica, sólo significa que el ordenamiento jurídico le atribuye a un sujeto derechos y obligaciones, cuyo contenido es el comportamiento de un individuo. Cuando se afirma que el ordenamiento jurídico le confiere a la persona jurídica personalidad jurídica, sólo se quiere decir que el ordenamiento jurídico establece derechos y obligaciones, cuyo contenido es el comportamiento de individuos, que son los órganos y miembros de una persona jurídica establecidos en un estatuto. El Derecho sólo crea derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un individuo, pero no crea personas²⁵⁹.

Para la jurisprudencia tradicional el sujeto de Derecho -sea persona física o jurídica- con "sus" derechos y obligaciones representa al Derecho en un sentido subjetivo. El Derecho en este sentido subjetivo se diferencia del Derecho objetivo, del ordenamiento jurídico como un sistema de normas. La teoría pura elimina precisamente este dualismo desmembrando el concepto de persona como personificación de un complejo de normas jurídicas, reduciendo la obligación y el derecho subjetivo a la norma que une un determinado comportamiento de un individuo a una sanción y haciendo depender la ejecución de la sanción de una querrela dirigida contra la misma; es decir: se reconduce el derecho subjetivo al derecho objetivo. Con ello suprime esa concepción subjetivista del Derecho que analizaba el Derecho en función de lo que el mismo significa para cada particular, considerando en qué medida le sirve, sirve a sus intereses, o lo perjudica.

Una vez aceptada la persona jurídica como un sujeto de Derecho, KELSEN sostiene que esta cuestión plantea, en realidad, un *problema de imputación*,

²⁵⁹ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 194.

de imputación de un determinado tipo penal a una determinada persona y que el proceso de la imputación es un proceso puramente jurídico que sólo se puede llevar a cabo a partir del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico determina al sujeto de imputación y, por lo tanto, es el ordenamiento jurídico el que establece si un sujeto es imputable o no. El único límite al que éste está sometido es al de la lógica jurídica²⁶⁰.

En la doctrina dominante existe unanimidad respecto de la aceptación de la imputación a la persona jurídica de un ilícito civil. A su vez se encuentra recogido como norma del ordenamiento jurídico civil la imputación por un ilícito civil directamente a la persona jurídica y no a su órgano, dado que es posible aplicar la consecuencia jurídica a la persona jurídica (ejecución directamente sobre el patrimonio de la misma).

Del mismo modo el ordenamiento jurídico podría establecer la imputación de un delito a la persona jurídica. Sin embargo, en el ámbito jurídico-penal el delito penal es un injusto culpable. Si la persona jurídica ha de tener capacidad delictiva, no basta con la vulneración objetiva de una norma, sino que tendrá también que poseer capacidad de culpabilidad²⁶¹.

A partir de estas premisas, KELSEN se plantea la cuestión de cual es la relación entre tal condición psicológica y la imputación del tipo de injusto²⁶². El tipo de injusto se le debe imputar a aquella persona que sea la que a va sufrir la consecuencia jurídica establecida en la norma. Es necesario recordar en este contexto

²⁶⁰ KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 21.

²⁶¹ KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 24.

²⁶² KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 24.

que el ordenamiento jurídico no se encuentra vinculado en el procedimiento de la imputación por un nexo psicológico-teleológico o físico-causal entre el sujeto y el objeto de la imputación²⁶³.

El momento de culpabilidad no es sino una condición, pero no el objeto de la imputación. A una persona jurídica no se le puede imputar el momento de culpabilidad, porque no es imputable, ya que no constituye el objeto de la imputación, sino sólo un presupuesto de ésta. La persona jurídica puede actuar y omitir, pero no puede querer o pensar en un sentido psicológico, ya que los hechos psíquicos están excluidos de la imputación²⁶⁴.

La "voluntad" de la persona jurídica no responde en modo alguna a una categoría psíquica, sino que trate de un concepto puramente jurídico. La voluntad a la que se hace alusión en la terminología jurídica significa el punto final del proceso de imputación. Decir que la persona jurídica "quiere" un determinado tipo penal, no significa otra cosa que, que ese tipo penal le es imputable a la persona jurídica. Para que la persona jurídica pueda tener esta forma de voluntad, no se le debe imputar el acto de voluntad psíquico al órgano que lo llevó a cabo, sino sólo la acción externa, es decir, el tipo externo de una acción u omisión. La culpabilidad sólo se encuentra en relación con la norma. La culpabilidad es la relación con la norma vulnerada o el premio por una norma respetada. Por lo tanto, la culpabilidad en estricto sentido jurídico es la relación entre todo tipo de injusto y la norma vulnerada²⁶⁵.

Las consecuencias que KELSEN deduce a partir de aquí en relación con la culpabilidad de la persona jurídica, son las siguientes:

²⁶³ KELSEN, H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, pág. 50.

²⁶⁴ KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 27.

²⁶⁵ KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 29.

La realización de un tipo de injusto o el conocimiento del mismo por parte de un órgano de una persona jurídica sólo supone una condición necesaria para la imputación de ese tipo de injusto a la persona jurídica. Debido a esa imputación ese tipo de injusto se convierte tanto en el injusto como en la culpabilidad propia de la persona jurídica. El concepto de culpabilidad no se utiliza en este contexto como un determinado proceso psíquico, sino en un sentido normativo de relación con la norma vulnerada²⁶⁶. Sólo por medio de una concepción normativa del principio de culpabilidad puede KELSEN llegar a sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este sentido, se pueden constatar la coincidencia principal con la teoría orgánica de GIERKE en la aceptación de la posibilidad de imputar a las personas jurídicas no sólo un la realización de un injusto, sino incluso de un injusto culpable. KELSEN va más allá negando el concepto psicológico de culpabilidad y reformulándolo como un concepto normativo de culpabilidad²⁶⁷.

La importancia que supone la elaboración de la Teoría pura de KELSEN para la flexibilización de los fundamentos teóricos de la máxima "*societas delinquere non potest*" es, en primer lugar, el rechazo de un concepto psicológico de voluntad. Y en segundo lugar, ello significa, sin lugar a duda, una ruptura con el modelo de la persona natural en la elaboración del sujeto de Derecho. Si bien esto sólo no será suficiente para elaborar una nueva teoría sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo relevante es que se comienza a percibir una reelaboración de determinados conceptos que se mantenían inamovibles en la dogmática jurídica, como ser el de la voluntad, lo que permitirá ir dando una nueva perspectiva al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²⁶⁶ KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 30.

²⁶⁷ KELSEN, H., "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", pág. 31.

IV. CONCLUSIONES

Una vez llevado a cabo un análisis de los distintos modelos del tratamiento dogmático de la responsabilidad penal de la persona jurídica en relación con el modelo de sujeto existente, es conveniente formular unas conclusiones con el fin de destacar los elementos más importantes que marcaron el desarrollo dogmático del concepto del sujeto del Derecho en esta fase.

Es importante resaltar que el *Derecho romano* no conocía la figura de la *persona jurídica*, aunque se le reconocían derechos subjetivos a los conjuntos de personas. Se distinguía perfectamente entre los derechos y obligaciones de la *universitas* (corporación) y los de los *singuli* (sus miembros).

Si bien no es posible afirmar que se reconociera ya en esta época la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues dicho concepto era aún desconocido, hay que destacar que contra los municipios, la corporación más importante en aquellos tiempos, podía -según ULPIANO- ser ejercida la *actio de dolo malo* y, si resultaba culpable, éstos debían responder.

El estado de las fuentes no permite sostener que el Derecho romano admitiera la responsabilidad penal de la corporación, pero se debe tener en cuenta que se admitía la responsabilidad del municipio. Ello lleva también a la diferenciación entre los derechos y las obligaciones de la corporación y los de sus miembros como uno de sus mayores aportaciones. La constatación de estos hechos permite, de todos modos, afirmar, por un lado, la existencia de casos en el Derecho romano de responsabilidad de una corporación y, por otro lado, intuir que la diferenciación entre la *universitas* y los *singuli* puede ser considerada como las raíces más profundas de la importante evolución que va a tener este tema en la Edad Media.

En la *Edad Media* los *glosadores* no elaboran mucho más el tema de la responsabilidad de una corporación. Se limitan a reconocerle a la corporación ciertos derechos y ha admitir su capacidad delictiva, estableciendo que si los miembros de una corporación daban comienzo conjuntamente a una acción punible (acción de la *mayoría*), ello daba lugar a un delito propio de la corporación.

A partir de los *canonistas* se puede apreciar un importante giro en la discusión y se empieza a elaborar el concepto de persona jurídica. El punto de partida de la construcción teórica de los canonistas era la Iglesia como titular de derechos y obligaciones. La diferenciación entre los derechos de la *universitas* y los de los *singuli* se distinguen en ese momento muy claramente.

Desde este razonamiento se planteó una cuestión práctica de gran relevancia: la posibilidad de excomunión de la Iglesia. Ello llevó a INOCENCIO IV a sostener la idea de que la *universitas* como ser inanimado era incapaz de acción. La idea de la corporación como *ficción* se comienza a forjar aquí y, consecuentemente, se podía sostener también que toda corporación carecía de capacidad para cometer delitos. A pesar de esta absoluta negación de la responsabilidad de la corporación, INOCENCIO IV sólo admitía dicha responsabilidad en aquellos casos, en los que la acción delictiva era realizada por orden de los miembros. Surge así, por primera vez, la idea de *ficción*.

Sin embargo, no hay que olvidar -como afirma GIERKE- que la idea de la responsabilidad penal de la *universitas* se encontraba anclada profundamente en la conciencia de la época y que, por ello, la mayoría de los canonistas la seguían sosteniendo.

Los *postglosadores* toman de los canonistas la idea de la persona ficta, pero sosteniendo, a su vez, la capacidad delictiva de la misma. BARTOLUS elabora esencialmente la misma idea, pero modifica la concepción sostenida por los canonistas

(*delicta propria-delicta impropia*). Las corporaciones debían responder de aquellas acciones punibles -por ejemplo, la no persecución de delitos- como *delicta propria*, la omisión de acusación (delitos de omisión) y de los delitos relacionados con las funciones jurídico-públicas o políticas del municipio. De los *delicta impropia* respondían las personas físicas respectivamente.

En la época *liberal-individualista* la idea de la corporación como *ficción* que ya habían empezado a elaborar los canonistas se consolidó. Sin embargo, es importante resaltar que el fundamento de la idea de ficción era en esta época diversa de la que en su momento llevó a los canonistas sostenerla. Ya no se trataba de solucionar la cuestión práctica de impedir la responsabilidad de la Iglesia, dado que la situación socio-política en la que esta cuestión se planteaba era diferente: las corporaciones habían perdido el poder político y social que habían tenido. Por otro lado, el *individuo* se convirtió en el centro de imputación y, al desaparecer las corporaciones, el Estado pasó a ser el único titular de poder político.

El concepto dogmático de *ficción* se forjó en esta época y fue desarrollado, fundamentalmente, por SAVIGNY. A pesar de los fundamentos dogmáticos elaborados por GIERKE para sostener lo contrario -es decir, la idea de la *personalidad real de la asociación-*, la concepción de la persona jurídica como ficción se mantiene, inclusive, hasta nuestros días.

Ello parece ser consecuencia de la idea rectora de la dogmática jurídica del siglo XIX, que configuró al sujeto del Derecho penal como un *sujeto éticamente responsable* y el sistema de responsabilidad penal paralelamente al de la responsabilidad ética. La importancia de la ética, por lo tanto, también fue determinante en el concepto de delito: el delito se define como una manifestación de la *voluntad mala*. A partir de

KANT²⁶⁸ la concepción de la ética se presenta como un problema de la buena o mala voluntad. En este sentido, decía:

"Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch außer derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut hätte gehalten werden, als allein ein *guter Willen*"²⁶⁹.

De esta manera se estableció la *diferenciación entre voluntad y carácter*. La voluntad es la forma en la que un sujeto expresa su carácter.

El traslado de esta premisa al Derecho penal supone el reconocimiento del sujeto de la ética y la moral como sujeto del Derecho penal. La exigencia de la voluntad supone, a su vez, que en un comportamiento contrario a Derecho haya existido al menos *representación*. La necesidad de que el sujeto del Derecho penal tenga *conocimiento* queda expresado en las siguientes palabras de FEUERBACH:

"El conocimiento es necesario para la determinación de la voluntad de una acción u omisión contraria a la ley, de la que según las leyes de la naturaleza, sin intención de la persona surge una lesión jurídica"²⁷⁰.

Por esta misma razón tampoco es posible para FEUERBACH imaginar un sujeto del Derecho penal diferente de la persona física: "*sólo el individuo puede ser sujeto de un delito y nunca una persona jurídica*"²⁷¹.

²⁶⁸ KANT, I., *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*, 2. ed., Riga, 1786, Reimpresión Philipp Reclam Jun., Stuttgart, 1988, pág. 28.

²⁶⁹ KANT, I., *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*, Erster Abschnitt, pág. 28.

²⁷⁰ v. FEUERBACH, A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Rechts*, § 54.

²⁷¹ v. FEUERBACH, A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Rechts*, § 28.

El Derecho penal se configura como la distinción entre sujetos libres y no libres: *no hay más orden social que el orden moral*. Mientras dominan las teorías absolutas de la pena el orden moral y el orden social se presuponen. Ejemplo de ello es la filosofía del Derecho de HEGEL.

Como reacción a esta concepción BIRNBAUM²⁷² desarrolla la teoría del bien jurídico, sosteniendo que el objeto propio del delito es un bien y no un derecho subjetivo. Esta nueva concepción da una mayor amplitud para el Derecho penal. La diferencia que ello supone con la concepción de FEUERBACH es que a partir de ese momento habrá bienes comunitarios y la persona dejará de ser el único titular de los bienes jurídicos.

En toda esta nueva concepción es que resulta determinante la obra de JHERING (1865). La teoría del bien jurídico adquiere a partir de JHERING una importancia trascendente. Surge así una idea de sociedad totalmente diferente. Según JHERING el individuo es egoísta y actúa movido por su deseo de autoafirmación. Se introducen así elementos organizativos (*palanca mayor-palanca menor*) en la sociedad que permitirán manejar el egoísmo del individuo. Para JHERING la sociedad se comienza a concebir como una persona. Según ello, hay tres tipos de seres animados: los animales, los hombres y la sociedad.

Esta nueva perspectiva parece haber generado una crisis del concepto clásico del sujeto del Derecho. La cuestión en torno al concepto del sujeto del Derecho nos conduce a su vez a otra pregunta previa: ¿qué es el Derecho? Durante toda la primera mitad del siglo XIX no se planteaban dudas sobre esta cuestión. Con certeza se afirmaba que el Derecho existía para garantizar la libertad ética de las personas y que, por lo tanto, la personalidad jurídica debería coincidir también con esa

²⁷² BIRNBAUM, J.M.F., "Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens", Archiv des Criminalrechtes (neue Folge), 1843, págs. 149 ss.

personalidad ética. Sin embargo, para BINDER ésta no es la única consecuencia posible²⁷³, sino todo lo contrario. En primer lugar, la personalidad ética es un concepto estrictamente individualista. Por lo tanto, la personalidad ética sólo es imaginable en una persona que sólo dependa de sí misma y que se encuentre liberada de cualquier tipo de relación con otras personas. Pero el Derecho sólo se ocupa de relaciones interhumanas en la sociedad. Por ello, el concepto de sujeto del Derecho no debe estar condicionado por la personalidad ética, ni ésta debe estarlo por el Derecho. El Derecho ni siquiera supone la imposición de la personalidad ética frente a la sociedad, sino que en tanto el Derecho se basa sobre la sociedad y existe por ella, debe servir como protección de la sociedad frente al individuo y significa un compromiso entre ambos. Por lo tanto, es posible afirmar que si bien el Derecho no es ética, no por ello es éticamente indiferente; la valoración del Derecho desde un punto de vista ético será necesariamente subjetiva según la personalidad ética de quien hace esa valoración²⁷⁴.

Por lo tanto, la función del Derecho no puede consistir exclusivamente en proteger la personalidad ética de la persona; si ello es así, entonces habrá que concluir que aunque sólo podamos adscribir tal personalidad ética a las personas, de ninguna manera se debe deducir de allí que sólo las personas individuales puedan ser sujetos de Derecho. La voluntad como tal no tiene nada que ver con el Derecho y si la tiene sólo en la medida en que el legislador debe determinar cuáles son los límites que le pretende poner a esa voluntad. Ello significa que nos encontramos más bien ante una cuestión jurídico-política. Con ello la argumentación de SAVIGNY, según el cual el Derecho existe con la finalidad de proteger la libertad ética del ser humano, pierde según BINDER todo su fundamento²⁷⁵. Por el contrario, parece más acertado sostener que el Derecho representa un compromiso entre los intereses del individuo y los de la

²⁷³ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 42 ss.

²⁷⁴ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 42 ss.

²⁷⁵ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 43.

sociedad y, en la medida en que no destruye al individuo, sino que lo reconoce, es que se puede afirmar que el Derecho existe por la voluntad de aquél.

Pero, ¿se tiene que deducir de esta afirmación que sólo el hombre es el único sujeto del Derecho posible, porque sólo el posee una voluntad en sentido psicológico y, por lo tanto, sólo él es capaz de acción y de culpabilidad en ese mismo sentido? No parece que la única conclusión lógica sea afirmar que porque sólo los individuos posean una voluntad, sólo ellos puedan tener derechos. Ello sólo sería correcto si realmente estuviese demostrado que el concepto jurídico de voluntad y de acción fuese idéntico con el concepto psicológico de los mismos; esto sólo se podría demostrar si existiese una verdadera relación entre el ordenamiento jurídico y la voluntad psicológica. Ello significaría que el Derecho sería una categoría individualista, cuestión que, como hemos podido ver, parece ser contradictoria con la esencia misma del Derecho.

En efecto surge del concepto de derecho subjetivo que no existe ninguna relación conceptual con la voluntad en sentido psicológico. El derecho subjetivo es tanto la posibilidad de voluntad como la posibilidad de acción (*Willens- und Handlungsmöglichkeit*) que nada tiene que ver con el sentido psicológico de las mismas. El derecho subjetivo sirve para la satisfacción de los intereses y se ejerce en el mundo exterior. De la misma manera que es posible pensar que existen intereses comunes a una pluralidad de individuos, es posible pensar en la acción (actuación) conjunta de varios individuos para lograr un resultado perseguido. Por lo tanto, habría que afirmar que la acción en un sentido jurídico es algo diferente a la acción en un sentido psicológico. Tan cierto como es que desde un punto de vista psicológico la voluntad y la acción solo son imaginables en el individuo, tan cierto es también que en un sentido jurídico estamos en presencia de una voluntad y de una acción distintas y que es pensable una acción conjunta de varios y que bajo esta voluntad y acción

conjunta no debe subsumirse algo diferente a la acción o voluntad del individuo²⁷⁶. La única diferencia radica en que la acción jurídica del individuo es igual a su acción psicológica, mientras que la acción jurídica de un conjunto de personas es un fenómeno mucho más complejo.

Todo este desarrollo es posible sostenerlo en virtud de los conceptos que BINDER sostiene en relación al sujeto del Derecho y del de derecho subjetivo y sólo se puede fundamentar en relación a ellos. Según esas afirmaciones se puede sostener que del concepto de Derecho como poder de voluntad (*Willensmacht*) no surge en absoluto ningún presupuesto conceptual psicológico para el sujeto de Derecho.

Del concepto de persona jurídica como sujeto de Derecho no es posible deducir que pueda realizar negocios jurídicos o cometer delitos, ni tampoco es posible afirmar que no lo pueda, que no es una verdadera persona, ni que tampoco sea un sujeto de Derecho²⁷⁷.

Hasta aquí habría que afirmar que desde los puntos de vista de la doctrina dominante no existe nada que obligue a identificar los conceptos de personalidad natural con el de personalidad jurídica. Con ello tampoco se quiere decir que cualquier cosa puede ser sujeto de Derecho, sino que habrá que pensar en el concepto de sujeto de Derecho en relación al contenido del derecho subjetivo. El sujeto de Derecho no tiene porqué ser una persona física. Pero, entonces ¿cómo debería estar constituida la esencia (*Wesen*) del sujeto de Derecho?

²⁷⁶ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 44.

²⁷⁷ Según BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 45, era una crítica frecuente la que se le hacía a la doctrina dominante en aquella época que confundía la "capacidad jurídica con la capacidad de acción". Cfr., por ejemplo, DERNBURG, H., *Pandekten*, Verlag von H.W. Müller, Berlin, 1884, tomo I, § 39, nr. 4, 5.

La cuestión de quién puede ser sujeto de Derecho sólo se podrá responder una vez que se haya establecido qué es un sujeto de Derecho. Como ya he mencionado, según SAVIGNY²⁷⁸ el argumento era el siguiente: "Toda relación de Derecho existe por la relación de una persona con otra. El primer componente de la misma, que precisa una consideración más exhaustiva, es la naturaleza de las personas, cuya relación mutua es la que puede establecer esa relación jurídica. Aquí habría que responder entonces: ¿Qué es lo que puede ser titular o sujeto de una relación jurídica? Esta cuestión se refiere la posibilidad de tener derechos o a la capacidad jurídica (...)"²⁷⁹.

En general, la doctrina de la época²⁸⁰ se conformaba con la respuesta de que ser sujeto de Derecho era lo mismo que ser el titular del derecho. Esta afirmación conlleva que la imagen esta detrás de la misma es siempre la de una persona física que lleva el Derecho en sus manos, que se la saca a otros, y se pretende así imaginar una relación en si abstracta²⁸¹. El sujeto de Derecho no es una cosa y cuando hayamos reconocido este hecho, entonces no estaremos en peligro de cometer el error de buscar a ese "titular del derecho" como algo con apariencia real y de identificar necesariamente al sujeto del Derecho con una persona física.

²⁷⁸ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo II, pág.1.

²⁷⁹ v. SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo II, pág. 1: "Jedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer anderen Person. Der erste Bestandteil derselben, der einer genaueren Betrachtung bedarf, ist die Natur der Personen, deren gegenseitige Beziehung jenes Rechtsverhältnis zu bilden fähig ist. Hier ist also die Frage zu beantworten: Was kann Träger oder Subjekt eines Rechtsverhältnisses sein? Diese Frage betrifft das mögliche Haben der Rechte oder die Rechtsfähigkeit (...)"

²⁸⁰ GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, tomo I, § 30. BIERLING, E. R., *Juristische Prinzipienlehre*, Reimpresión de la edición de 1894-1917, Scientia Aalen, 1961, tomo I, pág. 201. JHERING, R., *Das Geist des römischen Rechts*, tomo III, pág. 22 ss.

²⁸¹ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 47.

Por lo tanto, la respuesta a la pregunta sobre el sujeto del Derecho se podrá obtener si se observa que el ordenamiento jurídico se ocupa de *relaciones*. Todo aquello que para el Derecho reviste importancia son relaciones entre personas o entre éstas y otros objetos jurídicos. Lo importante es considerar que toda situación jurídica es una *relación*. Por lo tanto, ser sujeto de Derecho significa según BINDER "encontrarse en una relación establecida por el ordenamiento jurídico"²⁸². Precisamente porque el sujeto de Derecho es considerado como una cosa es que la teoría de influencia romanista no podía encontrar esa cosa ante sus ojos y no pudo hacer otra cosa que fingirla: GIERKE intentó construir la corporación como un concepto colectivo, JHERING y BEKKER intentaron destruir la relación del derecho subjetivo para considerar como sujeto al que "dispone" (Verfüger) o al que "disfruta" (Genießer). La importancia de estos intentos es que hayan puesto de manifiesto que el sujeto del Derecho no tiene porque ser sólo una persona física.

De este breve desarrollo de los distintos modelos de tratamiento puede ver quizás con mayor claridad lo que se apuntaba al comienzo de la introducción del planteamiento del problema que se pretende investigar. Es decir, que como sostiene BINDER²⁸³, el origen de este problema reside en pretender subsumir tanto a la persona física como la persona jurídica bajo un mismo concepto supremo. Y ese concepto supremo debe ser el concepto del *sujeto del Derecho*. Si se pretende saber si la persona jurídica es o no un sujeto de Derecho, lo primero que habrá que resolver es *qué es un sujeto de Derecho*.

La discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas muestra además que la cuestión del *sujeto* no es sólo específicamente un problema jurídico, sino que se debe plantear como un problema más bien metajurídico. Por lo tanto, tendremos que investigar cuales son las relaciones reales que subyacen en la

²⁸² BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 49.

²⁸³ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 32 ss.

persona jurídica para poder transformar el problema en un problema jurídico y no metafísico²⁸⁴.

Si es posible reconocer que tanto la personalidad de la persona jurídica como la de la persona física es un concepto de *relaciones*, entonces habremos llegado al concepto supremo bajo el cual se deben subsumir ambas categorías jurídicas. Hasta JHERING y BEKKER la dogmática estaba acostumbrada a considerar el concepto del sujeto del Derecho como un concepto constante. Tanto JHERING como BEKKER han hecho posible que ello no fuera ya considerado de esa manera²⁸⁵. Pero si bien ambos reconocían que ello era así, también afirmaban que el concepto de Derecho sí era constante. Posiblemente fuese esta la razón por la que no se pudiera tampoco llegar a otra solución. Todas las teorías de las corporaciones parten de la base de que no existen diferencias cualitativas de la capacidad jurídica ni tampoco de derechos. De esta forma la dogmática perdió no sólo la base de la realidad jurídica, sino que confundió dos cuestiones diferentes. Esta situación la reconoció por primera vez HÖLDER²⁸⁶: una cuestión es la que se refiere a lo que se debe proteger del individuo y la otra cuestión es cómo se debe proteger al individuo. Cuando se afirma que todos los individuos tienen capacidad jurídica, no se hace más que reconocer que al ser humano se le reconoce un determinado valor que se refleja en el ordenamiento jurídico; con ello se afirma que en el Derecho moderno el individuo nunca podrá ser un objeto del Derecho²⁸⁷. Pero ello no significa en absoluto que el ordenamiento jurídico proteja a todos los individuos de igual forma, ni que todos sean en forma igual sujetos de derechos. Esta situación es la que en el fondo no se reconoce. No existe un único

²⁸⁴ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 53.

²⁸⁵ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 40.

²⁸⁶ HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, pág. 112.

²⁸⁷ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 41.

modelo de Derecho ni tampoco de sujetos con capacidad jurídica²⁸⁸. Lo que es uno de los casos posibles no supone de ninguna manera que sea la única forma pensable de sujeto.

La importancia de la obra de GIERKE reside precisamente en poder sostener esa afirmación, según la que también se trata de una relación²⁸⁹.

Por lo tanto, ser sujeto de Derecho significa encontrarse en una determinada relación jurídica. Cómo se encuentra configurada esa relación, surgirá del concepto de derecho subjetivo *in abstracto* y del contenido del mismo *in concreto*. De todo esto surge que sólo puede ser sujeto de Derecho quien se encuentre en tal situación²⁹⁰.

Lo importante de la investigación llevada a cabo por BINDER es poder sostener que no se trata de identificar a la persona jurídica con la persona física para poder considerarla como un sujeto de Derecho, sino que lo que importa para poder establecer ese concepto es reconocer que el Derecho se ocupa de *relaciones entre sujetos*. Si podemos determinar el sujeto del Derecho sin necesidad de identificarlo con la persona física, entonces podremos empezar a elaborar los presupuestos para establecer si tal sujeto puede o no ser imputable.

Esta situación es lo que probablemente llevó también a replantear el problema del sujeto. También son sujeto del Derecho los conjuntos de personas, ya que el propio Derecho permite que se agrupen como una *persona jurídica*.

²⁸⁸ BEKKER, E., *System des heutigen Pandektenrechts*, tomo I, pág. 54; RÜMELIN, *Methodisches über juristische Personen*, pág. 15.

²⁸⁹ GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, pág. 17.

²⁹⁰ BINDER, J., "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", pág. 54.

Toda esta evolución que tiene lugar es lo que permitirá que GIERKE sostenga que las personas jurídicas tienen también una voluntad propia y que la expresan de forma igual que los seres humanos (Teoría orgánica).

Así el primer esquema dogmático de la teoría del delito que surge a partir de la obra de v. LISZT (1881) plantea un nuevo horizonte para el Derecho penal y sostiene que el Estado y el Derecho existen a causa del hombre. Por ello, se sostiene también, junto con JHERING, que el Derecho penal tiene que proteger intereses para cuya protección la sociedad ha creado al Derecho²⁹¹.

Las evoluciones que hubo en relación al concepto de norma también tuvieron la finalidad de adaptarse a un sistema penal de doble vía, pero *no tuvieron en cuenta el problema del sujeto del Derecho penal*. Desde la teoría de los imperativos la norma se concebía desde un punto de vista según el cual el sujeto del Derecho sólo podía ser un sujeto ético. La norma se entendía como una orden.

En este sentido, la afirmación según la cual "todo el ordenamiento jurídico es sólo un conjunto de imperativos", también presentaba -por ejemplo- otro inconveniente: ¿cómo explicar desde esta perspectiva que hay normas del ordenamiento jurídico que no son imperativos? Por ejemplo, la norma que regula las reglas de la legítima defensa. En esta norma el ordenamiento no *obliga* a actuar en legítima defensa, sino que sólo lo autoriza. Los defensores de la teoría de los imperativos se defendían de la crítica argumentando que tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, por ejemplo, no son más que *límites* a los imperativos, es decir, que sólo establecen hasta dónde alcanzan los imperativos²⁹².

²⁹¹ v. LISZT, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1. ed., pág. 2.

²⁹² v. FERNECK, H., "Die Rechtswidrigkeit - Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts", Band II, 1. Abschnitt, Jena, 1905.

Otro de los obstáculos a los que se enfrentaba la teoría de los imperativos era la explicación de la imprudencia. La teoría sólo funcionaba si se trataba de un autor que había "conocido" los imperativos. Por esa misma razón, se exigía por los partidarios de dicha teoría la consciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad.

Por lo tanto, un sujeto incapaz de culpabilidad nunca podía infringir un imperativo. En este sentido, se sigue manteniendo la imposibilidad de sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero surge, a su vez, la necesidad de implementar la doble vía en el Derecho penal. Por eso, en lo esencial, la culpabilidad siguió siendo una "culpabilidad de voluntad".

Toda esta cuestión se relaciona, a su vez, con la problemática de las teorías relativas de la pena: la premisa de las teorías absolutas de la pena, según la cual la "culpabilidad es culpabilidad de voluntad (libre)", debería haber permitido superar el obstáculo de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. En efecto, si la pena no se legitima por la culpabilidad (entendida en ese sentido), sino por su capacidad preventiva, poco debería haber importado si una persona jurídica tenía o no una voluntad propia libre. Probablemente, esto es lo que intuyó v. LISZT -sin desarrollarlo expresamente-. Sin embargo, la teoría de la prevención especial formulada por v. LISZT, que tuvo tanta aceptación hasta la post guerra, sólo tenía en cuenta autores individuales. Ello se puede comprobar directamente al considerar las finalidades preventivas de la pena postuladas por v. LISZT en relación a los diversos *tipos de autores*. Tales finalidades son claramente de carácter individual y, por lo tanto, aunque no querían una culpabilidad de voluntad, sino la específica *voluntad de autor*, -desarrollada por BOCKELMANN²⁹³- y basada en el determinismo, poco se pudo avanzar en el problema concreto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Precisamente, la tarea de una fundamentación en este sentido fue asumida por BUSCH,

²⁹³ BOCKELMANN, *Studien übers Täterschaftsrecht*, 1. Teil, Berlin, 1939; 2. Teil, Berlin, 1940.

quien sostuvo que la solución respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dependía de la configuración del sujeto teniendo en cuenta la *finalidad de la pena y del Derecho penal*.

En el ámbito específico del Derecho penal estos modelos tuvieron también gran influencia. Especialmente, me parece interesante destacar la influencia de la teoría de GIERKE para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica:

HAFTER da el paso de la realidad científico-natural de GIERKE a la realidad científico-*espiritual* (o científico-cultural); esta solución se desarrolla en un marco *neokantiano*, en el que no se pueden superar los obstáculos. En efecto: las ciencias del espíritu o de la cultura sólo significaron la posibilidad de un conocimiento cultural entendido como una *valoración* de la realidad natural²⁹⁴. Por lo tanto, una valoración jurídica del sujeto del Derecho difícilmente podría prescindir de la base "natural" del sujeto como tal. Ello remitía nuevamente a la búsqueda de la voluntad y de la acción propias de las personas jurídicas, que HAFTER emprende haciendo leves correcciones sobre lo dicho por GIERKE.

Sin embargo, es preciso mencionar que posteriormente HAFTER termina abandonando por completo su tesis tan elaborada, dado que le resulta imposible congeniarla con la exigencia del principio de culpabilidad: no es posible probar que la asociación haya actuado psicológicamente con culpabilidad²⁹⁵. Consecuentemente, en virtud de ello, niega la posibilidad de aplicar una penal criminal a una persona jurídica, pero no descarta la posibilidad de aplicar medidas de seguridad penales²⁹⁶.

²⁹⁴ confr. RICKERT, WELZEL.

²⁹⁵ HAFTER, E., *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1926, pág. 64.

²⁹⁶ HAFTER, E., *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, pág. 65.

BUSCH, dentro del mismo marco, da un paso más; va del sujeto prejurídicamente determinado al sujeto determinado en *función de la finalidad de la pena y del Derecho*, entendida como protección de "intereses, bienes, valores que la sociedad entiende merecedores de protección"²⁹⁷.

El desarrollo de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas después de GIERKE se basa en el intento de mostrar que *naturalmente* se dan en las personas jurídicas los mismos elementos que en la persona individual. Este punto de partida metodológico revela que, en realidad, se sigue considerando al *sujeto individual* como el prototipo del sujeto del Derecho y que sólo cabe pensar en un sujeto del Derecho que reúna tales condiciones. Muy probablemente esto es consecuencia del mantenimiento del concepto de norma correspondiente a la idea de sujeto individual: si la norma debe ser considerada como una orden emitida por una autoridad en relación a sujetos obligados a obedecerla, es evidente que no podrá haber un sujeto de Derecho que no tenga capacidad de comprenderla y de comportarse según esa comprensión. En la medida en que el modelo de la ética kantiana, adaptado *mutatis mutandi* a un sistema normativo heterónimo (como lo es el Derecho), no sea puesto en duda, no parece posible abandonar este marco.

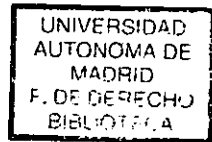
Es este sentido, es que resulta importante las aportaciones de KELSEN a la discusión sobre el sujeto. Sus aportaciones muestran la modificación del sujeto del Derecho a partir de su rechazo de un concepto psicológico de voluntad y la, consiguiente, ruptura con el modelo de la persona física. Su punto de partida lo constituyen el Derecho y la norma de los cuales deben surgir los conceptos del Derecho, sin tomar en consideración otras ciencias como pueden ser la psicología o la sociología. Indudablemente, se trata de una visión que hoy por hoy resulta insostenible, pero que muestra la importante crisis en la que se hallaba el concepto del sujeto.

²⁹⁷ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, pág. 89: "Das Recht ist Schutz von Interessen, Gütern, Werten, die Gesellschaft für schutzwürdig hält, insofern also Schutz der Gesellschaft".

En este sentido, se verá más adelante como una *normatización* del concepto de *sujeto*²⁹⁸ debería permitir romper con el naturalismo que ha dominado desde SAVIGNY en esta materia. Presupuesto de esta reorientación es la superación de la filosofía de la conciencia y reemplazo de la *razón práctica* por la *razón comunicativa*²⁹⁹.

²⁹⁸ JAKOBS, prólogo a la 1ª ed. de *Strafrecht Allgemeiner Teil*.

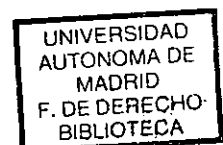
²⁹⁹ HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992, Cap. I. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1995, págs. 124 ss.



CAPITULO II:

LA IDEA DE SOCIEDAD Y EL CONCEPTO DE SUJETO EN LA SOCIOLOGÍA Y LA ÉTICA MATERIAL COMO FUNDAMENTO DE LA DOGMÁTICA DEL FINALISMO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA DOGMÁTICA FINALISTA
- III. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA DOGMÁTICA DEL FINALISMO DE WELZEL
- IV. UN NUEVO CONCEPTO DE ACCIÓN: LA ACCIÓN FINAL
- V. LA CULPABILIDAD EN EL MODELO FINALISTA
- VI. DISCUSIÓN EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESTE NUEVO CONTEXTO
 - 1) La capacidad de acción de las personas jurídicas
 - 2) La capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas
 - 3) La función de la pena en relación a las personas jurídicas
- VII. CONCLUSIONES





CAPITULO II:

LA IDEA DE SOCIEDAD Y EL CONCEPTO DE SUJETO EN LA SOCIOLOGÍA Y LA ÉTICA MATERIAL COMO FUNDAMENTO DE LA DOGMÁTICA DEL FINALISMO

I. INTRODUCCIÓN

El sistema "clásico" de la teoría del delito elaborado por v. LISZT y BELING, que había sido dominante durante principios del siglo XX, y cuyo logro había sido no sólo desarrollar el sistema general de la teoría del delito, sino también establecer la diferenciación entre el aspecto objetivo y subjetivo de la estructura del delito -que, como hemos visto, fue influenciada por v. JHERING-, sufre una primera ruptura con las elaboraciones del llamado sistema "neoclásico" de la teoría del delito. La causa de esta primera reestructuración de las categorías de la teoría del delito es el reconocimiento de que no todos los casos se pueden explicar exclusivamente a través del modelo de elementos puramente objetivos y subjetivos. Es decir, que algunos aspectos objetivos del delito también tienen una parte subjetiva y, a su vez, ciertos elementos subjetivos también contienen aspectos objetivos. En este sentido, la descripción de algunos tipos penales (como, por ejemplo, el delito de robo) llevan al reconocimiento de la existencia de los llamados *elementos subjetivos del injusto*¹. A su

¹ FISCHER, H.A., *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrecht*, 1911. HEGLER, A., "Die Merkmale des Verbrechens", ZStW 36 (1915), pág. 19 y pág. 184. En general, SIEVERTS, R., *Beiträge zur Lehre der subjektiven Unrechtselemente im Strafrecht*, Hamburg, 1934.

vez, también se pone de manifiesto el reconocimiento de los *elementos objetivos de la culpabilidad*².

La versión más acabada de este sistema de la teoría del delito se encuentra representada por la obra de MEZGER³, donde si bien se mantiene la distinción fundamental entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del delito, entendiéndose como elementos de éste último el dolo y la culpa, se debieron reconocer excepciones a tal modelo y, por lo tanto, buscar una nueva fundamentación para la diferencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo. Se afirma la existencia del injusto desde la perspectiva del daño social y se valora la determinación de la culpabilidad desde el punto de vista de su reprochabilidad. La concepción de la culpabilidad como "reprochabilidad" determinará el llamado concepto "normativo de culpabilidad".

Sin embargo, a partir de los años treinta se comienza a gestar un profundo cambio en la dogmática del Derecho penal que va más allá de introducir correcciones en el modelo clásico de la teoría del delito⁴. Como hemos podido ver en el capítulo anterior a comienzos del siglo XX nos encontramos ante una profunda crisis del concepto del sujeto que se va a poner de manifiesto también en la discusión jurídico-penal. En realidad, desde v. LISZT no se habían producido grandes cambios en el modelo clásico de la teoría del delito. En efecto, a pesar de los cambios metodológicos que supuso la evolución desde el idealismo tardío y el positivismo hacia la filosofía neokantiana orientada por los valores y de la elaboración del sistema

² KÖHLER, A., "Die Schuld als Grundlage des Strafrechts", GS 95 (1927), pág. 433, y GS 96 (1928), pág. 91. MEZGER, E., "Die Reform des Strafrechts", ZStW 47 (1927), pág. 471; el mismo, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, München, 1931, pág. 270. HEGLER, A., "Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft", en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Festschrift der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, tomo V: Strafrecht und Strafprozeßrecht, Berlin/Leipzig, 1929, pág. 314; el mismo, "Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff", en *Festgabe für Reinhard FRANK*, tomo I, Tübingen, 1930, pág. 252. THIERFELDER, R., *Objektiv gefaßte Schuldmerkmale*, Breslau-Neukirsch, 1932.

³ MEZGER, E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*.

⁴ SILVA SANCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 57 ss.

"neoclásico", se continuaba manteniendo como característica fundamental la distinción esencial entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del delito como base del sistema⁵.

Por el contrario, la fuerte ruptura con estos dos modelos -el modelo clásico y las modificaciones introducidas por el modelo neoclásico- y, fundamentalmente con la concepción del *sujeto* del Derecho penal surge realmente, desde un punto de vista sistemático, con la *teoría final de la acción* de WELZEL. La discusión que se plantea pone en tela de juicio el concepto de acción vigente hasta el momento y ello supone, más allá de las modificaciones sistemáticas que implicará en la propia teoría del delito, un replanteamiento de la idea del sujeto del Derecho penal. En este sentido, comienza aquí la primera cesura trascendente con el modelo de sujeto anterior. El replanteamiento del concepto de acción es, en última instancia, un replanteamiento del concepto de sujeto⁶. En este sentido, para nuestra tesis resulta especialmente importante todo cambio metodológico que implique una modificación en la idea del sujeto del Derecho penal, ya que el modelo de sujeto es, en realidad, determinante del contenido dogmático de las categorías de la teoría del delito.

Las nuevas influencias filosóficas y sociológicas originadas por las obras de SCHELER, HARTMANN, WEBER y GEHLEN⁷, permitirán dar una visión más amplia y completa de la persona humana, así como de su significado en la sociedad. Ello, a su vez, producirá el replanteamiento desarrollado por WELZEL sobre la función del Derecho penal y la, consecuente, transformación en las categorías de la acción y de la culpabilidad de la teoría del delito. Por lo tanto, es especialmente importante detenerse en el estudio de los fundamentos filosóficos y en el sistema de la

⁵ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, pág. 199.

⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Prólogo a la 1. ed.

⁷ SCHELER, M., *Die Stellung des Menschen in den Kosmos*, 1928. GEHLEN, A., *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 13. ed., Wiesbaden, 1986. HARTMANN, N., *Ethik*, 4. ed., Berlin, 1962.

teoría del delito finalista en relación a aquellos aspectos de la misma que han permitido una nueva visión del sujeto del Derecho penal rompiendo con el modelo de sujeto mantenido hasta el momento.

II. FUNDAMENTOS FILOSOFICOS DE LA DOGMÁTICA FINALISTA

Si en los modelos de la teoría del delito anteriores los conceptos jurídicos se habían de orientar a partir de las ciencias naturales y en la filosofía de los valores neokantiana, WELZEL toma como punto de partida una visión fenomenológica y, posteriormente, ontológica. El cuestionamiento llevado a cabo por WELZEL no se realiza sólo desde una perspectiva del Derecho penal, sino que reconoce que éste va más allá del Derecho penal y, por lo tanto, es preciso recurrir a otros ámbitos del conocimiento científico⁸.

En este sentido, WELZEL pretende mostrar que los objetos sobre los que el Derecho formula sus conceptos son siempre los mismos y que, por lo tanto, lo que para una ciencia es verdadero también lo debe ser para la otra. Lo que sucede es que no en todas las ciencias el mismo objeto se presenta en su totalidad. Por el contrario, una mejor descripción indicaría que en las distintas ciencias se estudian aspectos diferentes de un mismo objeto. Consecuentemente, según WELZEL, sólo existe una única verdad⁹. Por consiguiente, no se puede sostener, desde su punto de vista, que la voluntad, por ejemplo, sea distinta desde la perspectiva de la psicología

⁸ WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", en *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin /New York, 1975, pág. 185, publicado por primera vez en ZStW 60 (1941), pág. 428.

⁹ WELZEL, H., "Strafrecht und Philosophie", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975, pág. 3, publicado por primera vez en Kölner Universitätszeitung, tomo 12 (1930), nr. 9, pág. 5.

que desde la perspectiva de la ética, sino que cada ciencia la explica desde diferentes ángulos y, por ello, la voluntad adquiere connotaciones diversas¹⁰.

WELZEL pretende que este planteamiento no sólo tenga un valor teórico, sino precisamente práctico. La perspectiva desde la que el Derecho penal estudia los objetos no "crea" objetos nuevos, sino que los considera desde otros puntos de vista o con otra complejidad, pero siguen siendo los mismos objetos que se estudian en la física, en la química, en la medicina, en la psiquiatría o en la psicología. Por esta razón, no es posible dejar de considerar los resultados a los que las otras ciencias llegan en torno a un mismo objeto¹¹.

Desde esta perspectiva no es el objeto el que debe determinar el método de estudio, sino el método el que se debe determinar en función del objeto. No estamos en presencia de algo amorfo que deba ser determinado, sino que, en todo caso, nuestro conocimiento del objeto es al principio "amorfo" y es el que se debe ir determinando en consideración del conocimiento que se vaya adquiriendo del objeto¹². Por otro lado, se debe ser consciente del hecho de que cada ciencia sólo estudia determinados aspectos de un objeto y, por esta razón, no se debe tender a considerar que la abstracción de una ciencia ya determina la totalidad de los aspectos del objeto¹³. Este es precisamente, en opinión de WELZEL, el error que se ha cometido en relación con la teoría penal de la causalidad, ocasionando en consecuencia grandes confusiones en torno a la misma. La teoría de la causalidad se orientaba por el concepto de causalidad de las ciencias naturales exactas. La cadena de causalidad era la única explicación dogmática de un suceso real. Sin embargo, WELZEL sostiene que ya no se puede afirmar que esa sea la única explicación del desarrollo de un suceso. Por lo tanto, es

¹⁰ WELZEL, H., "Strafrecht und Philosophie", pág. 2.

¹¹ WELZEL, H., "Strafrecht und Philosophie", pág. 3.

¹² WELZEL, H., "Strafrecht und Philosophie", pág. 3.

¹³ WELZEL, H., "Strafrecht und Philosophie", pág. 4.

a partir de la crisis que se genera en relación a la teoría de la causalidad cuando también entra en crisis el concepto de acción que se había considerado hasta el momento como el único válido, es decir, el concepto según el cual la acción es "un movimiento corporal que produce transformaciones en el mundo exterior", como la había definido con mayor precisión RADBRUCH¹⁴.

Por el contrario, WELZEL pone de manifiesto que los objetos sometidos a valoración para la formación de un concepto jurídico tienen dos momentos: por un lado, un momento ontológico y, por otro, un momento normativo¹⁵. En este sentido, el ordenamiento jurídico determina qué fenómenos ontológicos quiere valorar y conectar con una determinada consecuencia jurídica, pero lo que el ordenamiento jurídico no puede hacer es cambiar los fenómenos cuando lleva a cabo dicha tipificación de una conducta en el Código penal. Los tipos penales sólo pueden reflejar un material ontológicamente predeterminado, pero lo que no pueden es modificar esa estructura ontológica. De ahí deduce WELZEL para la metodología de la ciencia del Derecho penal que, si bien siempre deberá tomar como punto de partida el tipo penal, para poder comprender el contenido y realizar una correcta valoración de la determinación del concepto jurídico se deberá tener presente la estructura ontológica¹⁶. La determinación de los momentos ontológicos de los conceptos del tipo penal no se agota, de modo alguno, en la formación de los conceptos penales, pero -al contrario de lo que hacía la ciencia del Derecho penal hasta el momento- no se pueden dejar de tener en cuenta para dicha formación de conceptos jurídico-penales.

Todo este cuestionamiento sobre la formación de los conceptos jurídico-penales y la necesidad de no partir ya sólo de valoraciones aportadas por otras ciencias

¹⁴ RADBRUCH, G., "Zur Systematik der Verbrechenslehre", en Festgabe für Reinhard FRANK, tomo I, Tübingen, 1930, pág. 161.

¹⁵ WELZEL, H., "Über Wertungen im Strafrecht - Eine prinzipielle Bemerkung zur sog. emotional-normativen Logik", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975, pág. 25, publicado por primera vez en *Der Gerichtssaal* 103 (1931), pág. 703.

¹⁶ WELZEL, H., "Über Wertungen im Strafrecht", pág. 28.

y por las valoraciones específicamente jurídicas, lo llevan a WELZEL a la reestructuración del concepto de acción tomando como punto de partida sus propuestas ontológicas.

En este sentido, la evolución que presentan los estudios sobre el hombre influyen también la idea de éste como sujeto del Derecho penal. Dado que el Derecho penal se ocupa exclusivamente de acciones humanas¹⁷, la nueva visión que se tenga del hombre influenciará también su concepción como sujeto del Derecho penal. En este sentido, reconoce WELZEL, que tanto el contenido como el proceso de desarrollo de la condición espiritual del hombre sólo se puede comprender a partir de una visión general del mismo. El punto de partida debe ser tomado a partir de una antropología filosófica como base para la comprensión de la composición espiritual del hombre y, en última instancia, para comprender la relación existente entre la personalidad y la culpabilidad¹⁸.

La dimensión de estos puntos de partida sólo se puede abarcar si se toman en consideración los resultados obtenidos por otras ciencias que permiten así la formación de una idea más unitaria del hombre o, al menos, aspiran a una concepción unitaria del mismo¹⁹.

El planteamiento filosófico de WELZEL²⁰ sobre estas cuestiones está fuertemente influenciado por los fundamentos filosóficos de la obra de SCHELER²¹ y de GEHLEN²². La cuestión que WELZEL considera esencial para el Derecho penal

¹⁷ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 7, Vorbemerkung, pág. 30.

¹⁸ WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 185.

¹⁹ WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 186.

²⁰ WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 186.

²¹ SCHELER, M., *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 1928.

²² GEHLEN, A., *Der Mensch*, 1940, 13. ed.

es hallar una respuesta a si el hombre tiene una posición especial en el mundo frente a los animales. Esta cuestión le resulta de suma importancia para el Derecho penal, pues si el Derecho penal exige responsabilidad a los individuos y no a los animales, entonces se debe plantear en la determinación de la esencia de la persona humana, al menos en principio, la pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad humana²³.

En este sentido, encuentra que los criterios más importantes de la determinación de la esencia del hombre los había expuesto SCHELER en su obra *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. Allí SCHELER sostenía la diferenciación entre la constitución instintiva de los animales frente a la del hombre que se encuentra, por un lado, desligado existencialmente y, por otro lado, tampoco se encuentra sometido a su instinto o a su entorno. El hombre es, por lo tanto, un ser *libre* respecto de su entorno²⁴.

Esta idea constatada por SCHELER como un mero hecho es elaborada por GEHLEN, quien establece una relación entre la contraposición de la dependencia de los animales de sus instintos y de su entorno frente a la libertad del hombre respecto de su entorno. La independencia del hombre respecto de su entorno la relaciona GEHLEN con la falta de especialidad del hombre frente a un determinado entorno: el hombre carece de sentidos y de instintos naturales suficientes y, precisamente por ello, tiene -en comparación con los animales- una necesidad de dependencia durante su niñez considerablemente más larga que los animales. La falta de "preparación" para responder a un determinado entorno hace que el hombre sólo pueda existir por su indeterminación frente al mismo. Por lo tanto, el hombre es un ser actuante, es decir, que sólo puede superar la falta de preparación frente al entorno por medio de una actividad planeada, dirigida hacia a un fin y basada en la experiencia. La capacidad de conducir una acción de forma *final* constituye, por lo tanto, el primer criterio de

²³ WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 186.

²⁴ SCHELER, M., *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, pág. 47 s.

determinación de la esencia del hombre. En este criterio se encuentran, a su vez, las características de la carencia de instinto, de la objetividad y de la indeterminación frente al entorno como presupuestos biológicos del hombre²⁵.

A partir de esta nueva concepción del hombre, que deja de lado la visión puramente biológica del mismo introduciendo elementos psicológicos y sociológicos, WELZEL elabora los nuevos fundamentos del Derecho penal que, a su vez, darán lugar a un nuevo concepto de acción y de culpabilidad en la Teoría del delito. Estos fundamentos marcan así una nueva concepción del sujeto del Derecho penal.

III. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA DOGMÁTICA DEL FINALISMO DE WELZEL

A partir de los mencionados postulados filosóficos generales, WELZEL formula el sentido y la función específica que debe cumplir el Derecho penal como rama del ordenamiento jurídico. En este sentido, el Derecho penal determina cuáles son las características de la acción delictiva y las conecta con una consecuencia jurídica que tiene lugar en forma de pena o medida de seguridad²⁶. Por lo tanto, la función del Derecho penal dentro del ordenamiento social tiene dos aspectos: por un lado, una función ético-social y, por otro lado, una función preventiva.

Dentro de la *función ético-social* el objeto del Derecho penal es la protección de los valores elementales de la vida social²⁷. La protección de ciertos valores por medio del Derecho penal tiene lugar a través de la protección de bienes jurídicos, es decir, prohibiendo y castigando las acciones que tienen por finalidad la

²⁵ GEHLEN, A., *Der Mensch*, passim. WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 188.

²⁶ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin, 1969, § 1, pág. 1.

²⁷ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 1, pág. 1.

lesión de determinados bienes. De esta manera se logra la validez de los valores ético-sociales positivos y, al mismo tiempo, el reconocimiento de los mismos. El Derecho penal se ocupa, por lo tanto, del comportamiento externo y no del convencimiento interno o de la conciencia, que en ningún caso pueden desencadenar la imposición de una pena. Estos valores que se protegen constituyen así el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales²⁸.

En este sentido, lo lícito y lo ilícito se determina -según esta concepción- de acuerdo al grado de su utilidad o de su daño social. El valor de la acción se determina en función de la utilidad o el daño del resultado de la acción²⁹. La función del Derecho penal es, por lo tanto, la protección de los valores ético-sociales de la acción y esta protección es la que permite, a su vez, la protección de determinados bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son bienes vitales de la sociedad o del individuo que merecen ser protegidos por su significación social. Dicho con otras palabras, son todo estado social deseado que el Derecho quiere proteger frente a cualquier posible vulneración. La suma de los bienes jurídicos constituyen, por último, el orden social. En este sentido, el significado de una acción está predeterminado por la organización social en la cual actúa la persona y, por lo tanto, el valor que adquiere un determinado bien jurídico no tiene lugar de forma aislada o abstracta, sino que se encuentra en relación con la totalidad del ordenamiento social³⁰. Esta función del Derecho penal es la más importante y a través de ésta surge también una segunda función.

En efecto, en segundo lugar, el Derecho penal cumple también una *función preventiva*. Dentro de su función ético-social relatada, el Derecho penal se ocupa del comportamiento humano de aquellos que son capaces de una mínima vinculación ético-social. Este sector de la sociedad abarca con seguridad a la mayoría

²⁸ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 1, pág. 2.

²⁹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 1, pág. 3.

³⁰ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 1, pág. 4; el mismo, "Persönlichkeit und Schuld", pág. 200.

de los ciudadanos que participa en la construcción positiva de la vida en sociedad a través de las uniones sociales fundamentales que se encuentran en la familia y el trabajo. Frente a éstos, el Derecho penal funciona, en primer lugar, garantizando la seguridad y la constancia de su juicio ético-social de la sociedad y, en segundo lugar, reacciona en el caso concreto contra el quebrantamiento del Derecho con la imposición de una pena³¹. El Derecho penal se ha de orientar en la población que configura los valores de la vida social para desarrollar de forma clara los disvalores delictivos de la acción prohibida y determinar los tipos penales ofreciendo así al individuo límites firmes y permitiendo la necesaria libertad de movimiento en la vida social. Al quebrantamiento de estos tipos penales el Derecho penal responde con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad del autor. Esta segunda consecuencia tiene como resultado ulterior un efecto preventivo del Derecho penal³².

La función primordial del Derecho penal es para WELZEL una función ético-social y la función preventiva, más que como una segunda función independiente, aparece como una consecuencia lógica de la función principal. Por lo tanto, el Derecho penal tiene por objeto el mantenimiento de los valores *ético-sociales* del orden social.

IV. UN NUEVO CONCEPTO DE ACCIÓN: LA ACCIÓN FINAL

En 1931 con la publicación de "Kausalität und Handlung"³³ WELZEL aborda una reelaboración del concepto de acción, para afirmar posteriormente de forma

³¹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 1, pág. 6.

³² WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 2, pág. 9.

³³ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975, pág. 7, publicado por primera vez en ZStW 51 (1931), pág. 703.

más rotunda, en "Studien zum System des Strafrechts"³⁴, que la dogmática del Derecho penal carece de una teoría de la acción, manifestación que ya había insinuado en "Naturalismus und Wertphilosophie"³⁵.

Es necesario detenerse en el estudio de los fundamentos que dieron lugar a este cambio por la importancia que este nuevo concepto de acción va a tener sobre la idea del *sujeto* del Derecho penal marcando, a su vez, una nueva etapa en la dogmática de la teoría del delito.

Como consecuencia de la crisis en la que se encontraba en aquellos momentos la teoría de la relación de causalidad -ya puesta de manifiesto, como afirma WELZEL por HONIG³⁶- se pone a su vez en duda el significado mismo de la acción³⁷. Las distintas teorías de la relación de causalidad resultaban insuficientes para explicar la exclusión de determinados comportamientos de la responsabilidad penal. En este sentido, el primer obstáculo al que se enfrentó la teoría de la *conditio sine qua non*, fue intentado resolver por la teoría de la *causalidad adecuada*: no toda causa es penalmente relevante, sino sólo aquellas causas que sean relevantes para la relación de causalidad típica; todas las demás causas que tengan lugar fuera de aquellas abarcadas por el dolo del tipo, se excluyen de la relación de causalidad típica³⁸.

³⁴ WELZEL, H., "Studien zum System des Strafrechts", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975, pág. 120, publicado por primera vez en ZStW 58 (1939), pág. 491.

³⁵ WELZEL, H., "Naturalismus und Wertphilosophie", en *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, pág. 29, publicado por primera vez: *Naturalismus und Wertphilosophie - Untersuchung über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1935.

³⁶ HONIG, R., "Kausalität und objektive Zurechnung", en *Festgabe für Reinhard FRANK*, tomo I, Tübingen, 1930, pág. 174.

³⁷ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 7; el mismo, "Studien zum System des Strafrechts", pág. 120; el mismo, "Naturalismus und Wertphilosophie", págs. 77 ss. y 92.

³⁸ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 9, pág. 45.

La excesiva influencia de las ciencias naturales llevaron al convencimiento de que la acción era un mero proceso causal, cuyo desarrollo respondía a las reglas de la causalidad natural, es decir, que la idea de que una determinada condición produce (siempre y en las mismas circunstancias) un determinado efecto. Sin embargo, la teoría de la causalidad adecuada pretende introducir ciertos factores para matizar esta idea y, sobre todo, para permitir explicar la exclusión de determinados resultados causales de la imputación penal. La teoría de la causalidad adecuada no altera en sí los principios propios de la teoría de la *conditio*, es decir, la suposición de que la causalidad es la única forma de determinación de un suceso real, pero intenta resolver la cuestión según la cual existen ciertos sucesos reales que resultan penalmente relevantes, mientras que hay otros que no lo son³⁹. De ello deduce WELZEL que es posible afirmar que todo suceso real se basa en la existencia de una relación de causalidad, habrá que pensar que la diferenciación entre aquellos sucesos que resultan penalmente relevantes y aquellos que no son relevantes, ha de tener otra explicación fuera del significado ontológico de la causalidad. Por lo tanto, si el ordenamiento jurídico-penal no conecta todos sus predicados de valoración a todo suceso real, entonces deben existir, según WELZEL, diferencias ontológicas de las cuales se pueda deducir el tratamiento diferenciado de los distintos sucesos reales⁴⁰. Sin lugar a duda, el ordenamiento es libre de determinar qué comportamientos humanos son penalmente relevantes, pero si el tratamiento diferenciado de unos y otros ha de responder a una razón que vaya más allá de la pura arbitrariedad, es decir, que pueda tener algún sentido y ser lógica, entonces el fundamento se debe basar en alguna diferencia propia del objeto. Por lo tanto, sólo queda la posibilidad de cuestionar el fundamento principal de las teorías de la causalidad, según el cual la causalidad es la única explicación posible de todo suceso real. Si resulta posible afirmar la existencia de otro orden de desarrollo de un suceso que se encuentre junto a la causalidad o que, incluso, pueda interferir en el curso de causalidad, entonces -probablemente- ello constituirá el

³⁹ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 9.

⁴⁰ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 10.

fundamento ontológico de las valoraciones penales⁴¹. Todo ello conllevará necesariamente el replanteamiento o la reorientación del concepto de acción del Derecho penal⁴².

La situación en la que WELZEL propone estas cuestiones se encuentra aún dominada, a pesar de la acentuación que se hace de los puntos de vistas valorativos, por el pensamiento mecánico de las ciencias naturales⁴³. Por ello, hallar una respuesta a esta cuestión exige, en opinión de WELZEL, un estudio más profundo de los problemas filosóficos modernos, psicológicos y sociológicos, ya que el concepto de una nueva determinación sólo se puede desarrollar a partir del fracaso de la psicología de la asociación que había intentado encontrar una explicación causal del suceso psicológico⁴⁴.

Por lo tanto, WELZEL considera que para formular un juicio sobre la estructura de la acción, para determinar la causalidad de su curso, es necesario investigar la esencia de los actos de la voluntad y reconocer que éstos son presupuestos de la acción⁴⁵. En este sentido, los estudios psicológicos realizados en aquella época ponían de manifiesto que los actos de percepción, de reconocimiento, de pensamiento y de voluntad se encuentran vinculados con la intencionalidad. La intencionalidad surge así como una relación específica entre determinadas vivencias espirituales y su objeto. Ello no significa que los actos intencionales se encuentren desligados de toda relación causal, sino que además de ésta aparece en estas relaciones un nuevo factor: *la intencionalidad*⁴⁶. La intencionalidad, que hasta el momento sólo había sido

⁴¹ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 11.

⁴² WELZEL, H., "Naturalismus und Wertphilosophie", pág. 108.

⁴³ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 11.

⁴⁴ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 11.

⁴⁵ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 12.

⁴⁶ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 12.

considerada desde un punto de vista estático, adquiere a partir de esta interpretación una función dinámica. Dicho con otras palabras, se convierte en el orden del desarrollo de los actos que se dirigen a un determinado objeto⁴⁷.

El pensamiento no se agota, como ocurre con la percepción o con la representación, en la mera observación o la retención de un objeto, sino que pretende abarcar "sucesos", es decir, reconocer unos objetos en su relación con otros objetos. Su finalidad es el conocimiento de la composición y de la relación estructural de los sucesos. Por lo tanto, la concordancia existente entre el acto de reconocimiento y el objeto no es casual. La relación y la determinación de los objetos constituye el fundamento lógico, en el cual se apoya el acto para el reconocimiento del objeto. La intencionalidad adquiere aquí una función conductora del pensamiento. El pensamiento es orientado por la intencionalidad en función de la causalidad de los objetos o, dicho con otras palabras, debido a su carácter intencional el pensamiento se puede dirigir en función de la causalidad de los objetos. Por lo tanto, la intencionalidad es el factor determinante para que exista una concordancia fundada entre el acto y el objeto y, por lo tanto, para la existencia del conocimiento⁴⁸.

En este sentido, afirma WELZEL que, en efecto, nos encontramos ante un suceso cuyo desarrollo es diferente y no causal. La característica decisiva de un suceso determinado de forma causal no es sólo la existencia de una causa que por medio de un proceso interno desconocido produce una consecuencia necesaria, sino que el origen o la causa se encuentra determinada aún con anterioridad. En la relación intencional el pensamiento se orienta en función del suceso y de su estructura. Por lo tanto, la dirección que adquiere así el pensamiento no responde a ningún origen causal, sino que responde a fundamentos lógicos del pensamiento⁴⁹.

⁴⁷ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 13.

⁴⁸ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 13.

⁴⁹ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 14.

En efecto, el orden del pensamiento no es ni causal ni puramente lógico, sino, en todo caso, orientado por el sentido o intencional (*sinngerichtet* o *sinn-intentional*)⁵⁰. La causalidad, en la cual toda causa sólo es un miembro del suceso que tiene lugar, es, por lo tanto, sólo una forma junto a otras muchas posibles formas de determinación de un suceso. La cadena del pensamiento orientado por la intencionalidad no tiene lugar sin reglas, de forma "arbitraria" o indeterminada, sino que se encuentra determinada en toda relación, pero no de forma causal de manera que toda consecuencia tenga que ser una consecuencia necesaria y ciega que responde a un proceso de causa-efecto, sino de forma intencional. Sin embargo, WELZEL no quiere afirmar con todo lo dicho que el pensamiento se encuentra desligado por completo de una determinación causal.

El suceso -que tiene lugar desde la determinación pasando por los impulsos de la voluntad hasta el resultado- es una unidad de sentido (*Sinneinheit*) que se eleva por encima de los demás sucesos causales a través del momento de la ley del sentido (*Sinngesetzheit*). Si a esa unidad de sentido se la denomina *acción*, entonces resulta que la relación de la acción entre el resultado y la decisión no es una mera relación de causalidad, sino una relación de sentido teleológica (*teleologischer Sinnsetzungszusammenhang*). Con lo cual, la relación de causalidad sólo es un aspecto de la relación de sentido, determinada y dirigida por una ley del sentido intencional (*sinn-intentionale Gesetzlichkeit*) de la relación de la acción⁵¹.

Desde este punto de vista, WELZEL entiende haber encontrado la diferencia ontológica determinante del suceso real. Junto al suceso real existe otro suceso que no se encuentra sometido a la ley de causalidad, sino a la ley del sentido intencional. Mientras que el suceso causal se caracteriza porque toda causa tiene lugar en función de una causa anterior que sólo es un miembro más en la cadena de

⁵⁰ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 14.

⁵¹ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 14.

causalidad hacia el resultado, un suceso que tiene lugar en función de un sentido intencional (teleológico) es determinado por un sujeto personal teniendo en cuenta el contenido de sentido de la intención de los posibles objetos. De esta manera, el resultado le pertenece al sujeto de forma muy diferente que por un mero efecto de su causa. Si la causa es un miembro dentro de un proceso de causalidad, entonces la realización del resultado es obra propia del sujeto. O, dicho con otras palabras, el resultado le es (objetivamente) imputable al sujeto. Esta imputación (objetiva) no afirma nada sobre la valoración de su culpabilidad, ni tampoco sobre la valoración del suceso imputable. De aquí se deduce únicamente que el suceso objetivamente imputable se le puede imputar a la culpabilidad al autor, dado que sólo puede ser responsable de un resultado determinado por el sentido de un sujeto personal. Ello constituye la diferencia ontológica de las distintas valoraciones jurídico-penales: sólo aquel suceso que depende de la acción de un sujeto realizada con sentido, es posible ser imputado a la culpabilidad de tal sujeto. Todo aquello que sea meramente causal pero no reconducible a una relación de sentido teleológica de la intencionalidad se debe excluir de entrada de toda posible valoración jurídico-penal⁵².

A partir de aquí deduce WELZEL de forma general que no es la relación de causalidad lo que permite imputar un hecho a un sujeto, sino que el fundamento de toda posible valoración jurídico-penal de la relación existente entre el sujeto y el resultado lo constituye la ley de la intencionalidad basada en una relación teleológica: todo resultado típicamente descrito que haya sido realizado con sentido o cuya evitación haya sido previsible por el autor puede ser considerado como hecho o acción propias de un determinado sujeto y, por lo tanto, objetivamente imputable a éste⁵³.

⁵² WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 20; el mismo, "Persönlichkeit und Schuld", pág. 190; el mismo, "Naturalismus und Wertphilosophie", págs. 78 ss; el mismo, "Studien zum System des Strafrechts", pág. 131.

⁵³ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 21.

En este sentido, toda la vida comunitaria del hombre se basa sobre la actividad humana. Ello presupone que los miembros de la comunidad actúen de forma consciente en función de determinados objetivos. Esa actividad dirigida se denomina "acción". La acción se diferencia de los sucesos naturales en que éstos no son dirigidos hacia la obtención de un determinado fin de forma consciente, sino que sólo tiene lugar de forma ciegamente causal o de forma instintiva (como en el caso de los animales). Precisamente, la capacidad de la voluntad humana se diferencia de aquellos sucesos por poder ponerse determinados objetivos y, en virtud de su conocimiento de la causalidad, poder realizarlos de forma planificada. En este contexto, las normas del Derecho penal se limitan al enjuiciamiento de acciones humanas dirigibles. Todas aquellas otras acciones realizadas por el hombre, pero en las que su movimiento corporal no haya sido dirigido por un acto de voluntad, quedan excluidas del ámbito de enjuiciamiento del Derecho penal⁵⁴.

Por lo tanto, toda acción es una *acción final* y no un suceso meramente causal. La "finalidad" de la acción se basa en que el hombre puede prever, en virtud de su conocimiento de la causalidad, en cierta medida las consecuencias de sus acciones y se puede, por lo tanto, poner diferentes objetivos y dirigir sus acciones de forma planeada a la obtención de los mismos. En virtud de su conocimiento previo de la causalidad el hombre tiene la capacidad de conducir los actos individuales de su actividad de tal manera que dirige el suceso causal hacia la obtención de un determinado fin. Su actividad final es conscientemente dirigida hacia un determinado objetivo, mientras que los resultados puramente causales no se encuentran dirigidos hacia un determinado objetivo, sino que acontecen como resultados casuales. En este sentido, dicho con una frase muy gráfica de WELZEL y que le gustaba emplear con frecuencia: la finalidad es "vidente" y la causalidad es "ciega"⁵⁵.

⁵⁴ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 7, pág. 31; el mismo, "Studien zum System des Strafrechts", pág. 129.

⁵⁵ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 8, pág. 33; el mismo, "Studien um System des Strafrechts", pág. 129; el mismo, "Naturalismus und Wertphilosophie", pág. 107; el mismo, "Persönlichkeit und Schuld", pág. 197.

Este reconocimiento tiene lugar dado que WELZEL partió de una visión del hombre diferente a la sostenida por la doctrina hasta el momento. En este sentido, el hombre como ser actuante realiza sus acciones en virtud del conocimiento que tiene previamente del objeto y no como una reacción instintiva⁵⁶.

Por lo tanto, dado que la finalidad se fundamenta sobre la capacidad de la voluntad del hombre, la *voluntad* dirigible constituye la espina dorsal de la acción final. La voluntad es el factor de dirigibilidad que sobredetermina el suceso causal exterior y que lo convierte en una acción determinada por su finalidad. Sin la existencia de la voluntad se destruye la estructura fundamental de la acción y se convertiría nuevamente en pura causalidad ciega. Por lo tanto, la voluntad final, en la medida en que estructura el suceso exterior de forma objetiva, es un factor integrante de la voluntad⁵⁷.

La dirigibilidad de la acción final tiene lugar en dos etapas que en las acciones cotidianas se suelen superponer y que sólo se pueden diferenciar de forma conceptual:

a) La primera etapa se compone de la siguiente manera:

a1) La proposición del objetivo que el autor quiere realizar, la elección de los medios de acción necesarios para obtener ese resultado y la consideración de las consecuencias secundarias que pueden acontecer en virtud de la posibilidad de prever el curso causal.

a2) De acuerdo a los pasos realizados en la primera etapa el autor realiza la acción en el mundo real, poniendo en marcha los medios previamente elegidos y

⁵⁶ WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 190.

⁵⁷ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 8, pág. 34.

cuyo resultado lo constituye el objetivo junto con las consecuencias secundarias que el mismo pueda ocasionar.

b) La segunda etapa de la dirigibilidad final tiene lugar directamente en el mundo real. Se trata de la realización del proceso de causalidad previamente mentalizado en la realidad. En la medida en que éste no se realice en el mundo exterior, nos encontraremos sólo ante una tentativa de la acción final⁵⁸.

En este sentido, la estructura final de la acción humana es -para WELZEL- simplemente constitutiva de las normas penales. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o mandatos del Derecho, no se pueden dirigir a meros procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que pueden configurar de forma orientada el futuro⁵⁹.

Ello demuestra, en opinión de WELZEL, la imposibilidad de llevar a cabo una diferenciación total entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, porque también la realización del tipo objetivo se encuentra determinado por la ley de lo subjetivo o al menos se debe referir a éste. Ello producirá también una nueva visión de la teoría de la culpabilidad, en la medida que sólo por medio de la determinación intencional será claro el verdadero objeto del reproche de culpabilidad⁶⁰. Sólo un concepto de acción en el que el "contenido" de la voluntad previo sea el factor conductor de las consecuencias del suceso exterior, puede permitir comprender la acción como un proceso de sentido (*sinnbeseelten Vorgang*) y explicar la existencia de elementos subjetivos dentro de la antijuricidad. La diferencia entre la antijuricidad y la culpabilidad no reside en la contraposición de los elementos "externos-internos", sino en la diferencia entre la acción como una unidad de elementos "externos e internos" y

⁵⁸ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 8, pág. 35.

⁵⁹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 8, pág. 37.

⁶⁰ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung", pág. 21.

la "reprochabilidad" (*Dafür-können*) del autor por su hecho. Por último, sólo un concepto de acción, en el que es decisivo la forma de la realización de la acción, puede responder al contenido de injusto de una acción culposa. Este objetivo lo logra el concepto final de acción orientado en la finalidad de la acción humana que permite continuar la tradición prenatalista de la teoría de la acción filosófica y penal e insertarse en la ya realizada diferenciación dogmática entre la antijuricidad y la culpabilidad⁶¹.

V. LA CULPABILIDAD EN EL MODELO FINALISTA

Como consecuencia no sólo de la crisis del concepto de acción neoclásico y la reelaboración del mismo por WELZEL, sino también de la discusión sobre la culpabilidad de autor (*Täterschuld*), se produce necesariamente una nueva discusión en torno a la esencia y la posición de la culpabilidad dentro del organismo general de la acción, planteando nuevas cuestiones en relación a la personalidad y la culpabilidad⁶². Al igual que sucede en el marco de la acción, tampoco es posible aquí responder a estas cuestiones sólo desde la perspectiva del Derecho penal, siendo obligado recurrir a los conocimientos de otras ciencias, especialmente la psicología (en relación al concepto de voluntad) y de la psiquiatría (en lo concerniente a la imputabilidad)⁶³.

El concepto de culpabilidad normativo vigente hasta el momento sufre una profunda modificación a partir de la elaboraciones de la teoría final de la acción,

⁶¹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 8, pág. 41.

⁶² WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 185.

⁶³ WELZEL, H., "Persönlichkeit und Schuld", pág. 185.

al verse trasladado el dolo de los delitos dolosos y la vulneración del deber objetivo de cuidado de los delitos culposos al ámbito del tipo penal, eliminando así los elementos constitutivos y determinantes de la culpabilidad en el sentido del concepto psicológico de la culpabilidad. Este cambio no sólo se produce como consecuencia de la teoría final de la acción, sino que esta nueva formulación de la culpabilidad pretende también ser realmente consecuente con el concepto normativo de la culpabilidad, ya que de esta manera se eliminan los elementos subjetivos (es decir, el objeto de la valoración) del concepto de culpabilidad y éste sólo se mantiene como *criterio de reprochabilidad* (la valoración del objeto)⁶⁴.

En este sentido, WELZEL no pretende romper por completo con el concepto normativo de culpabilidad⁶⁵, sino -continuando con la línea tradicional- darle su verdadero sentido normativo: es decir, la *culpabilidad como un verdadero juicio de valor*⁶⁶.

En relación a esta cuestión, WELZEL argumenta que la antijuricidad es una relación entre la acción y el ordenamiento jurídico que expresa la relación incorrecta entre ésta y aquél. Es decir, la realización de la voluntad no es lo que el ordenamiento espera como acciones en el ámbito social. Por el contrario, la culpabilidad no se agota en la valoración de esa relación, sino que constituye el reproche personal frente al autor por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla. El comportamiento del autor no es como el Derecho se lo exigía, a pesar de haber tenido capacidad para responder frente a la exigencia del deber del Derecho: es decir, se podría haber motivado de acuerdo a la norma pero no lo hizo⁶⁷. En esta posibilidad que tenía el autor de motivarse por la norma y,

⁶⁴ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 140.

⁶⁵ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 141.

⁶⁶ MAURACH, R./ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil/1*, 8. ed., 30/23.

⁶⁷ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 138.

consecuentemente, haber actuado de conformidad a Derecho se encuentra la esencia de la culpabilidad; esto es lo que fundamenta el reproche personal frente al autor por su acción antijurídica y que se le hace por medio del juicio de culpabilidad. La teoría de la culpabilidad debe, según WELZEL, por lo tanto, determinar los presupuestos de acuerdo a los cuales se le reprocha al autor su comportamiento antijurídico⁶⁸.

Por lo tanto, el objeto del reproche de culpabilidad se dirige, en primer lugar, contra la voluntad, dado que la voluntad es lo que le hubiese permitido al autor conducir su comportamiento de acuerdo a Derecho, y, en segundo lugar, contra la acción en su conjunto⁶⁹.

La culpabilidad es la *reprochabilidad* de la formación de la voluntad y, consecuentemente, toda culpabilidad es *culpabilidad de voluntad*⁷⁰. Sólo se le puede reprochar al autor como culpabilidad aquello que se pueda atribuir a su voluntad cuando lo podría haber hecho de otra manera. Sus cualidades y condiciones -es decir, todo aquello que el hombre es, ya sea valorable o no- sólo se le pueden reprochar en función de cómo las haya empleado o realizado, pero no en función de cómo las podría haber habido empleado⁷¹.

Bajo estas condiciones, el reproche de culpabilidad presupone que el autor se hubiese podido motivar de acuerdo a la norma y esto no en un sentido abstracto, es decir, no cualquier persona en lugar del autor, sino que esa persona en concreto en esa determinada situación podría haber formado su voluntad de acuerdo a Derecho. Este reproche tiene dos premisas: en primer lugar, que el autor tenga la capacidad mental de motivarse de acuerdo a la norma. Ello constituye el presupuesto

⁶⁸ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 138.

⁶⁹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 139.

⁷⁰ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 139.

⁷¹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 139.

existencial de la reprochabilidad: la imputabilidad. Y, en segundo lugar, que por su conocimiento de la antijuricidad, hubiese podido motivar su comportamiento concreto de acuerdo a la norma. Estas dos cuestiones que constituyen los elementos de la culpabilidad presuponen aclarar la cuestión bajo qué circunstancias se puede determinar de forma teórica una formación de voluntad responsable y de acuerdo a la norma. Dicho con otras palabras, se debe abordar el problema de la *libertad de voluntad*⁷².

Evidentemente, también se reproducen en el tratamiento que de esta cuestión hace WELZEL los presupuestos filosóficos y antropológicos que lo condujeron a la reformulación del concepto de acción. Por lo tanto, aborda WELZEL nuevamente tres aspectos a partir de los cuales se reelabora la culpabilidad: el aspecto antropológico, el caracterológico y el categorial⁷³.

Los estudios realizados desde un punto de vista antropológico sobre las diferencias del hombre respecto de los animales cuyos resultados más significantes fueron reconocer la independencia del ser humano frente a su entorno y su libertad respecto del instinto y, por lo tanto, como un ser caracterizado por la capacidad de reconocer y establecer por sus propios medios el significado de sus acciones, determinan que el hombre sea considerado un ser responsable o, más concretamente, un ser con auto-responsabilidad⁷⁴. Este es el criterio esencial que lo distingue, no sólo desde un punto de vista existencial, sino precisamente desde un punto de vista normativo, del resto del mundo animal.

Por otro lado, se abandona la idea sobre las formas de comportamiento innatas del hombre y se sustituye por la idea del hombre, cuya estructura mental se encuentra compuesta por distintos planos, estableciendo así la existencia de centro del

⁷² WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 19, pág. 141.

⁷³ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 142.

⁷⁴ SCHELER, M., *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. GEHLEN, A., *Der Mensch*. Así como LONRENZ y STORCH, citados por WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 142.

yo responsable. El hombre puede manejar así sus impulsos procedentes del plano más profundo, en función del sentido y el valor de éstos. Se trata en este plano no de la dirigibilidad del suceso exterior, es decir, de la finalidad de la acción que se había establecido hasta ahora, sino de la dirigibilidad de los impulsos mentales.

En este sentido, nos encontramos ante un segundo concepto más estricto de la voluntad. En relación a la acción se empleaba la capacidad de dirigibilidad en un sentido amplio que incluía todos los impulsos dirigidos a la realización de una determinada finalidad. Por lo tanto, la dirigibilidad final que se analizaba en relación a la acción final se refería a la forma específica de realización de los objetivos de los impulsos en el suceso exterior, es decir, de la dirigibilidad de la acción⁷⁵. Ahora, se trata de establecer que también se pueden dirigir los impulsos mismos en función del contenido de su sentido y de su valor. El objeto de esta dirigibilidad final no es el suceso causal exterior, sino de la dirigibilidad de la realización del impulso. El punto de orientación de esta dirigibilidad no es respecto de la utilidad del medio para la obtención del fin, sino sobre el contenido del sentido del impulso respecto del cual la persona se sienta obligado, es decir, en el ámbito de las normas del ordenamiento jurídico⁷⁶. Por lo tanto, los actos que se llevan a cabo ya dentro de este plano tienen lugar por el sentido o por el valor que el hombre les adjudica y no por medio de un proceso causal. La importancia del reconocimiento de este nivel del significado de dirigibilidad de la voluntad en función de su sentido abre las puertas a una nueva visión de los comportamientos humanos según su sentido y valor, permitiéndole al hombre también la regulación de sus impulsos de forma responsable⁷⁷.

Después de esta delimitación existencial del problema de la libertad de voluntad -es decir, acerca de si el hombre dispone de libertad de voluntad- y de la

⁷⁵ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 144.

⁷⁶ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 144.

⁷⁷ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 145.

afirmación se su existencia, WELZEL analiza cómo le es posible al hombre modificar el curso causal por medio de su dirigibilidad conducida por el sentido de manera tal que sólo él puede ser responsable por haber tomado la decisión incorrecta en vez de la correcta. La respuesta a esta cuestión se intentaba hallar por medio del *indeterminismo*, pero éste destruye -según WELZEL- precisamente al sujeto responsable⁷⁸: si el acto de voluntad del hombre no se debe encontrar determinado por nada, entonces tampoco podrá existir conexión alguna entre el acto de voluntad posterior y el precedente, dado que sino se encontraría determinado por algo. El estado posterior del sujeto no debe tener conexión alguna con el anterior del cual surgió la decisión del sujeto. Desde este punto de partida, el indeterminismo destruye al sujeto idéntico que debe ser responsable por sus actos. Según las ideas del indeterminismo los actos de voluntad no son más que la existencia de actos no relacionados⁷⁹.

La respuesta a esta cuestión sólo se puede encontrar, en opinión de WELZEL, reconociendo la existencia de una superposición de varias formas de determinación. El error que cometían quienes partían del determinismo hasta ese momento era no reconocer más que la existencia de una sola forma de determinación: la causalidad. Sin embargo, la ley de la causalidad no permite hacer un reproche al sujeto por haber tomado la decisión incorrecta, ya que siempre existe una decisión -independientemente de ser correcta o no- desde el comienzo. Ya constató WELZEL que en el marco de la acción existía una relación final entre la acción y el resultado. Ahora la cuestión se refiere a si existe una posibilidad de dirigir con sentido los impulsos. No se trata pues de la libertad de acción (*Handlungsfreiheit*), sino de la libertad de voluntad (*Willensfreiheit*)⁸⁰.

⁷⁸ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 145.

⁷⁹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 146.

⁸⁰ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 146.

También en este mismo sentido afirma que se presenta una nueva forma de determinación, según la cual el resultado no se presenta como consecuencia "ciega" de conexiones asociativas anteriores, sino que lo que determina la realización del acto tiene un contenido de sentido determinado. Este tipo de determinación es general para todo acto de reconocimiento (*Erkenntnisakt*): la comprensión de la relación interna de un objeto no es el resultado de conexiones asociativas anteriores o de otro tipo de factores causales, sino que se determina a partir del objeto. La forma en que se llevan a cabo los actos del pensamiento deja claro la forma básica de la realización de los actos finales: mientras que en la causalidad el efecto es resultado ciego de los componentes que se encuentren al comienzo, la finalidad determina los pasos que llevarán al mismo en función del sentido. Dicho con otras palabras, para que el conocimiento sea posible el sujeto no puede ser un mero objeto de sus impulsos, sino que debe tener la capacidad de diferenciar entre los impulsos con sentido y los que no lo tienen, es decir, que el sujeto debe tener responsabilidad sobre el acto de reconocimiento. El conocimiento presupone no sólo que los pasos del mismo no sean causales (es decir, que no se encuentren previamente determinados de forma causal en base a presupuestos previos), sino que el propio sujeto tome como un deber responsable la obtención del conocimiento⁸¹.

Por lo tanto, la *libertad de voluntad* es la *capacidad de poder determinarse con sentido*. Frente a la causalidad que resulta indiferente a todo sentido, nos encontramos aquí ante la libertad de poderse autodeterminar con sentido y, ello significa, libremente. No se trata -como cree el indeterminismo- de la libertad de poder actuar de otra manera, sino de la libertad de actuar de acuerdo a un sentido determinado. En este sentido, la libertad no tiene lugar por poder optar entre una acto correcto o incorrecto. La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de la liberalización de la conducción causal de los impulsos por la autodeterminación de acuerdo a un sentido. Sobre la carencia de este acto se fundamenta el fenómeno de la culpabilidad: la culpabilidad es la falta de autodeterminación con sentido en el sujeto

⁸¹ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 147.

que es capaz de tal determinación con sentido. Por lo tanto, el reproche no se lleva a cabo sobre la decisión a favor de lo malo, sino por haberse dejado llevar por los impulsos cuando era capaz de una conducción con sentido⁸². Es decir, que se le reprocha no haber utilizado la libertad de la que disponía para actuar con sentido⁸³. Dicho con otras palabras: *la culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino, precisamente todo lo contrario, la falta de autodeterminación en un sujeto autoresponsable*⁸⁴.

Teniendo en cuenta estas nuevas premisas nos encontramos frente a un *sujeto* que no sólo puede dirigir sus acciones en función de su conocimiento de la causalidad y, por lo tanto, dirigir sus acciones de forma final, sino que también responde a sus impulsos de forma final llevándolos a cabo teniendo en cuenta su sentido y su valor. Nos encontramos pues ante un sujeto considerablemente más complejo que el sujeto que había determinado las categorías dogmáticas de la teoría del delito desde v. LISZT. Sin embargo, esta significativa e importante evolución del sujeto tampoco va a permitir, como veremos a continuación, un cambio considerable en la discusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

VI. DISCUSIÓN EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN ESTE NUEVO CONTEXTO

No deja de ser llamativo que precisamente en esta época haya resurgido en Alemania la discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. Si después de la obra de BUSCH (1933) el tema no había sido discutido nuevamente, la discusión vuelve renace en los años 50. La razón de este replanteamiento de la responsabilidad

⁸² WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 148.

⁸³ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, págs. 148 s.

⁸⁴ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 20, pág. 149.

penal de las personas jurídicas tuvo dos orígenes: por un lado, la creciente importancia de las personas jurídicas en la vida pública y, especialmente, en el tráfico mercantil y de la vida económica⁸⁵ y, por otro lado, la *actualidad* del tema en esos momentos se debió al intento de responder a una cuestión práctica planteada por la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del derecho de ocupación de las Fuerzas Aliadas (Besatzungsrecht)⁸⁶. Esta segunda causa es, en realidad, el verdadero detonante que ocasiona el renacer de la discusión en torno a este tema.

En relación a la segunda cuestión se trata especialmente de la Ley de divisas dictada por la Alta Comisión de las Fuerzas Aliadas. En este sentido, disponía el art. 10 de la Ley nr. 53 del Gobierno Militar⁸⁷ que las leyes dictadas por la Alta Comisión de los Aliados era aplicable directamente en el Derecho alemán. En efecto, el art. 5, nr. 7 AHKG 14, de 25 de noviembre de 1949, equiparaba a la persona jurídica como sujeto de acciones penalmente relevantes en todo sentido con las

⁸⁵ v. WEBER, H., "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", JZ 1953, pág. 294; el mismo, *Grundriß des Deutschen Strafrechts*, 2 ed., Bonn, 1948, § 15, I. ROTBERG, H.E., en Eröffnungsansprachen, *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Tübingen, 1954, E 2; el mismo, "Für Strafe gegen Verbände!", en v. CAEMMERER, E., y otros (Ed.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Festschrift zum 100. Jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, tomo II, Tübingen, 1960, págs. 195 s. HEINITZ, E., en Eröffnungsansprachen, *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Tübingen, 1954, E 3. HENKEL, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden im Steuer- und Wirtschaftsrecht*, Bonn, 1960, págs. 18 ss., 128.

⁸⁶ LANGE, R., "Zur Strafbarkeit der Personenverbände", JZ 1952, pág. 261. HEINITZ, E., Eröffnungsansprachen, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, E 4. ENGISCH, K., "Emphiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Tübingen, 1954, E 10. JESCHECK, H.-H., "Zur Frage der Strafbarkeit von Personenverbände", DÖV (1953) 6, pág. 539; el mismo, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände", ZStW 65 (1953), pág. 210; el mismo, "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", SchZStr 70 (1955), pág. 243.

⁸⁷ Militärregierungsgesetz Nr. 53, über Devisenbewirtschaftung, Art. X (a): "Person" bedeutet jede natürliche Person, jede Personenvereinigung oder juristische Person des öffentlichen und privaten Rechts, jede Regierung einschließlich staatlicher oder kommunaler Verwaltungen, Körperschaften des öffentlichen Rechts und deren Dienststellen und Organe". Esta Ley se refería en especial la Ley de divisas.

En opinión de JESCHECK, H.-H., "Die Behandlung der Personverbände im Strafrecht", pág. 217, esta disposición se debería aplicar sólo a la reglamentación estricta en materia de tráfico de divisas, pero no a la disposición penal de la Ley de divisas contenida en el art. VIII.

personas físicas⁸⁸. A pesar de la incompatibilidad de esta disposición con los principios rectores del Derecho penal vigentes en aquél momento⁸⁹, las leyes dictadas por el Gobierno Militar de las Fuerzas Aliadas eran consideradas parte integrante del Derecho alemán⁹⁰ y en función de ello se dictó la conocida y debatida sentencia del BGH de 27. de octubre de 1953⁹¹, en la que se impusieron penas pecuniarias, en el sentido de verdaderas sanciones penales, a una sociedad anónima y a una cooperativa minera dando lugar a fuertes críticas por parte de la doctrina⁹².

⁸⁸ Art. 5, nr. 7 AHKG 14 (Ley 14 de la Alta Comisión de las Fuerzas Aliadas): "Eine juristische Person unterliegt bei Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung den für diese strafbare Handlung angedrohten Geldstrafen und Entziehungen.". En este mismo sentido, se expresaba el art. 8, nr. 1 y 4 de la Berliner VO über Devisenbewirtschaftung und Kontrolle des Güterverkehrs, de 15. 7. 1950.

⁸⁹ Cuestión especialmente resaltada por la sentencia BGHSt 5, 29. A pesar de dicha incompatibilidad con los principios del Derecho penal alemán, pero en virtud de la aplicabilidad de las leyes del Gobierno Militar de las Fuerzas Aliadas, se aplicó en esta sentencia una pena a una persona jurídica, ver *infra* nota 90.

⁹⁰ La Ley nr. 33 de la Alta Comisión de las Fuerzas Aliadas establecía la aplicabilidad de dichos preceptos para el Derecho alemán. Cuestión reafirmada, por otro lado, fundamentalmente a partir de la sentencia del OLG Stuttgart, de 25. 2. 1949, HEST 2, 230, 231, según la cual "las leyes del Gobierno Militar, por lo tanto, también la Ley del Gobierno Militar Nr. 53, son parte del ordenamiento penal alemán".

En el mismo sentido, LANGE, R., "Zur Strafbarkeit der Personenverbände", pág. 261. JESCHECK, H.-H., "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", pág. 249.

⁹¹ BGHSt 5, 28; también en Betriebsberater 1953, pág. 897, Der Betrieb 1953, pág. 991, Deutsche Devisenrundschau 1953, pág. 184, JR 1954, pág. 65, JZ 1954, pág. 250, NJW 1953, pág. 1838. En esta sentencia -conocida como el caso del comercio de acero (Stahlhändlerurteil)- se resalta especialmente la vigencia del Derecho de las Fuerzas Aliadas en el ordenamiento jurídico alemán y, por lo tanto, por muy extraña que resulta dicha responsabilidad penal en el ordenamiento alemán se impone la correspondiente sanción a la persona jurídica (BGHSt 5, 28, 33).

⁹² BRUNS, H. J., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht", JZ 1954, pág. 12. HEINITZ, E., en Juristische Rundschau 1954, pág. 67; el mismo, "Anmerkung zum BGH-Urteil v. 28. 10. 1953"; JR 1954, pág. 67. MAURACH, R., *Lehrbuch Allgemeiner Teil*, 1954, pág. 123. SIEGERT, K., "Haftung für fremde Schuld im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht", NJW 1953, pág. 528. JESCHECK, H.-H., "Die strafrechtliche Behandlung der Verantwortlichkeit der Personenverbände", pág. 225. En otro sentido, v. WEBER, H., "Über die Strafbarkeit juristischer Personen (Bemerkungen zum Berliner Stahlhändlerurteil)", GA 1954, pág. 237, quien no sólo sostiene que las disposiciones del Derecho de los Aliados es compatible con el Derecho alemán, sino que recomienda su adopción para el futuro, consecuentemente con sus ideas ya manifestadas en "Sonderstrafe", DRiZ 1951, pág. 155, y en "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", JZ 1953, pág. 294.

Estas disposiciones del Derecho de las Fuerzas Aliadas dan lugar, como se ha dicho, al resurgimiento de la discusión en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad en la doctrina jurídico-penal. En este sentido, cabe adelantar que la doctrina negará la posibilidad de la punibilidad de las personas jurídicas. Dos son los motivos que se van a discutir y que llevarán a dicha conclusión: por un lado, se aborda el estudio de la categoría sistemática de la acción y, por otro lado, la de la culpabilidad con la cuestión estrechamente relacionada de la función de la pena respecto de las personas jurídicas. En este sentido, el tema mereció especial atención por parte de la doctrina alemana -no así de la española, como lo muestra la carencia de bibliografía al respecto en esos años-, en la sección del Derecho penal del 40. Deutscher Juristentag, en el que la cuestión se debatirá profundamente, reanudándose la discusión dogmática más allá del problema práctico que había surgido a raíz del Derecho de las Fuerzas Aliadas⁹³.

1) La capacidad de acción de las personas jurídicas

En relación a la *capacidad de acción* de las mismas no todos los autores encuentran obstáculos para afirmarla⁹⁴, aunque, en definitiva, sostendrán la imposibilidad de considerar a la persona jurídica como sujeto del Derecho penal basándose fundamentalmente en la incapacidad de culpabilidad. En este sentido, ROTBERG pone de manifiesto que el reconocimiento de la participación de las personas jurídicas en el tráfico jurídico con el debido reconocimiento de derechos y obligaciones necesarios para el mismo, implica el reconocimiento de la capacidad de acción de las mismas. La acción de las personas jurídicas se debe llevar a cabo por personas físicas, quienes deben actuar en calidad de "órgano" o de "representante

⁹³ Materiales publicados en *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentag*, tomo I: Gutachten, Tübingen 1953, tomo II: Referate, Tübingen, 1954.

⁹⁴ HEINITZ, E., Gutachten, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, págs. 84 ss. ROTBERG, H.-E., "Für Strafe gegen Verbände", pág. 197.

legal", pero la imputación de la acción se debe hacer a la persona jurídica. Desde este punto de vista le resulta a ROTBERG indiferente si estas figuras se consideran una ficción o no, pues le parece evidente la existencia de la capacidad de acción de las personas jurídicas. A su modo de ver dicha capacidad es tan real, como la existencia misma de la persona jurídica. La realidad sociológica y jurídica de las personas jurídicas exige la correspondiente capacidad de acción real de dicha persona, aunque las acciones mismas sean realizadas por personas jurídicas⁹⁵. Estos argumentos de ROTBERG no son muy diferentes a los que, con mayor elaboración, presentaba GIERKE como fundamentos de su teoría de la personalidad real de la asociación.

La opinión contraria, encontró su máximo exponente en ENGISCH⁹⁶, a quien siguió JESCHECK⁹⁷. En este sentido, la persona jurídica carece -según ENGISCH- de toda capacidad natural de acción, ya que todas las acciones relacionadas con la persona jurídica son realizadas por personas físicas que en su calidad de miembros integran los órganos de la misma. Por lo tanto, el reconocimiento de su capacidad como sujeto del Derecho penal no se encuentra relacionado con una incompatibilidad en función del concepto de acción que se defiende, es decir, de acción causal, acción social o acción final, sino que se trata de una absoluta carencia de capacidad natural de acción. Una cuestión diferente, sería diferenciar la acción, en su

⁹⁵ ROTBERG, H.-E., "Für Strafe gegen Verbände", pág. 197.

⁹⁶ ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 23.

⁹⁷ JESCHECK, H.-H., "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", pág. 259; el mismo, pero en sentido contrario, en su anterior trabajo, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände", pág. 212, en donde sostenía la posibilidad de fundamentar la capacidad de acción de las personas jurídicas -independientemente del concepto de acción que se defendiese, ya fuese un concepto de acción natural, final o social-, ya que todas las teorías de la acción se basan sobre un elemento común: "un comportamiento conducido por la voluntad"; dicho elemento se daría precisamente también en las decisiones tomadas en el consejo de dirección de una empresa y en ella reside la acción del órgano. Con lo cual, JESCHECK, no encuentra ningún obstáculo para fundamentar la capacidad de acción de la persona jurídica. Se trataría aquí de la imputación de una acción de forma similar a la que se lleva a cabo en la autoría mediata.

Este argumento para imputar a la persona jurídica la acción del órgano es utilizada en la discusión actual por algunos autores. Confr. Capítulo III.

sentido natural, de la imputación de la misma como "figura jurídica". Sin embargo, ello tampoco se correspondería con el concepto de acción del Derecho penal, con lo cual se excluye el primer presupuesto de la responsabilidad penal⁹⁸. En este mismo sentido, se orientan las elaboraciones de SCHMITT, quien también niega la existencia misma de toda capacidad natural de acción por parte de la persona jurídica⁹⁹.

2) La capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

A pesar de la importancia que tiene la discusión en torno a la capacidad de acción de la persona jurídica, la mayor parte de la discusión se centraba en la dificultad de compatibilizar la *capacidad de culpabilidad* con las personas jurídicas¹⁰⁰.

Del mismo modo, se constata la imposibilidad de afirmar la capacidad de *culpabilidad* de la persona jurídica, siempre que se entienda por culpabilidad la capacidad de decidirse a favor del Derecho en función de la libre capacidad de autodeterminación¹⁰¹. El intento llevado a cabo por otros autores, como BUSCH, por

⁹⁸ ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 24, 25.

⁹⁹ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 216 ss.

¹⁰⁰ HARTUNG, F., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 46. LANGE, R., "Zur Strafbarkeit von Personenverbände", pág. 262. HENKEL, H., "Kollektivschuld", pág. 113. JESCHECK, H.-H., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände", pág. 213; el mismo, "Zur Frage der Strafbarkeit der Personenverbänden", pág. 540; el mismo, "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", pág. 260. SIEGERT, K., "Haftung für fremde Schuld im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht", págs. 528, 529. HEINITZ, E., en *Juristische Rundschau* 1954, pág. 67. Opinión contraria sostiene, fundamentalmente, v. WEBER, H., *Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts*, Reichenberg, 1929, § 22; el mismo, "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", pág. 294; el mismo, "Die Sondestrafe", pág. 153; el mismo, "Über die Strafbarkeit juristischer Personen (Bemerkungen zum Berliner Stahlhändlerurteil)", pág. 237; el mismo, *Diskussionsbericht, Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, E 63-65. HENKEL, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, págs. 103 ss.

¹⁰¹ ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 25.

encontrar la culpabilidad de las personas jurídicas en la culpabilidad del autor individual que hubiese realizado la acción, no se consideraba aceptable, ya que ello daría lugar a una suerte de "ficción de la culpabilidad" y se imputaría sólo una sospecha de culpabilidad¹⁰².

En este sentido, se argumentaba que el concepto normativo de culpabilidad es un concepto cuyo modelo de orientación es la persona humana y, por lo tanto, se encuentra adaptado a las capacidades de ésta. El concepto normativo de culpabilidad entendido como un juicio de *reproche* ético frente al autor por no haber actuado conforme a Derecho¹⁰³, en el sentido de un fracaso social del autor, no es aplicable a un sujeto sin capacidades emocionales. Lo esencial para determinar la culpabilidad es, según la teoría normativa de la culpabilidad, el juicio valorativo sobre si el fracaso del autor se debe al proceso de conocimiento de un hecho, es decir, a una carencia en la necesaria previsión del injusto y sus consecuencias o si se trata de un error en el proceso de motivación del autor, es decir, de un fracaso en la formación de la voluntad. Sólo si se puede afirmar una de las dos cuestiones o ambas, se podrá hablar de la existencia de culpabilidad del autor. La culpabilidad como reprochabilidad o, dicho con otras palabras, como fracaso ético-social del autor está concebida como un juicio estrictamente personal¹⁰⁴. En este sentido, el reproche de culpabilidad se basa sobre la idea según la cual el destinatario del reproche es un sujeto responsable que tiene dicha capacidad para poder comportarse de forma distinta. Por lo tanto, tal reproche no tiene siquiera sentido frente a una persona jurídica¹⁰⁵.

¹⁰² ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 32.

¹⁰³ FRANK, R., "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", *Festschrift der Juristischen Fakultät Gießen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, Gießen, 1907.

¹⁰⁴ HENKEL, H., "Kollektivschuld", pág. 113.

¹⁰⁵ LANG-HINRICHSSEN, D., "Verbandsunrecht", pág. 53.

Sin embargo, v. WEBER sostiene que este razonamiento es en realidad producto de la idea del concepto de culpabilidad psicológico, que aún se sigue manteniendo en la mayoría de los autores de esa época de forma inconsciente y sólo por ello éstos tienen dificultades en compatibilizar el concepto de culpabilidad "teóricamente" normativo con la punibilidad de las personas jurídicas¹⁰⁶. En cualquier caso, sólo sería aplicable una pena a una persona jurídica, si ésta hubiese usado incorrectamente la libertad social y jurídica que se le otorga. Dicho juicio se puede compatibilizar, a su modo de ver, perfectamente con el concepto normativo de culpabilidad¹⁰⁷.

3) La función de la pena en relación a las personas jurídicas

Íntimamente relacionado con la culpabilidad se encuentra también el problema de la *función de la pena* que también se toma como un motivo para negar la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas. En este contexto, ENGISCH considera importante plantear la cuestión de si la pena a una persona jurídica es compatible con el sentido y la función de la pena. En este sentido, llega a la conclusión de que si bien la pena es la disminución de bienes jurídicos y derechos para su autor, y ello se podría afirmar también respecto de la persona jurídica, es necesario que la pena se pueda sentir o sufrir como un mal por parte del autor. Precisamente, dicha capacidad para sentir es la que la persona jurídica no tiene y, por lo tanto, se excluiría una parte esencial de la función de la pena¹⁰⁸. Con ello, ENGISCH no quiere afirmar que el único significado de la pena se agote en la posibilidad de imponer un mal al autor del delito, pero se trata de un aspecto importante del concepto de pena que no se

¹⁰⁶ v. WEBER, H., Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, E 62.

¹⁰⁷ v. WEBER, H., "Sonderstrafe", págs. 155 s. En el mismo sentido, LAUMANN, "Die Strafbarkeit der juristischen Personen nach dem geltenden Deviesenrecht", *Deviesen Rundschau* 1952, págs. 49 ss.

¹⁰⁸ ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 15.

puede dejar de considerar y cuya sustitución por razones político-criminales no es justificable¹⁰⁹. Por lo tanto, ya el concepto mismo de la pena no le parece compatible con la persona jurídica¹¹⁰. Dada estas incompatibilidades de las categorías de la teoría del delito y de la función de la pena con la esencia misma de la persona jurídica, ENGISCH concluye su exposición sosteniendo la imposibilidad de introducir en la legislación penal una pena para las personas jurídicas, teniendo que buscarse otra solución para los ilícitos que de éstas pudiesen derivar¹¹¹.

Desde este mismo punto de vista de la *función de la pena* v. WEBER¹¹², seguido por ROTBERG¹¹³, se convierte precisamente en el máximo defensor de la posición contraria, es decir, de la posibilidad de aplicación de sanciones con carácter penal a las personas jurídicas. Sus argumentos toman como punto de partida el reconocimiento de la creciente importancia de las personas jurídicas en la vida social. El reconocimiento de derechos y obligaciones a las mismas supone, a su vez, el reconocimiento de cierta libertad social. El uso indebido de esa libertad social que se le concede a la persona jurídica también debe tener como consecuencia la exigencia de responsabilidad penal¹¹⁴. La imposición de una pena es justa toda vez que se refiera al uso indebido de la libertad social de un sujeto. En este sentido la pena

¹⁰⁹ ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 15. En otro sentido, HEINITZ, E., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", Gutachten zum 40. Deutschen Juristentages, Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentag, I 84. HAFTER, E., *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, págs. 37, 126 s., aunque en opinión contraria en *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, pág. 72.

¹¹⁰ ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 18.

¹¹¹ ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 40.

¹¹² v. WEBER, H., "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", pág. 294; el mismo, "Sonderstrafe", págs. 151, 155; el mismo, Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, E 61, 62, 64.

¹¹³ ROTBERG, H.-E., "Für Strafe gegen Verbände!", págs. 227 s.

¹¹⁴ v. WEBER, H., "Sonderstrafe", pág. 156; el mismo, "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", pág. 294; el mismo, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, § 15 I.

aplicable a la persona jurídica tiene por fin la limitación de la libertad económica de las mismas y, por lo tanto, resulta adecuada a su finalidad¹¹⁵. En consecuencia, desde éste punto de vista la pena aplicable a la persona jurídica tiene la misma función que la pena del Derecho penal individual: la retribución¹¹⁶. La pena se dirige contra la persona jurídica y no contra sus miembros como individuos, por lo tanto no se trata de una pena colectiva¹¹⁷. Dado los cambios de las circunstancias sociológicas ocasionados por la creciente importancia de las personas jurídicas en el tráfico jurídico se debe establecer, en opinión de v. WEBER, *penas especiales (Sonderstrafen)* aplicables a las personas jurídicas. v. WEBER resalta que para su incorporación al ordenamiento jurídico es de suma importancia que el establecimiento de las mismas vaya acompañada de todas las garantías procesales que conlleva la imposición de una pena¹¹⁸. En este sentido, el abuso de la libertad social que se les concede puede tener lugar por la comisión de delitos y frente a éstos también se debe responder exigiendo la responsabilidad penal de las mismas¹¹⁹. En consecuencia, v. WEBER no admite la crítica según la cual la aplicación de una pena a la persona jurídica se convertiría en

¹¹⁵ v. WEBER, H., "Sonderstrafe", pág. 156; el mismo, Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, E 62, 63.

¹¹⁶ v. WEBER, H., "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", pág. 294.

¹¹⁷ v. WEBER, H., "Sonderstrafe", pág. 155; el mismo, "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", pág. 294, donde esgrime como fundamento para esta afirmación que la prueba más clara de que la pena contra una persona jurídica no es una pena colectiva y, por lo tanto, no se dirige contra sus miembros, se encuentra en el hecho de que la pena no se inscribiría dentro de los antecedentes penales de cada miembro, sino en un registro especial para las personas jurídicas.

¹¹⁸ v. WEBER, H., "Sonderstrafe", pág. 156; el mismo, Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, E 64, 65. En este mismo sentido, HENKEL, H., Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, E 71. HARTUNG, F., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 57, si bien la importancia del respeto de los derechos procesales los refiere a la posible imposición de una pena a los órganos o representantes legales de la persona jurídica, pero no a la propia persona jurídica.

¹¹⁹ v. WEBER, H., "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", pág. 294; *Strafrechtsgründriß*, § 15 I.

una pena *colectiva*, sino que la pena se dirige solamente contra la persona jurídica misma¹²⁰.

De todos modos, la mayoría de la doctrina se inclinaba por negar la posibilidad de instituir la responsabilidad penal de las personas jurídicas precisamente por su incompatibilidad con el principio de culpabilidad¹²¹.

Por otro lado, la imposibilidad de afirmar la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica no cierra, sin embargo, las puertas para que algunos autores sostengan la posibilidad de aplicar *medidas de seguridad* o *medidas especiales para las personas jurídicas de carácter penal*¹²². Las medidas de seguridad se fundamentan sobre la base de la peligrosidad y su finalidad es precisamente la eliminación de dicha peligrosidad. En este sentido, no se niega que una persona jurídica pueda poner en peligro los intereses generales por medio de su organización, por su actividad o por sus medios. Por lo tanto, la peligrosidad de una persona jurídica se puede establecer independientemente de un comportamiento culpable. El hecho cometido tiene, sin lugar

¹²⁰ v. WEBER, H., "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", pág. 294.

¹²¹ LANGE, R., "Zur Strafbarkeit der Personenverbände", pág. 263. HEINITZ, E., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", Gutachten, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo I, págs. 67 ss., 84 ss.; el mismo, JR 1954, pág. 47. ENGISCH, K., en HAERTEL/JOEL/SCHMIDT, *Wirtschaftsstrafgesetz*, pág. 32; el mismo, "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 24. JESCHECK, H.-H., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände", pág. 212; el mismo, "Zur Frage der Strafbarkeit der Personenverbände", pág. 542; el mismo, "Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht", JZ (1959), pág. 462. MAYER, H., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Stuttgart/Köln, 1953, pág. 50, nota a pie de página 24. MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1956, págs. 121 ss. NIESE, W., "Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht", JZ 1956, pág. 463. SIEGERT, K., "Haftung für fremde Schuld im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht", pág. 529. LANG-HINRICHSSEN, D., "Zur Frage von Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht)", GA (1957), pág. 226; el mismo, "Verbandsunrecht", *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Hellmuth MAYER, Berlin, 1966, pág. 55.

¹²² HARTUNG, F., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", tomo II, E 57. HENKEL, H., Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, E 71. ROTBERG, H.-E., "Für Strafe gegen Verbände!", págs. 227 s., SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, págs. 196 ss., 216 s. JESCHECK, H.-H., "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", pág. 266.

a duda, un valor sintomático¹²³, pero el criterio decisivo de toda medida de seguridad es la existencia de peligro para la seguridad pública provocado por el hecho delictivo cometido¹²⁴. Por lo tanto, la aplicación de una medida de seguridad a una persona jurídica debe tener como presupuesto que la persona jurídica ponga en peligro la seguridad pública ya sea por medio de su actividad, de su organización, por la composición personal o por cualquier otra circunstancia relacionada con la misma¹²⁵.

Desde estos puntos de partida, no parece existir problemas para gran parte de la doctrina de reconocer la aplicabilidad de medidas de seguridad a las personas jurídicas¹²⁶.

A pesar de dicha aceptación, hay quienes no consideran que todas las medidas de seguridad serían aplicables. En este sentido, por ejemplo, sostiene SCHMITT que las medidas de seguridad subjetivas no se pueden aplicar a las personas jurídicas. Los fundamentos esgrimidos por SCHMITT se basan en la afirmación de que el legislador con dichas medidas se dirige, fundamentalmente, a la psique del autor y pretende por medio de la aplicación de una medida de seguridad obtener un comportamiento de acuerdo a Derecho¹²⁷. Ello se encuentra directamente relacionado con la idea de SCHMITT de que las personas jurídicas carecen de toda capacidad de motivación, por lo tanto también niega su capacidad de culpabilidad, como ya hemos dicho. Por el contrario, propone como medida de seguridad alternativa el comiso de las ganancias obtenidas por la comisión del delito que tendría la ventaja de no estar relacionada con ninguna finalidad subjetiva relativa al autor y se limitarían

¹²³ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, § 32, pág. 244.

¹²⁴ JESCHECK, H.-H., "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", pág. 264.

¹²⁵ JESCHECK, H.-H., "Die Behandlung der Personeneverbände im Strafrecht", pág. 264.

¹²⁶ EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914, pág. 53. HEINITZ, E., Gutachten, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo I, págs. 84 ss. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, págs. 200 ss.

¹²⁷ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 204.

estrictamente a la ganancia obtenida, sin, por otro lado, afectar a los intereses de sus miembros¹²⁸.

A pesar de la negación tanto de la capacidad de acción como, sobre todo, de la capacidad de culpabilidad, pero basándose fundamentalmente en la necesidad de dar una solución práctica a la creciente importancia de las personas jurídicas en la vida social y su capacidad real para cometer ilícitos, otra corriente encuentra una posible solución en el tratamiento del tema por vía de las *sanciones administrativas*¹²⁹. Esta cuestión es tratada detenidamente en el capítulo IV y, por lo tanto, me limitaré a exponer una síntesis de los argumentos que en este contexto se discutieron.

Las sanciones administrativas tendrían la gran ventaja, frente a las sanciones penales, que evitarían el conflicto existente con respecto al principio de culpabilidad, ya que se trata de una culpabilidad diferente. La idea fundamental de esta diferencia se basa en la afirmación de la existencia de una diferencia *cualitativa* entre el tipo de injusto del Derecho penal y el del Derecho administrativo. El injusto del Derecho penal se caracterizaría por la lesión de un bien jurídico, mientras que el injusto administrativo se fundamentaría en la lesión de un bien administrativo, es decir, en intereses de carácter administrativo¹³⁰. Su contenido de injusto material se

¹²⁸ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 220.

¹²⁹ Fundamentalmente -basándose en las elaboraciones de GOLDSCHMIDT, J., *Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902, y WOLF, E., "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem", Festgabe für Reinhard FRANK, tomo II, Tübingen, 1930, pág. 516-, SCHMIDT, Eb., "Probleme des Wirtschaftsstrafrechts", *Süddeutsche Juristenzeitung* 1948, pág. 225; el mismo, en HAERTEL/JOEL/SCHMIDT, *Wirtschaftsstrafgesetz*, 1949, Einleitung; el mismo, "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", *Beiheft zur Deutschen Rechtszeitschrift*, 11, 1950, pág. 27; el mismo, "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten", *JZ* 1951, pág. 101; el mismo, "Ausscheidung des Verwaltungsrecht aus dem Strafrecht", Referat, en *Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, tomo I, Bonn, 1956, pág. 333. En el mismo sentido, HENKEL, H., "Kollektivschuld", págs. 113 s. LANG-HINRICHSSEN, D., "Verbandsunrecht", págs. 64 ss.

¹³⁰ SCHMIDT, Eb., "Probleme des Wirtschaftsstrafrechts", págs. 230 s.; el mismo, "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", págs. 26 s.; el mismo, en *Wirtschaftsstrafgesetz*, pág. 15. En el mismo sentido que WOLF, E., "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem", pág. 560.

determina en función del daño constatable que se le ha realizado a un bien jurídico. Por lo tanto, en el injusto administrativo no se trata de la lesión de un bien jurídico, sino del incumplimiento de disposiciones administrativas. En este sentido, el injusto administrativo carece de un reproche ético y el contenido criminal de la acción del autor¹³¹.

Consecuentemente, entendiendo que esta diferenciación cualitativa entre ambos injustos, SCHMIDT defiende también que a distintos contenidos de injustos les ha de corresponder distintos contenidos de culpabilidad¹³². La culpabilidad del Derecho penal supone una carga ético-social de la personalidad del autor en relación con el ordenamiento jurídico. En la valoración de la culpabilidad se encuentra, por lo tanto, en tela de juicio la personalidad ética del autor. Esta relación con la personalidad ética no se encuentra, sin embargo, en el ámbito de las sanciones administrativas. El reproche que se realiza en las sanciones administrativas se agota en el incorrecto desempeño de la voluntad que a pesar del conocimiento de la orden administrativa se la ha vulnerado¹³³.

La existencia de dichas profundas diferencias cualitativas entre los injustos penales y administrativos, así como en la diferente exigencia de culpabilidad entre uno y otro, conlleva, a su vez, una diferenciación en la sanción que llevan aparejada. En este sentido, la sanción administrativa no supone la *capitis diminutio* que tienen las penas, ya que aquí no se trata de una sanción aplicada a una persona

¹³¹ SCHMIDT, Eb., "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", pág. 27.

¹³² SCHMIDT, Eb., "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", págs. 51 s; el mismo, "Probleme des Wirtschaftsstrafrecht", pág. 234.

¹³³ SCHMIDT, Eb., "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", págs. 51 s; el mismo, "Probleme des Wirtschaftsstrafrecht", pág. 234.

indiferente al Derecho, sino de la sanción aplicada a un sujeto descuidado al que se le debe llamar simplemente la atención¹³⁴.

Sin embargo, esta fundamentación fue también muy discutida en la doctrina y contó con numerosos oponentes¹³⁵. Los fundamentos de esta controversia se encuentran analizados detenidamente en el capítulo cuarto, ya que la dimensión de dicha discusión en torno a la aplicación de sanciones administrativas a la persona jurídica reviste importancia aún en la discusión actual.

Otros autores ven la solución a esta cuestión en la elaboración de un sistema que permita abarcar mejor la *responsabilidad de los órganos y representantes de las personas jurídicas*, ya que esta figura permitiría basarse al menos en la culpabilidad de las personas que integraran el órgano o en la culpabilidad del representante legal de las mismas¹³⁶. Sin embargo, como ya analizaremos más adelante, esta solución no permite dar una verdadera solución a la cuestión que aquí se plantea, tratándose de una cuestión diferente sólo aplicable a aquellos casos de representación en el marco de los delitos especiales propios¹³⁷.

¹³⁴ SCHMIDT, Eb., "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", págs. 44 ss. HAERTEL/JOEL/SCHMIDT, *Wirtschaftsstrafgesetz*, págs. 31 ss.

¹³⁵ JESCHECK, H.-H., "Zur Frage der Strafbarkeit der Personenverbände", pág. 543; el mismo, "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", págs. 260 ss.; el mismo, "Das Deutsche Wirtschaftsstrafrecht", pág. 462. SIEGERT, K., "Haftung für fremde Schuld im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht", pág. 529; el mismo, *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, pág. 44. HARTUNG, F., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", E 44, 45. LANGHINRICHSSEN, D., "Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht)", págs. 232 ss.; el mismo, "Verbandsunrecht", págs. 66 s. MAYER, H., *Zuchtgewalt und Strafrechtspflege*, Diss. 1922, págs. 53 ss.; el mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953, págs. 71 ss. v. HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, tomo II, 1932, págs. 103 ss. WELZEL, H., "Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht", JZ 1956, pág. 241.

¹³⁶ BRUNS, H. J., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht", pág. 12. LANGE, R., Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, E 68. HARTUNG, F., Diskussionsbericht, *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, E 57.

¹³⁷ Ver más adelante Capítulo IV.

VIII. CONCLUSIONES

Una vez planteado el fuerte cambio que supuso la teoría final de la acción y sus consecuencias en los demás ámbitos de la teoría del delito frente a la teoría clásica del delito, se puede afirmar que la crisis que se produce en relación al concepto de acción no es sino una crisis en relación al concepto de sujeto que había servido de modelo. Hasta ese momento el modelo del sujeto del Derecho penal era un individuo, cuyo comportamiento se encontraba determinado por la influencia del método de análisis de las ciencias naturales. En este sentido, todo comportamiento humano era estudiado según la idea de la ley de la causalidad, dando así lugar a un concepto de acción en el que la persona humana no participaba más que como un factor causal entre la acción y el resultado.

A partir del planteamiento de WELZEL no sólo cambia el concepto de acción y, consecuentemente, la culpabilidad, sino fundamentalmente la visión del sujeto como tal y también la idea de la sociedad. El cambio que se produce en la filosofía está marcado, esencialmente, por la obra de SCHELER, a la que WELZEL hace continuas referencias. A partir de ésta se plantea la idea de la existencia de una ética material y no meramente formal. Por acción social se entiende todo comportamiento (positivo) externo e interno. Por lo tanto, ya no se trata de una relación de causalidad de un movimiento corporal y del efecto sobre un bien jurídico, sino *además* de la relación con el actuar de otra persona.

Estos cambios de los paradigmas explican las transformaciones de WELZEL, pero no sólo en relación con la acción, sino también en relación a la función misma del Derecho penal. La importancia que para ello adquieren otras ciencias, como la sociología y la psicología, en la interpretación del Derecho es determinante.

En este sentido, el cambio que se produce en la visión del sujeto, un sujeto al que se le reconocen ahora también capacidades psicológicas, es lo que produce la crisis en torno al concepto de acción y ocasiona su reformulación.

Si bien toda esta evolución de la idea del sujeto supone una profunda ruptura con el modelo del sujeto que se había manejado hasta el momento, la discusión en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede avanzar más allá, pues en cualquier caso se mantiene la idea de la persona humana como único sujeto posible, modificando la concepción del mismo. Los argumentos que la doctrina discutía, hace ya casi cincuenta años, se reproducirán, como veremos en el próximo capítulo, en la discusión actual. Este hecho no puede ser, por otra parte, distinto, ya que la discusión se continúa planteando, en realidad, dentro de las mismas coordenadas: es decir, en una comparación entre la persona física y la persona jurídica y en el intento de adaptar las categorías dogmáticas de la teoría del delito a la persona jurídica, cuando el modelo de sujeto del que parten es incompatible con ésta última. Precisamente, lo que aquí se intenta mostrar es que la discusión debe girar en torno a la idea del sujeto mismo y a partir de allí se podrá avanzar en la obtención de una respuesta referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de un sujeto con cualidades psicológicas y sociológicas mayores supone una profunda evolución en relación al sujeto y ello marcó un cambio respecto del paradigma anterior dando lugar al nacimiento de un nuevo paradigma. Este nuevo marco determina las transformaciones que sufren las categorías dogmáticas de la teoría del delito a partir de una nueva concepción del sujeto. A partir de la idea del sujeto y de la sociedad se forman los nuevos conceptos jurídicos y el contenido de las categorías dogmáticas de análisis.

CAPÍTULO III:

LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS EN EL MARCO DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA DE LOS SISTEMAS Y EL CONCEPTO DE SUJETO DEL DERECHO PENAL

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA
- III. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA
 - 1) La incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica
 - a) La imposibilidad de aplicación de sanciones penales
 - b) La aplicación de una sanción penal sin culpabilidad
 - b1) El principio de culpabilidad fundado en un *estado de necesidad de prevención*
 - b2) La aplicación de medidas de seguridad
 - 2) La capacidad de culpabilidad
 - a) La *culpabilidad de organización*
 - b) La culpabilidad propia de la persona jurídica
 - 3) La configuración de un sistema de responsabilidad penal específico para la persona jurídica
 - a) La teoría del dominio de organización funcional-sistemático
 - b) La teoría del ilícito del sistema (Theorie des Systemsunrecht)
 - 4) El principio de culpabilidad fundado en aspectos de prevención
 - a) El concepto de culpabilidad basado en la prevención general integradora: ROXIN.
 - b) El concepto de culpabilidad basado en la prevención general positiva: JAKOBS.
- V. CONCLUSIONES



CAPÍTULO III

LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS DOGMÁTICOS EN EL MARCO DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA DE LOS SISTEMAS Y EL CONCEPTO DE SUJETO DEL DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

Después de la discusión que tuvo lugar en los años 30 y nuevamente a partir de los 50 y que, como acabamos de exponer en el anterior capítulo, concluyó con la absoluta negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se vuelve a retomar la cuestión a mediados de la década de 1980, para convertirse en la actualidad en uno de los temas de vanguardia en la discusión dogmático-penal relacionada con el Derecho penal económico. Uno de los motivos de esta resurrección del problema ha sido probablemente el gran interés que se ha puesto desde el Derecho comunitario en este ámbito del Derecho penal¹ y, sin lugar a duda, la infinidad de problemas prácticos

¹ En este sentido tiene especial importancia la Recomendación del Consejo de Europa que se reproduce a continuación: *Council of Europe - Committee of Ministers/Recommendation No. R (88) 18 of the Committee of Ministers to the Member States Concerning Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities (Adopted by the Committee of Ministers on 20 October 1988 at the 420th Meeting of the Minister's Deputies)*:

"The Committee of Ministers, under the Article 15 b) of the Statute of the Council of Europe,
Considering the increasing number of criminal offences committed in the exercise of the activities of enterprises which cause considerable damage to both individuals and the community;

Considering the disability, of placing the responsibility where the benefit derived from the illegal activity is obtained;

Considering the difficulty, due to the often complex management structure in an enterprise, of identifying the individuals responsible for the commission of an offence;

Considering the difficulty, rooted in the legal traditions of many European states, of rendering enterprises which are corporate bodies criminally liable;

(continúa...)

1(...continuación)

Desirous of overcoming these difficulties, which a view to make enterprises as such answerable, without exonerating from liability natural persons implicated in the offence, and to provide appropriate sanctions and measures to apply to enterprises, so as to achieve the due punishment of illegal activities, the prevention of further offences and the reparation of the damage caused;

Considering that the introduction in national law of the principle of criminal liability of enterprises having legal personality is not the only means of solving these difficulties and does not exclude the adoption of other solutions serving the same purpose;

Having regard to Resolution (77) 28 on the contribution of criminal law to the protection on the environment, Recommendation No. R (81) 12 on the economic crime and Recommendation No. (82) 15 on the role of criminal law in consumer protection,

Recommends that the governments of the member states be guided in their law and practice by the principles set out in the appendix to this recommendation.

Appendix to Recommendation No. R (88) 18

The following recommendations are designed to promote measures for rendering enterprises liable for offences committed in the exercise of their activities, beyond existing regimes of civil liability of enterprises to which these recommendations do not apply.

They apply to enterprises, whether private or public, provided they have legal personality and to the extent that they pursue economic activities.

I. Liability

1. Enterprises should be able to be made liable for offences committed in the exercise of their activities, even where the offence is alien to the purposes of the enterprise.

2. The enterprise should be so liable, whether a natural person who committed the acts or omissions constituting the offence can be identified or not.

3. To render enterprises liable, considerations should be given in particular to:

a) applying criminal liability and sanctions to enterprises, where the nature of the offence, the degree of fault on the part of the enterprise, the consequences for society and the need to prevent further offences so require;

b) applying other systems of liability and sanctions, for instance those imposed by administrative authorities and subject to judicial control, in particular for illicit behaviour which does not require treating the offence as a criminal.

4. The enterprise should be exonerated from liability where its management is not implicated in the offence and has taken all the necessary steps to prevent its commission.

5. The imposition of liability upon enterprise should not exonerate from liability a natural person implicated in the offence. In particular, persons performing managerial functions should be made liable for breaches of duties which conduce to the commission of an offence.

II. Sanctions

6. In providing for the appropriate sanctions which might be imposed against enterprises, special attention should be paid to objectives other than punishment such as the prevention of further offences and the reparation of damage suffered by victims of the offence.

7. Consideration should be given to the introduction of sanctions and measures particularly suited to apply to enterprises. They may include the followings:

- warning, reprimand, recognisance;
- a decision declaratory of responsibility, but not sanction;
- fine or other pecuniary sanction;
- confiscation of property which was used in the commission of the offence or represents the gains derived from the illegal activity;
- prohibition of certain activities, in particular exclusion from doing business with public authorities;
- exclusion from fiscal advantages and subsidies;

(continúa...)

surgidos, fundamentalmente, en el marco de los delitos contra el medio ambiente y en el ámbito del Derecho penal económico², en los que la persona jurídica se presenta como uno de los sujetos más frecuentes.

A su vez, algunas legislaciones europeas han ido introduciendo dicha responsabilidad bien por medio de las sanciones administrativas -intentando así evitar (aparentemente) los problemas dogmático-penales- o, incluso, también a través del Derecho penal³.

¹(...continuación)

- prohibition upon advertising goods or services;
- annulment of licences;
- removal of managers;
- appointment of a provisional caretaker management by judicial authority;
- closure of the enterprise;
- winding-up of the enterprise;
- compensation and/or restitution of the victim;
- restoration of the former state;
- publication of the decision imposing a sanction or measure.

These sanctions and measures may be taken alone or in combination, with or without suspensive effect, as main or as subsidiary orders.

8. When determining what sanctions or measures to apply in a given case, in particular those of a pecuniary nature, account should be taken of the economic benefit the enterprise derived from the illegal activities, to be assessed, where necessary, by estimation.

9. Where this necessary for preventing the continuance of an effect or the commission of further offences, or for securing the enforcement of a sanction or measure, the competent authority should consider the application of interim measures.

10. To enable the competent authority to take its decision with full knowledge of any sanctions or measures previously imposed against the enterprise, consideration should be given to their inclusion in the criminal records or to the establishment of a register in which all such sanctions or measures are recorded."

² HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden Baden, 1995, con especial incidencia en los delitos contra el medio ambiente. SEELMANN, K., "Bereich: Verbandstrafbarkeit", ZStW 108 (1996), pág. 652.

³ Holanda (art. 51 Código penal holandés) y Francia (art. 122-1 ss. Nouveau Code Penal). Confr. capítulo sobre el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos del los Estados miembros de la Unión Europea.

Con el reconocimiento de una necesidad político-criminal de revisar el planteamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴, se han propuesto últimamente diversos modelos intentando dar una solución, pero -independientemente

⁴ BAJO FERNANDEZ, M., "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", pág. 5090. GRACIA MARTIN, L., "La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", AP 39/1993, págs. 606 ss. SILVA SANCHEZ, J. M., "La responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos", en SILVA SANCHEZ, J.M., (Ed.)/SCHÜNEMANN, B./DE FIGUEIREDO DIAS, J. (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Libro homenaje a Claus ROXIN, Barcelona, 1995, pág.358. PEREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", AP 2/1995, pág. 26. ZUGALDIA, J.M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", pág.67; el mismo, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", Cuadernos de Política criminal, 1994, Nr. 53, pág. 613; el mismo, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (doce años después)", pág. 713. BARBERO SANTOS, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en VV.AA., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Diritto comunitario*, Centro internazionale di ricerche e studi sociologici, penali e penitenziari della università di Messina, Milano, 1981, pág. 445. MUÑOZ CONDE, F., "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en SUAREZ GONZALEZ, C./SCHÜNEMANN, B., (Ed.), *Hacia un Derecho penal económico*, Madrid, 1995, pág. 265. RODRIGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", La Ley, 3 de octubre 1996, pág. 1. En la doctrina alemana: TIEDEMANN, K., "Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung", en TIEDEMANN, K., (Ed.), *Die Verbrechen in der Wirtschaft. Neue Aufgaben für Straffjustiz und Strafrechtsreform*, Karlsruhe, 1970, pág. 9; el mismo, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, tomo 1 - Allgemeiner Teil, Reinbeck bei Hamburg, 1976, pág. 14; el mismo, "Welche strafrechtliche Mitteln empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?", Gutachten C zum 49. Deutschen Juristen Tag, München, 1972; el mismo, "Die "Beußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", NJW 19 (1988), págs. 1169 ss. BRENDER, M., *Die Neuregelung der verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Recht-Wirtschaft-Gesellschaft-Recht 25, Freiburg/Berlin, 1989. SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979; el mismo, "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", en SCHÜNEMANN, B./SUAREZ GONZALEZ, C. (Ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, Madrid-Symposium für K. Tiedemann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, pág. 265. STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", Festschrift für Rudolf SCHMITT, Tübingen, 1992, págs. 295 ss. OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Verbänden*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, de Gruyter, Berlin/New York, 1993. HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverände*, Westdeutscher Verlag, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, 1993; el mismo, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", ZStW 107 (1995), págs. 285 ss. VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", JZ 1993, págs. 429 ss. EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Berlin, 1994. HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995; el mismo, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung-nationale Konsequenzen", ÖJZ, 6 (1996), págs. 211 ss. SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen, 1993. KORTE, M., *Juristische Person und strafrechtliche Verantwortung*, Diss. Bonn, 1991. HAMANN, H., *Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht*, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, tomo 2, Karlsruhe, 1991. EIDAM, G., *Unternehmen und Strafe*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1993. RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996.

de cada propuesta en particular- el tema central que se ha tenido que abordar con ese fin es el del concepto de culpabilidad.

La discusión en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica continúa centrada actualmente en diversos problemas, ya discutidos por la doctrina con anterioridad: a) cuestiones de política criminal, b) el problema de la capacidad de acción, c) el problema de la capacidad de culpabilidad y, estrechamente vinculado con éste, el problema de la personalidad de las penas y d) el problema de la clase de sanciones que serían aplicables a las personas jurídicas. Sin embargo, la solución que se pretende dar ha variado notablemente en la discusión actual.

Independientemente de las soluciones concretas aportadas por los diversos autores para dar una respuesta a estos problemas, parece saltar a la vista que la solución que se dé a estas cuestiones va a depender fundamentalmente de dos aspectos relevantes y previos: por un lado, la *configuración del sujeto*⁵ y, por otro lado -e íntimamente ligado con la primera cuestión-, la *función de la pena* en el Derecho penal.

En este mismo sentido, unos de los trabajos más sugerentes en relación a la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo constituye en nuestra doctrina el de ZUGALDIA⁶. ZUGALDIA sostiene en este trabajo que el obstáculo fundamental que la doctrina dominante tiene para aceptar a las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal, se encuentra vinculado a una visión retributiva del delito y de ahí su inadecuación para resolver esta cuestión. Por lo tanto, propone, que ante la realidad social de la participación de estos sujetos en la comisión de delitos, es preciso dar una nueva configuración a las categorías dogmáticas de la

⁵ JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Prólogo a la primera edición (1983), V.

⁶ ZUGALDIA, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", Cuadernos de Política Criminal 1980, págs. 67 ss.; el mismo, con posterioridad en el mismo sentido, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", págs. 613 ss.; el mismo, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (doce años después)", págs. 713 ss.

acción y la culpabilidad, así como reorientar los fines del sistema penal⁷. Precisamente, JAKOBS ha sido el único autor que ha propuesto un modelo nuevo de la teoría del delito en donde el concepto de acción y de culpabilidad adquieren fundamentaciones nuevas que pueden servir al replanteamiento del objeto de la presente investigación.

A continuación expondremos las distintas fundamentaciones que se han elaborado en el replanteamiento dogmático en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas para dar un panorama del actual estado de la discusión y se dedicará especial atención al replanteamiento de la culpabilidad.

II. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Aún hoy tanto la doctrina mayoritaria⁸ como la jurisprudencia⁹ en

⁷ ZUGALDIA, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", págs. 70, 86 ss.

⁸ ANTON ONECA, J., *Derecho Penal - Parte General*, págs. 154 ss. BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 111. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal - Parte General*, tomo I, págs. 291, 297, nota 27 con ulteriores referencias. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal - Parte general*, pág. 325. CORDOBA RODA, Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de MAURACH, tomo I, Barcelona, 1962, pág. 185. CUELLO CALON, E., *Derecho Penal - Parte general*, págs. 320 ss. LUZON PEÑA, D., *Curso de Derecho penal - Parte general*, pág. 268. MIR PUIG, S., *Derecho penal - Parte General*, págs. 166 ss. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal - Parte general*, pág. 228. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal - Parte general*, pág. 390. RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte general*, pág. 228. OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro", ADPCP, 1984, págs. 23 s. GRACIA MARTIN, L., *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal*, tomo I, págs. 9 ss.; el mismo, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", págs. 586 ss. Siguiendo las argumentaciones de GRACIA MARTIN, PEREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", pág. 20. SILVA SANCHEZ, J.M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", en SILVA SANCHEZ, J.M., (Ed.), SCHÜNEMANN, B./DE FIGUEIREDO DIAS, J., (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Barcelona, 1995, págs. 358 ss.

⁹ STS de 3 de julio de 1992, según la cual "En el Derecho penal español, la responsabilidad se fundamenta en acciones de personas físicas, por el contrario, se parte de la base -al menos hasta hoy- de (continúa...)

nuestro país entiende que las personas jurídicas no son capaces de acción. La razón de esta afirmación es inevitable: toda vez que se tome como punto de partida un concepto de acción psicológico¹⁰, no será posible llegar a ninguna otra respuesta de la cuestión. En este sentido, se manifiesta especialmente GRACIA MARTIN¹¹, quien parte de la existencia de un único concepto válido y verdadero de acción, como comportamiento humano voluntario o ejercicio de la voluntad en sentido psicológico, y, consecuentemente, también defiende un concepto de culpabilidad basado sobre fundamentos bio-psicológicos. Como ya hemos afirmado en otras ocasiones de este trabajo, no puede haber respuesta distinta siempre que se tome como punto de partida conceptos de acción y de culpabilidad que están formulados a partir del individuo¹². GRACIA MARTIN parece sostener una opinión consecuente cuando afirma que no es posible, por lo tanto, imponer ningún tipo de sanciones a las personas jurídicas (ni penas, ni medidas de seguridad, ni sanciones administrativas)¹³, sin embargo no es así: pues concluye su exposición que las medidas que se les puede aplicar deben carecer de fines represivos y, sin lugar a duda, realizar fines preventivos y reafirmativos en este ámbito. Por lo tanto, propone medidas de carácter civil y medidas preventivas de carácter asegurativo como el cierre de locales, prohibición o suspensión de actividades, comiso de instrumentos, etc. y medidas coercitivas como las multas coercitivas. Las

⁹(...continuación)

que las personas jurídicas o conjuntos de personas carecen, en principio, tanto de la capacidad de acción como de la capacidad de culpabilidad que requiere el Derecho penal. Ello no excluye, de todos modos, que en el derecho sancionatorio administrativo se acepte que las personas jurídicas, sociedades, etc., puedan ser objeto de sanciones, carentes de las notas propias de las sanciones penales." También en el mismo sentido, STS de 2 de junio de 1993.

¹⁰ BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 112.

¹¹ GRACIA MARTIN, L., "La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", págs. 597 ss.

¹² Muy crítico al respecto de las opiniones sostenidas por GRACIA MARTIN, ZUGALDIA, J.M., "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", págs. 621 ss., cuya opinión se comparte.

¹³ GRACIA MARTIN, L., "La responsabilidad de las propias personas jurídicas", pág. 590.

medidas propuestas no difieren de las que se proponen en este contexto como verdaderas penas a las personas jurídicas¹⁴.

Sin embargo, el problema de la *acción* ha sido la cuestión que, probablemente, con mayor facilidad se ha logrado resolver. En esta línea y aplicando los principios en los que se fundamentan las reglas de la coautoría y de la autoría mediata se ha afirmado la capacidad de acción de las persona jurídicas. Independientemente de cual sea la definición de acción que defiendan los diferentes autores, la capacidad de acción de la persona jurídica se ha reconocido, bien entendiendo que la acción de los órganos de la misma constituye en realidad una *acción propia de la persona jurídica*¹⁵, o bien entendiendo, que, aunque la acción sólo puede ser propia del individuo que la ha realizado (y, por lo tanto, su opinión personal puede diferir de la expresada como miembro de un órgano), una acción realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como acción propia de la misma¹⁶.

Por otro lado, el reconocimiento legal -como, por ejemplo, el del § 30 OWiG en el derecho alemán- de la persona jurídica como destinataria de una norma,

¹⁴ Confr. al respecto el Capítulo IV dedicado a las sanciones aplicables a las personas jurídicas.

¹⁵ En este sentido, HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*; el mismo, "Strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen". STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?". VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen". HEINE, G., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen". OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, para quien la cuestión es, en realidad, irrelevante, pues la considera innegable.

¹⁶ En el sentido de una responsabilidad por la acción de un tercero, como ocurre también con otras formas de la autoría en el Derecho penal, en las que puede ser considerado autor un sujeto que no sea el que realizó verdaderamente la acción. Confr. TIEDEMANN, K., "Die "Beübung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1169. HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit der Personenverbände*, pág. 10; el mismo, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", pág. 289, para quien ambas formas constituyen acciones propias de la persona jurídica, siempre que sea realmente una decisión del órgano, lo que quedará supeditado a la estructura de la persona jurídica en cuestión. SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, págs. 173 ss., quien la entiende en el sentido de una "capacidad de acción derivada" ("abgeleitete Handlungsfähigkeit"). EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 239. JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6144.

permite afirmar, según algunos autores, la capacidad de dicho destinatario para cumplir o para infringir la norma¹⁷. Sin embargo, este argumento, si bien es cierto, no resuelve los problemas dogmáticos de imputación que se plantean. La simple introducción en el ordenamiento jurídico de una norma previendo dicha responsabilidad no es una solución mientras no se determinen previamente los presupuestos de dicha responsabilidad. Por el contrario, la recepción legal debería ser, en todo caso, la culminación de un proceso de discusión. En primer lugar, deben estar claros los presupuestos de la aceptación de la persona jurídica como sujeto del Derecho penal y la determinación de los presupuestos de imputación que se deben cumplir para no caer en una mera responsabilidad por la infracción objetiva de la norma. El hecho de reconocer a la persona jurídica como destinataria de una norma penal supone haber aceptado los principios de imputación de una norma penal y ello es, precisamente, lo que no está aceptado unánimemente¹⁸.

En cualquier caso, no parece imposible pensar que la acción del órgano de una persona jurídica que actúa sólo en nombre de la misma pueda ser considerada como una acción de la persona jurídica, ya que esas acciones sólo vinculan a la persona jurídica y no a la persona física que en su nombre las realizó. Por lo tanto, la acción de un órgano o de una persona con funciones directivas de una persona jurídica puede ser considerada como una *acción propia* de la misma¹⁹.

¹⁷ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1171. BRENDÉ, M., Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Freiburg/Berlin, 1989, págs. 93 ss. En realidad, este argumento es muy parecido al utilizado por KELSEN, cuando exponía la posibilidad de la persona jurídica para ser sujeto de imputación por la infracción de una norma; confr. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, pág. 180.

¹⁸ Este argumento es el mismo que parece ha tenido en mente el legislador francés, al introducir en el nuevo *Code penale*, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 121 NCP).

¹⁹ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172. SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 20. STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 297. OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 15. VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", (continúa...)

En este sentido, la fundamentación del concepto de acción que parece más convincente para explicar la acción de una persona jurídica es la expuesta por JAKOBS:

En la determinación del concepto de acción no sólo se trata de imputar una acción a un sujeto, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto. La acción es una categoría de la teoría de la imputación y la finalidad de la imputación depende de la finalidad de la pena: el restablecimiento de la vigencia de la norma. Por lo tanto, la imputación determina qué persona debe ser castigada para la estabilización de la vigencia de la norma. El resultado es: se debe castigar a aquel sujeto que se ha comportado antijurídica y culpablemente²⁰.

El Derecho penal actual establece que el único sujeto con capacidad de acción es el individuo. Sin embargo, la constitución psicológica del individuo relevante para el Derecho penal no es una cuestión que se encuentra predeterminada²¹.

Tanto para el concepto causal de acción como para el concepto final de acción lo esencial es el *acto de voluntad*. Si bien para JAKOBS la voluntad también es relevante²², lo que le importa señalar es que la acción no depende en dichas concepciones teóricas de cómo se ha producido la formación de la voluntad; la dirigibilidad de la voluntad carece de toda influencia respecto del concepto de acción. Al establecer el sujeto de imputación como un sistema basado en características psico-

¹⁹(...continuación)
pág. 299. JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/44. ZUGALDIA, J. M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere potest*", pág. 80; el mismo, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", págs. 622 s.

²⁰ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/1.

²¹ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/20; el mismo, "Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen", pág. 23.

²² JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6/20.

físicas, del cual sólo interesa en el ámbito del injusto el *output* en forma de un acto independiente de la voluntad (concepto causal de acción) o en forma de acto dirigido (concepto final de acción), se define claramente cuál es el sujeto. El concepto de acción, para JAKOBS, tiene un significado confuso, pues, en realidad, se refiere, por un lado, a la caracterización de un sujeto y a lo que para ese sujeto es su mundo exterior y, por otro lado, a cuándo la apariencia del mundo exterior se puede relacionar con el sujeto (es decir, cuando se le puede imputar la modificación del mundo exterior)²³.

El resultado al que llega JAKOBS es un concepto de acción que elimina de él la dirigibilidad de los impulsos (*Antriebssteuerung*), pero que determina la *dirigibilidad* de la acción en función de las capacidades individuales del autor. Sólo así es posible garantizar que la expresión del sentido de la acción sólo sea la expresión del sentido de *un* (determinado) sujeto²⁴.

Por lo tanto, la *acción* se define -según JAKOBS- como *la evitabilidad individual de la producción de un resultado (individuell vermeidbare Erfolgsverursachung)*. La evitabilidad se encuentra desvinculada del reconocimiento de una regulación jurídica y así debe ser, porque -en su opinión- el reconocimiento de la norma jurídica no aporta nada a la capacidad del autor para producir o evitar un determinado resultado, sino que, en todo caso, le permitirá a un autor fiel al Derecho tener un buen motivo para evitar lo prohibido o para realizar lo mandado por la norma: el reconocimiento jurídico es algo que pertenece a la dirigibilidad de los impulsos y no a la dirigibilidad de la acción y es, por lo tanto, en el ámbito del injusto una cuestión interna del sujeto al que se le imputa la acción²⁵.

²³ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/21.

²⁴ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/25.

²⁵ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/26.

La *evitabilidad* se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si tuviese un motivo dominante para evitar una determinada acción, la hubiese evitado. El motivo en sí mismo, sin embargo, no es relevante; es indiferente en el ámbito del injusto²⁶.

Por otro lado, la producción de un resultado individualmente evitable permite abarcar como concepto supremo tanto las acciones dolosas como las acciones culposas. El reconocimiento de la realización del comportamiento y, eventualmente, de sus consecuencias (en caso de dolo) o la posibilidad de conocimiento individual (en caso de culpa) pertenecen como requisitos de la evitabilidad de la acción y, por lo tanto, al ámbito del injusto. En el ámbito del dolo no existen, en verdad, diferencias con el concepto final de acción; sólo que la perspectiva de la finalidad del resultado se traslada a la finalidad de los requisitos de la evitabilidad del resultado²⁷.

La acción no se comprueba, ni siquiera en la persona física, de forma meramente natural. Más bien se trata de una determinación valorativa del sujeto de imputación, es decir, qué sistema compuesto de psique y cuerpo es valorado por sus efectos externos. Pero, desde un punto de vista normativo, no es necesario que el sujeto de imputación tenga que estar siempre compuesto por un sistema de psique y cuerpo, es decir, de los mismos elementos de los que se compone una persona física. El sistema de un sujeto de imputación también puede estar determinado por otros elementos como ser: el estatuto y los órganos de una persona jurídica. El estatuto y los órganos de una persona jurídica se pueden definir como un sistema, en el que -al igual que en la persona física- los *interna (elementos internos)* no son relevantes. Por lo tanto, las *acciones de un órgano de una persona jurídica realizadas de acuerdo al estatuto de la misma son acciones propias de la persona jurídica*²⁸.

²⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/27.

²⁷ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/27.

²⁸ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/44.

Si se traslada este modelo del concepto de acción a la persona jurídica, entonces debemos afirmar la posibilidad de que el órgano de una persona jurídica realice una acción, como acción propia de la persona jurídica, que tenga las características de una producción de un resultado evitable individualmente:

a) En primer lugar, se acepta la posibilidad de que la persona jurídica sea un sujeto de imputación válido para el Derecho penal: se trata de un *sujeto* que constituye un *sistema compuesto por su estatuto y sus órganos*.

b) Este sujeto puede realizar una acción penalmente relevante, en el sentido de que podía evitar individualmente, es decir, de acuerdo con sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos), producir un resultado.

Por lo tanto, las *acciones del órgano de una persona jurídica llevadas a cabo de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto son acciones propias de la misma*²⁹.

Este modelo permite fundamentalmente hablar de *diferentes sujetos del Derecho penal*. Aquí no se parte sólo de un individuo para determinar lo que es un sujeto, sino que *se determina el sujeto en función de su propio sistema*. Las características del sistema que componen al sujeto del Derecho penal, son las que determinan cómo se configura la "evitabilidad" de la producción del resultado y las que determinan la existencia de una acción relevante. La "evitabilidad personal" se deberá determinar en el caso de una persona jurídica de acuerdo a las capacidades que se le reconocen al órgano en sus estatutos.

La afirmación de que la configuración del sujeto es la que determina el concepto de acción se puede ejemplificar en los distintos conceptos de acción: el sujeto

²⁹ JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6/44.

de la teoría causal de la acción no tiene más que una vinculación causal con los objetos del mundo exterior. El sujeto de la teoría final de la acción es un sujeto con mayor complejidad, porque adquiere también subjetividad y orienta su comportamiento en función de dicha subjetividad, es decir, en función de finalidades que ha preordenado a su comportamiento exterior. Ello demuestra, según JAKOBS, que el problema de la acción tiene que ver con el sujeto, por un lado, y con el mundo exterior, por otro³⁰. La distinta caracterización del concepto de acción, para JAKOBS, dependerá de cómo se construya el sujeto y su mundo exterior, es decir, del *sistema del sujeto* frente al mundo exterior. El punto de partida de JAKOBS no son, por lo tanto, acciones en sentido naturalístico, sino sujetos de responsabilidad, es decir, *sistemas*, cuyo *input* puede estar determinado bien por psique y cuerpo o por estatuto y órganos, como hemos dicho. En todo caso, ambos *sistemas de responsabilidad* tienen capacidad para originar resultados (*output*), es decir, transmitir comunicaciones falsas al sistema jurídico.

Este razonamiento está vinculado fundamentalmente no sólo con una reformulación del concepto de acción o de las categorías de la teoría del delito en general, sino con un replanteamiento general de los presupuestos del Derecho penal y de la legitimación de la pena.

En este mismo sentido, plantea ZUGALDIA -como ya he dicho- uno de los trabajos más sugerentes en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas³¹. ZUGALDIA advierte, por primera vez, en la más moderna discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que la solución a este tema se debe buscar en la *reformulación de los conceptos de acción y de culpabilidad a partir de una nueva consideración de la pena*. Una distinta consideración de la pena, sólo puede tener

³⁰ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/1.

³¹ ZUGALDIA, J., M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", págs. 622 ss.

lugar si se está considerando una visión distinta del sujeto. En su opinión sólo se puede encontrar una solución satisfactoria y coherente desde un único marco teórico: el de la teoría de la pena³². Por lo tanto, aún sin decirlo expresamente, sitúa la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el plano de la discusión más general sobre el *sujeto* del Derecho penal.

III. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

La discusión en relación a la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas ha planteado y plantea considerablemente mayores problemas que los que se pueden apreciar en relación con la problemática de la acción.

Dada la variedad de soluciones que se han aportado en la discusión en los últimos años, se expondrán a continuación los diferentes modelos de soluciones que han sido elaborados por la doctrina. En este sentido, se pueden distinguir fundamentalmente dos grandes líneas de pensamiento³³: en primer lugar, aquellas ideas que han optado por preservar el concepto de culpabilidad tradicional y, por lo tanto, han procurado elaborar un nuevo concepto de culpabilidad válido exclusivamente para las personas jurídicas y, en segundo lugar, se han revisado los conceptos tradicionales de dichas categorías dogmáticas dando lugar a la elaboración de nuevo concepto de culpabilidad válido tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas. A

³² ZUGALDIA, J. M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", págs. 622 ss.; el mismo, "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 13.

³³ ZUGALDIA, J. M., "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", págs. 622 s.; el mismo, "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), págs. 10 ss. RODRIGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", pág. 3 s.

continuación se expondrán las distintas propuestas que se discuten actualmente.

Dentro de esta primera línea de pensamiento se pueden, a su vez, observar diferentes posibilidades que expondré a continuación:

1) **La incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica**

a) **La imposibilidad de aplicación de sanciones penales**

Según gran parte de la doctrina existe una negación absoluta para poder trasladar la categoría de la culpabilidad (-por lo general, basada en un *concepto normativo de culpabilidad*-) a las personas jurídicas³⁴. Las exigencias de la culpabilidad, concebida como un reproche ético-social por no haber actuado conforme a Derecho a pesar de tener la capacidad para hacerlo, es incompatible con la naturaleza misma de las personas jurídicas.

En este sentido, últimamente, OTTO³⁵ plantea tres cuestiones fundamentales que, a su modo de ver, son necesarias para poder intentar dar respuesta al la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica: 1) ¿Porqué la responsabilidad penal de la persona jurídica es problemática?, 2) ¿Existe, en verdad, una necesidad real de implementar sanciones de carácter penal contra la persona

³⁴ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho penal*, tomo I: Teoría general, págs. 9 y ss; el mismo, "La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", pág. 584 (= en Revista Peruana de Ciencias Penales, 4/1994, pág. 469.). SILVA SANCHEZ, J. M., "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos", págs. 359 s. PÉREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", pág. 20. BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 111. MIR PUIG, S., Adiciones al Tratado de JESCHECK, Barcelona, 1991, págs. 308 s.; el mismo, *Derecho penal - Parte general*, pág. 175. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal - Parte general*, pág. 291.

³⁵ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin/New York, 1993.

jurídica? y 3) si se afirma tal necesidad, ¿cómo se deben implementar?

La primera pregunta se encuentra relacionada con la comprobación de que el Derecho penal sólo imputa la comisión de un delito a una persona individual. En este sentido, existirían *de lege ferenda* dos posibilidades: la punibilidad de personas naturales que hayan actuado en nombre de la persona jurídica y la imputación del comportamiento antijurídico de la persona física a la persona jurídica³⁶.

En este sentido, OTTO parte directamente de la aceptación de la capacidad de acción de la persona jurídica: a las personas jurídicas le son imputables las acciones realizadas por sus órganos o representantes y es totalmente irrelevante si esa acción se imputa como acción propia de la persona jurídica o como responsabilidad de la persona jurídica por la acción de un tercero³⁷. En cualquier caso se trata de una acción propia de la persona jurídica.

La cuestión de la culpabilidad es la que para OTTO reviste mayor importancia, pues realmente es aquí donde se plantea el mayor inconveniente para poder resolver la responsabilidad penal de las personas jurídicas. OTTO analiza la imputación de la culpabilidad en función del concepto de culpabilidad que se tome como punto de partida. En este sentido, constata que ni el *concepto normativo de culpabilidad* ni el *concepto social de culpabilidad* pueden llegar a resolver la cuestión, porque ambos conceptos se fundamentan sobre la premisa lógica de la libertad de decisión de una persona. Todo reproche personal -ya sea ético o social- está ligado y elaborado a partir de la persona física³⁸.

Tampoco convence a OTTO un concepto de culpabilidad fundado

³⁶ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, pág.6.

³⁷ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, pág. 15.

³⁸ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, pág. 18.

exclusivamente sobre aspectos de prevención -ya sea de prevención especial o general-. El intento de SCHÜNEMANN por legitimizar la culpabilidad partiendo de la idea de un "estado de necesidad del bien jurídico" (Rechtsgüternotstand)³⁹, es decir, la idea de justificar una sanción a una persona jurídica sin culpabilidad, debido a que la protección del bien jurídico no se puede garantizar de otra manera, ni aún completando este principio de legitimación con el hecho de que la acción haya producido un beneficio para la persona jurídica⁴⁰, resulta en opinión de OTTO insatisfactorio⁴¹.

La principal objeción que -a su modo de ver- presentan las soluciones basadas en una sustitución del fundamento del principio de culpabilidad por razones de prevención es su dudosa constitucionalidad. En este sentido, también sostiene OTTO que las soluciones aportadas por JAKOBS, relacionadas con un concepto de culpabilidad fundamentado exclusivamente en criterios de prevención, si bien son consecuentes, no resulta convincentes⁴².

Por otro lado, tampoco resulta efectivo para luchar contra la "irresponsabilidad organizada" (organisierte Unverantwortlichkeit) un modelo basado en la sustitución del principio de culpabilidad tradicional por una culpabilidad fundada en aspectos preventivos, ya que lo relevante no es la "actitud criminal de la persona jurídica", sino el descuido peligroso de sus organizadores. Por ello, tampoco resulta importante si la persona jurídica ha obtenido algún beneficio de la acción delictiva, ya

³⁹ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 236.

⁴⁰ SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht", en SCHÜNEMANN, B./SUAREZ GONZALEZ, C., (Ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, pág. 287.

⁴¹ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, pág. 25.

⁴² OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 21.

que lo relevante es el peligro potencial de la acción⁴³.

Para llevar a cabo una lucha contra el potencial de peligrosidad que entraña una actividad empresarial, que a la vez sea represiva y preventiva, el único medio adecuado y efectivo en este tema es -según OTTO- la aplicación de una sanción a la persona jurídica en virtud de normas reguladoras de la supervisión administrativa de la actividad económica ("wirtschaftsaufsichtsrechtliches Sanktionmaßnahme"⁴⁴). No se trata aquí de sancionar el injusto personal, ni la toma de decisión culpable de otras personas para fundamentar el reproche personal, sino de buscar una medida efectiva excluida del ámbito de la sanción penal que, según el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), exige el respeto del principio de culpabilidad. Por ello, es necesario sustituir el aspecto personal por un aspecto "instrumental". Y ello sólo puede tener lugar si se acepta que hay que superar las limitaciones del Derecho penal, al menos, en la lucha contra peligros que surgen en la actividad empresarial. Por lo tanto, la sanción a la persona jurídica no debe ser interpretada como una medida de seguridad que tenga efectos en el futuro, sino que se debe complementar con una sanción por el hecho pasado para poder realizar así una función preventiva. No debe ser una verdadera pena, sino una medida que a la vez sea un medio represivo y preventivo. En concreto, estas sanciones deberían ser similares a las penas disciplinarias (Disziplinarstrafen) o a los medios de orden público (Ordnungsmitteln) como las establecidas en el § 890 de la Ordenanza de Procedimiento civil alemana (ZPO). De lo contrario, ningún medio será efectivo. Sobre estas bases OTTO concluye inclinándose por un sistema de responsabilidad de carácter administrativo⁴⁵.

⁴³ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, pág. 25. En este último argumento, coincide con STRATENWERTH, en que lo importante no es el beneficio, sino el grado de riesgo penalmente relevante que entraña la acción misma. Confr. STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung", pág. 298.

⁴⁴ Tomando la propuesta de SCHMIDT, K., "Zur Verantwortung von Gesellschaften und Verbänden im Kartell-Ordnungswidrigkeitenrecht", *wistra* 1990, pág. 133.

⁴⁵ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 26.

Esta progresiva "funcionalización" y "despersonalización" del sujeto, llevará -en opinión de OTTO- necesariamente a introducir junto al sistema penal de responsabilidad individual un sistema especial, es decir, un Derecho penal colectivo⁴⁶.

Por lo tanto, la única solución que permite no alterar los principios de imputación del Derecho penal individual, es establecer un sistema separado para la responsabilidad colectiva. OTTO no puede llegar a otra solución posible si pretende dejar inalterado el sistema de imputación penal individual y si, de todos modos, no ve otro medio efectivo para combatir dicha criminalidad que no sea por medio de la aplicación de una medida con efecto similar al penal (*strafrechtsähnlich*)⁴⁷.

OTTO comparte con la doctrina penal actualmente dominante el reconocimiento de la necesidad de implementar una sanción específica para los injustos penales cometidos por personas jurídicas. Sin embargo, es reticente a la incorporación de tales sanciones al ámbito del Derecho penal. El impedimento fundamental para incorporar tales sanciones está relacionado con el mantenimiento de un concepto de culpabilidad -igual al exigido por el Tribunal Constitucional Federal alemán- basado en la capacidad de obrar de otra manera. Como es claro, la opinión defendida por OTTO se fundamenta en un concepto de culpabilidad basado en la capacidad de obrar de otra manera, pero, como se ha visto, con un concepto tradicional culpabilidad, sobre la base de la idea de la libertad de voluntad y de un reproche ético-social, la responsabilidad penal de la persona jurídica será difícilmente compatible. La única solución posible, entonces, es la elaboración de un sistema sancionatorio específico que podríamos llamar *para-penal*. Sin embargo, en la actualidad y dado el estado de discusión dogmática en torno a esta cuestión la única solución posible hasta tanto se haya elaborado un sistema

⁴⁶ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 26. En este mismo sentido, VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", *Juristen Zeitung* 9 (1993), pág. 430; y también HEINE, G., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", *ÖJZ* 6 (1996), pág. 218.

⁴⁷ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 28.

de imputación específico para las personas jurídicas es, en su opinión, un sistema de sanciones de carácter administrativo, pues éstas son las más cercanas a las penales.

b) La aplicación de una sanción penal sin culpabilidad

La aplicación de sanciones de carácter criminal a las personas jurídicas puede tener lugar, según el estado de la discusión doctrinal actual, de dos formas: bien, mediante la legitimación de una sanción a la persona jurídica basada en un *estado de necesidad de prevención y en un estado de necesidad del bien jurídico (Präventions- und Rechtsgüternotstand)*, siempre y cuando no sea posible imputar la acción a un autor individual (SCHÜNEMANN); o bien, suprimiendo también la exigencia de culpabilidad, pero admitiendo la posible aplicación de medidas de seguridad basadas en una nueva fundamentación de las mismas, es decir, orientadas en criterios de prevención general (STRATENWERTH).

b1) La culpabilidad fundada en un estado de necesidad de prevención:

SCHÜNEMANN⁴⁸ publicó en 1979 una extensa monografía tratando, entre otros temas de la criminalidad económica, la cuestión de la aplicación de sanciones penales a la persona jurídica a fin de acrecentar la eficacia preventiva en el marco de la criminalidad económica. En principio, no habría problemas en reconocer la posibilidad de castigar penalmente a una persona jurídica, ya que el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) habría reconocido expresamente esa

⁴⁸ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräften nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979; el mismo, "Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?", en *International Conference on Environmental Criminal Law - The Taiwan/Roc Chapter*, International Association of Penal Law (AIDP), Taiwan, 1992, págs. 433 s.; el mismo, "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", en SCHÜNEMANN, B./C. SUAREZ GONZALEZ (Ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, págs. 265 ss.

posibilidad⁴⁹. Pero para SCHÜNEMANN era fundamental que no se tratara de un simple "cambio de etiquetas", de la sanción administrativa a la sanción penal, sino de la elaboración de conceptos dogmático-penales validos para ser aplicados a la persona jurídica⁵⁰.

Las cuestiones de la *incapacidad de acción y de culpabilidad*, no le parecen a SCHÜNEMANN una dificultad insuperable para la aplicación de una pena a una persona jurídica, ya que no tienen ninguna importancia en relación con la necesidad racional del fin (*zweckrational*) o con la ultima ratio de una medida. Sólo se puede renunciar a la capacidad de acción y de culpabilidad, como presupuestos típicos de una medida estatal, si esa medida puede ser legítima sobre la base del principio de culpabilidad. De esta manera se logran, en su opinión, conjugar los argumentos conceptuales y sólo quedaría pendiente una cuestión meramente valorativa acerca de si el principio de legitimación utilizado resulta suficiente teniendo en cuenta aspectos de justicia⁵¹.

Ninguna solución que pretenda partir de una comparación entre las medidas aplicables a la persona física y las aplicables a la persona jurídica, pueden llegar a tener una respuesta favorable: no hay posibilidad de vincular -con los conceptos tradicionales- el principio de culpabilidad con la persona jurídica. Por ello, la única solución positiva sólo se puede encontrar, en opinión de SCHÜNEMANN, si se logra establecer un *nuevo principio de legitimación* para la imposición de una sanción. Todo

⁴⁹ Como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal alemán en su importante sentencia de 1966, BVerfGE 20, 323, 334 s., en la que, por un lado, se reconoce que el principio de culpabilidad surge directamente del principio de Estado de Derecho reconocido en el Grundgesetz alemán y, por otro lado, se reconoce la posibilidad de llevar a cabo un juicio de culpabilidad de las personas jurídicas a través de la culpabilidad de "las personas responsables de la misma que actuaron en su nombre". Sobre la base de este fundamento se permitió en el Derecho alemán la inclusión de la sanción de multa a las personas jurídicas en el § 30 OWiG en la reforma del mismo en 1968.

⁵⁰ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 233.

⁵¹ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 234.

el trabajo de SCHÜNEMANN se basa precisamente en la elaboración de un nuevo principio de legitimación y en establecer que los presupuestos de imputación sólo deben configurarse de acuerdo con ese principio de legitimación sin tener que recurrir a las teorías organicistas del Derecho civil⁵².

La única base de legitimación que ofrece la posibilidad de aplicar una sanción, ya sea penal o administrativa, independiente del principio de culpabilidad es - en opinión de SCHÜNEMANN- el *estado de necesidad del bien jurídico (Rechtsgüternotstand)*, que surge aquí de una *situación similar al estado de necesidad por la debilitación de la eficiencia preventiva* en el ámbito de la criminalidad de empresa⁵³. La aplicación de una sanción independiente de culpabilidad se puede fundamentar con los mismos argumentos que se utilizan para la aplicación de cualquier otra medida de seguridad del Código penal, es decir, cuando la protección necesaria del bien jurídico no se puede asegurar de ninguna otra forma, cuando el mantenimiento de los bienes jurídicos en peligro resulta más gravosa que la sanción a la empresa y cuando la persecución del bien más valioso frente al menos valioso no lesiona ningún otro principio del Estado de Derecho⁵⁴.

Por lo tanto, los presupuestos de la aplicación de una sanción penal a una persona jurídica debe reunir los siguientes presupuestos:

a) La *existencia de una verdadera situación de necesidad*, es decir, una verdadera amenaza para el bien jurídico en cuestión que no puede ser resuelta con las habituales medidas existentes. En este sentido, también resulta importante para la verificación de la existencia de una situación de necesidad la especial dificultad que supone determinar al autor individual concreto. Esta forma de aplicar a la persona

⁵² SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 235.

⁵³ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 236.

⁵⁴ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 237.

jurídica una *multa anónima*; tampoco contradice el principio de culpabilidad, ya que el principio de culpabilidad tampoco está relacionado con la aplicación de una sanción administrativa⁵⁵.

b) La aplicación de una medida de necesidad (Notstandmaßnahme) presupone, a su vez, su *idoneidad*. La aplicación de una multa a una empresa debe ser adecuada para fortalecer la eficiencia de prevención en el ámbito del Derecho penal económico. Pero no se trata aquí de una eficiencia de prevención en el sentido de la prevención general, sino en el sentido de la prevención especial. Y ello se logra a través del *efecto indirecto de prevención*, ya que la aplicación de una sanción a la empresa fortalece el *control interno en la empresa*, lográndose así el efecto pretendido por la *prevención especial*⁵⁶.

c) Por último, es necesario respetar también la *proporcionalidad* (*Angemessenheit*) de la multa, es decir, si su aplicación no vulnera otros valores fundamentales del ordenamiento jurídico y constitucional. La objeción que con frecuencia se hace en relación a que la multa afecta también a otros miembros de la empresa sin la existencia de su propia culpabilidad, es un argumento que a SCHÜNEMANN le parece fácilmente rebatible, ya que de la misma forma que se participa en los beneficios de una empresa, también pertenece al riesgo de la actividad empresarial el posible sufrimiento de una desventaja⁵⁷.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 237; el mismo, "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und aus europäischer Sicht", pág. 286.

⁵⁶ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 238.

⁵⁷ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 241. El argumento de que una sanción a la persona jurídica resulta injusta e ilegítima, pues afecta indirectamente también a otros miembros de la misma sin que éstos hayan participado en el delito, no parece ser muy contundente. En este sentido, la respuesta de SCHÜNEMANN es de lo más acertada. Por otro lado, cuando se le impone una sanción a un individuo, tampoco se plantea la repercusión que esa sanción supone a los demás miembros de su familia que tampoco participaron en la comisión del delito. Es indiscutible que la aplicación de una pena criminal tiene efectos también sobre otros sujetos; precisamente, por ello, se trata de una sanción de *ultima ratio*.

Por lo tanto, una pena de multa a la persona jurídica estará siempre legitimada si en el ámbito de la empresa se comete un delito, al que no se le puede aplicar una pena debido a la *autoría alternativa de dos personas físicas* y la comisión del mismo se hubiese podido impedir, o, al menos, dificultado por medio de una adecuada organización empresarial⁵⁸. Por lo tanto, sostiene SCHÜNEMANN, siempre que sea posible identificar al autor individual, la aplicación de una multa a la persona jurídica planteará mayores problemas tanto dogmáticos como de política criminal⁵⁹.

Sin embargo, reconoce -quince años después- que quizás sería necesario ampliar algo más estas consideraciones⁶⁰:

Por un lado, considera necesario extender el principio desencadenante (*Veranlassungsprinzip*), ya que la aplicación de una pena de multa a la persona jurídica sólo disminuye las expectativas de ganancias de los empresarios y significa, por lo tanto, un riesgo de responsabilidad económica como lo tiene cualquier actividad financiera⁶¹.

En segundo lugar, tampoco quiere ya limitar el *estado de necesidad del bien jurídico (Rechtsgüternotstand)* sólo a aquellos casos en los que no sea posible identificar al autor individual, por lo cual sostenía la idea de una *sanción anónima* a la persona jurídica. Sino que también le parece justificada la aplicación de una sanción cuando una persona física haya cometido dentro de la empresa una acción amenazada

⁵⁸ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 241.

⁵⁹ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 248. En el mismo sentido, BOTTKE, W., "Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite", *wistra* 1991, págs. 82, 90. ALWART, H., "Strafrechtliche Haftung des Unternehmens - vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen", *ZStW* 105 (1993), págs. 768 ss.

⁶⁰ SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 286.

⁶¹ SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 286.

bien con una pena o con una sanción administrativa, que haya producido o hubiera podido producir una ventaja para la persona jurídica y cuando faltaron o no fueron suficientes las medidas de cuidado para evitar dichas acciones. De este modo se vería ampliado el ámbito de la legitimación del estado de necesidad de prueba (Beweisnotstand)⁶².

En este sentido, a SCHÜNEMANN le parece adecuada la legitimación especial de una sanción individual adicional, es decir, una *pena de multa acumulativa (kumulative Verbandsgelgbuße)*, que no debe ser calificada como un *exceso*, respetuosa del principio de proporcionalidad⁶³.

Este punto de vista se encuentra, como reconoce el propio SCHÜNEMANN, más cerca del sistema americano del *coporate criminal liability* que a los principios de imputación actualmente dominantes en la dogmática penal continental europea⁶⁴. Los principios de imputación de responsabilidad del Derecho penal americano dan una solución a la responsabilidad penal de las persona jurídicas. Sin embargo, adoptar esos principios de imputación supone romper con la estructura y los fundamentos del Derecho penal continental europeo. Precisamente, excluir la culpabilidad como presupuesto de una pena, quiebra por completo con el sistema jurídico-penal, pero también -en contra de lo que sostiene SCHÜNEMANN- con el sistema de imputación de injustos administrativos⁶⁵.

⁶² SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 287.

⁶³ SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 288.

⁶⁴ SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 288.

⁶⁵ Ver capítulo IV dedicado a las sanciones aplicables a la persona jurídica.

b2) La aplicación de medidas de seguridad

Un enfoque distinto, pero que también conduce a una consecuencia jurídico-penal sin necesidad de comprobar la existencia de culpabilidad, es la que propone STRATENWERTH⁶⁶. En este sentido, analiza el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Libro Homenaje a Rudolf SCHMITT, quien como ya hemos visto había investigado profundamente sobre la aplicación de medidas de seguridad a las personas jurídicas. Reconociendo la necesidad político criminal de introducir la responsabilidad de las personas jurídicas⁶⁷ y tomando como punto de partida la obra de SCHMITT, STRATENWERTH comienza por delimitar, como presupuesto de una posible punibilidad de la persona jurídica, el círculo de personas, cuyas acciones pudieran llegar a ser imputadas a una persona jurídica como acciones propias. Las acciones imputables a una persona jurídica sólo pueden ser aquellas realizadas por sus órganos, representantes o personas que tengan *funciones directivas* dentro de la misma⁶⁸.

Por lo tanto, una vez establecidas las posibles acciones relevantes es necesario constatar ulteriores requisitos para que esa acción pueda admitirse como la acción propia de la persona jurídica. Además de un *hecho de conexión* (*Anknüpfungstat*), que se requiere entre la persona física que realiza la acción y la persona jurídica, STRATENWERTH exige que esa acción penalmente relevante tenga una *relación especial* con la persona jurídica. En este sentido, afirma que la fórmula usada habitualmente, por la que se exige que la persona jurídica haya podido o haya podido obtener algún *beneficio* por esa acción, no es adecuada, ya que no se puede acreditar con verdadera certeza, si la comisión de un delito efectivamente fue en *interés* de la misma. Por ello, sostiene que sería más adecuado recurrir a un criterio de una

⁶⁶ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", en Festschrift für Rudolf SCHMITT, Tübingen, 1992, págs. 295 ss.

⁶⁷ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 296.

⁶⁸ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 297.

relación funcional (funktionaler Zusammenhang) entre el comportamiento delictivo y el ámbito de deberes y obligaciones del órgano o de los representantes⁶⁹. Por lo tanto, para admitir la existencia de una acción de la persona jurídica es necesario: en primer lugar, la existencia de un hecho de conexión llevado a cabo por un órgano o representante o, en cualquier caso, por una persona con funciones directivas dentro de la misma. Y, en segundo lugar, será preciso comprobar la existencia de una relación funcional entre ese hecho y la actividad de la empresa o persona jurídica, ya que cualquier otro tipo de imputación que no se ajuste a un círculo de personas determinado⁷⁰, sólo será una "mera responsabilidad casual" (reine Zufallshaftung)⁷¹. La necesidad indiscutible de una acción de una persona física tiene, por otro lado, razón de ser, pues -en opinión de STRATENWERTH- la imputación de cualquier tipo penal requiere además de la vulneración objetiva la realización de su parte subjetiva, ya sea el dolo o, en su caso, especiales elementos subjetivos del tipo, ya que no sería posible una sanción penal objetiva a la persona jurídica⁷². De todos modos, esta necesidad sólo sería de apreciar en relación a los delitos culposos, ya que allí es suficiente con la constatación de un riesgo no permitido penalmente relevante⁷³. Por lo tanto, STRATENWERTH exige la necesidad de la existencia de una acción de una persona física, pues sólo ésta es capaz de voluntad y de reprochabilidad. Su propuesta permite

⁶⁹ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 299. En este mismo sentido: VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág.432; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, 25. ed., § 14, NM 26; BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., München, 1989, § 30, NM 88 ss., 109 ss.

⁷⁰ En el Derecho comparado la limitación del círculo de autores no es una cuestión resuelta unánimemente. Confr. ACKERMANN, B., *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen und in ausländischen Rechtsordnungen*, págs. 75 ss., en relación a la discusión en Estados Unidos y Gran Bretaña.

⁷¹ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 297.

⁷² Como en realidad se lleva a cabo en la práctica de la Comisión europea en relación a las sanciones aplicables a las empresas en virtud de los art. 85 y 86 TCE. Confr. más adelante en relación al tratamiento de la responsabilidad penal en el Derecho comparado, CAP. V; también HAMANN, H., *Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht*, Pfaffenweiler, 1992, págs. 80 ss.

⁷³ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 301.

así establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se podría denominar como *propia indirecta*⁷⁴.

Resuelta así la cuestión relativa a la acción de la persona jurídica como primer requisito de la punibilidad, STRATENWERTH analiza la cuestión referente a la culpabilidad en función de las sanciones concretas que entrarían en consideración. En este sentido, critica la solución que permitiría aplicar medidas de seguridad a las personas jurídicas -como las que ya fueron propuestas con anterioridad por EXNER⁷⁵, HAFTER⁷⁶ o SCHMITT⁷⁷-, dado que ésta posibilidad sólo elude la cuestión de la culpabilidad (al menos teóricamente), pero sin respetar la finalidad, al menos tradicional, de las medidas de seguridad, ligadas fundamentalmente a la idea de la prevención especial⁷⁸. Sin embargo, STRATENWERTH discute en este contexto la posibilidad de apreciar *nuevos fines de las medidas de seguridad específicas para las personas jurídicas*, que bien podrían tener ahora una *orientación preventivo-general*, ya que precisamente los delitos realizados por personas jurídicas plantean la necesidad de castigar⁷⁹ por una exigencia de interés público⁸⁰. Es decir: la posible solución podría estar en la configuración de un sistema de medidas de seguridad elaborado especialmente para la responsabilidad de las personas jurídicas y, por lo tanto, orientado por fines de prevención general, excluyendo así el problema que plantea la culpabilidad

⁷⁴ ZUGALDIA, J.M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 8.

⁷⁵ EXNER, F., *Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin 1904.

⁷⁶ HAFTER, E., *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, 1903.

⁷⁷ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, 1958.

⁷⁸ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 303.

⁷⁹ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 304.

⁸⁰ Crítico sobre esta solución HIRSCH, H.-J., *Die Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 13, ya que al pretender otorgar a la medida de seguridad una "función reparadora por el ilícito pasado", le está dando un carácter sancionador; con lo cual sólo se estaría ante una solución aparente, ya que sería un fraude de etiquetas, puesto que elude toda confrontación con el concepto de culpabilidad.

y centrándose en la evitabilidad abstracta de la vulneración de la norma. La fundamentación de dicha responsabilidad se encuentra en que la persona jurídica debe responder siempre que no sobrepase los límites del riesgo permitido⁸¹:

Resumiendo: la solución propuesta por STRATENWERTH toma como punto de conexión la solución de SCHÜNEMANN de legitimar la aplicación de una sanción a la persona jurídica a partir de necesidades de "interés público", pero en vez de sostener la aplicación de una pena, opta por las medidas de seguridad, sustituyendo, además, la finalidad tradicional de las mismas de la prevención especial por la idea de la prevención general. En definitiva no se trata ya de responsabilidad personal, sino de la evitabilidad de vulnerar el Derecho, independientemente de quien sea responsable dentro de la empresa⁸².

STRATENWERTH no puede llegar a otra solución, ya que toma como punto de partida un sistema, el de imputación penal individual, que no es compatible para un sujeto sin cualidades humanas. Sin embargo, cree poder solucionar el problema adaptando el sistema penal existente para sujetos carentes de culpabilidad: es decir, el sistema de medidas de seguridad. Pero, a su vez, se encuentra con que los fundamentos de las mismas, la prevención especial, también están elaboradas para un sujeto con características humanas. Por lo tanto, propone refundamentar o reorientar los criterios preventivos de las medidas de seguridad dándoles una nueva interpretación a partir de un marco preventivo-general adecuado al sujeto específico, es decir, a las personas jurídicas.

⁸¹ STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 307.

⁸² RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, pág. 339.

2. La capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

La admisión de sanciones de carácter penal en virtud de la aceptación de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica puede tener lugar, por un lado, mediante la reformulación del principio de culpabilidad, concretamente se propone rebajar las exigencias del mismo en relación a las personas jurídicas y fundamentarlo en una responsabilidad orientada en categorías sociales y jurídicas. En este sentido, se habla de la *culpabilidad de organización (Organizationsverschulden)* (TIEDEMANN). Por otro lado, se parte de la imputación de culpabilidad ajena y se traslada a la persona jurídica, consecuentemente, la culpabilidad del órgano que actuó en representación, como fundamento de una *responsabilidad acumulativa (kumulative Haftung)* (HIRSCH). En este mismo sentido, se admite, sin mayor fundamento, que el reconocimiento legal de una persona jurídica como destinataria de una norma es motivo suficiente para afirmar la aceptación por parte del legislador de una forma de culpabilidad colectiva (SCHROTH), es decir, es el legislador el que establece si se debe reconocer o no una culpabilidad colectiva:

a) La culpabilidad de organización

La propuesta de la *culpabilidad de organización*, que elaboró fundamentalmente TIEDEMANN⁸³, se encuentra relacionada con una reelaboración del concepto de culpabilidad.

⁸³ TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976; el mismo, NJW 1986; el mismo, "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", NJW, 19, 1988, págs. 1169 ss.; el mismo, Jescheck-FS, 1985, pág. 1411; el mismo, NJW 1986, pág. 1842; el mismo, "Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen", en ESER, E./THORMUNDSSON (Ed.), *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Freiburg, 1989, págs. 157, 170; el mismo, "Strafrecht in der Marktwirtschaft", en KÜPER, W./WELP, J., (Ed.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter STREE und Johannes WESSELS*, Heidelberg, 1993, págs. 527, 531.

Con la reforma del § 30 OWiG (Ordnungswidrigkeitengesetz) por medio de la 2. *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* de 1986 (2. Ley de lucha contra la criminalidad económica), que introdujo como sanción la multa aplicable a una empresa, suprimiendo la hasta entonces vigente calificación de "consecuencia accesoria" (Nebenfolge), se reabrió la discusión sobre la naturaleza jurídica de tal sanción a una persona jurídica y, por lo tanto, se plantearon nuevamente las cuestiones fundamentales en torno a este tema:

TIEDEMANN abordó la interpretación del nuevo § 30 OWiG⁸⁴ mediante una reelaboración del concepto de culpabilidad de las personas jurídicas⁸⁵.

La Exposición de Motivos de dicha Ley hacía referencia a la "flexibilización" de la nueva redacción del § 30 OWiG. El hecho de que el § 30 OWiG prevea la aplicación directa a la persona jurídica (con ciertos requisitos) de una multa, puso de manifiesto que las asociaciones mencionadas en el § 30 OWiG son las *destinatarias de la norma*⁸⁶. Esta primera constatación, es la que le permite afirmar a TIEDEMANN que se ha abierto la posibilidad de imputar la acción de una persona física como una *acción propia de la persona jurídica*⁸⁷. Es decir, la existencia de una norma de imputación permite aceptar la existencia de una acción de la persona jurídica,

⁸⁴ Ver capítulo sobre las sanciones aplicables a las personas jurídicas en el § 30 OWiG, capítulo V.

⁸⁵ Fundamentalmente, en TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", págs. 1169 ss.

⁸⁶ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1171. SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, págs. 4, 22, 37, 48, quien desde un punto de partida teórico de las normas pretende mostrar la posibilidad de que personas jurídicas puedan realizar determinados tipos penales como, por ejemplo, los tipos penales de las normas protectoras del medio ambiente. BRENDER, M., *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, pág. 117. EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 186.

⁸⁷ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172.

aunque ésta tenga que ser realizada en efecto por un órgano (u otra persona)⁸⁸ en nombre de la misma, es decir, aunque se trate de la imputación de una acción ajena⁸⁹.

De esta manera TIEDEMANN acepta la capacidad de acción de la persona jurídica, pero aún es necesario salvar el obstáculo principal para la imputación de un delito: la capacidad de culpabilidad. En este sentido, TIEDEMANN constata que la exigencia de la culpabilidad en el ámbito de una infracción administrativa (Ordnungswidrigkeit) es considerablemente inferior a la exigida en el ámbito del Derecho penal. A partir de aquí es posible pensar en un concepto de culpabilidad diferente del habitual basado en un reproche ético: es decir, se puede considerar un concepto de culpabilidad orientado por categorías sociales y jurídicas. El reproche social que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica es la *culpabilidad de organización* (Organisationsverschulden)⁹⁰. La persona jurídica es responsable por los hechos realizados por individuos (como *hecho de conexión - Anknüpfungstat*), porque ésta y sus órganos o representantes no han tomado las suficientes medidas de cuidado

⁸⁸ La cuestión del círculo de personas que pueden cometer una acción imputable como propia a la persona jurídica es otro tema relevante en la discusión sobre la capacidad de acción de la misma y, sobre todo, relevante en relación a si todo hecho que tenga lugar dentro de la misma le debe ser imputado o sólo determinados hechos; confr. STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung", pág. 297. VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 432.

⁸⁹ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172. Fundamentos que, por otra parte, no son nuevos y ya habían sido expuestos por ENGISCH, K., "Probleme des Wirtschaftsstrafrecht", pág. 225; el mismo, "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten", pág. 101.

⁹⁰ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172. Este concepto es traducido por algunos autores también como *"culpabilidad por defecto de organización"*, confr. por ejemplo: BAJO FERNÁNDEZ, M., "Hacia un Derecho penal de las personas jurídicas", pág. 5049. GRACIA MARTÍN, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", pág. 601. A favor de una solución orientada en este sentido también: RODRIGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevas consideraciones dogmáticas y procesales", pág. 4. En sentido crítico respecto de este concepto, SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", págs. 286 ss. GRACIA MARTÍN, L., "La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas", págs. 602 ss. PEREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", págs. 21, 23.

que son necesarias para garantizar un negocio ordenado y no delictivo⁹¹. En el marco de la empresa o de la persona jurídica todo delito o infracción administrativa de los órganos o representantes surge como un error de la misma, siempre y cuando -como es lógico- no estemos en presencia de un exceso en la representación⁹². Por lo tanto, el hecho individual se considera como un hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma. Este momento omisivo es el que justifica el reproche, un reproche inferior al del Derecho penal.

El principio de imputación utilizado por TIEDEMANN no es, como él mismo lo reconoce⁹³, nuevo en el Derecho penal, sino precisamente el mismo que se utiliza en la fundamentación dogmática de la punibilidad de supuestos de *actio libera in causa*⁹⁴. Es decir, que en realidad no se sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo⁹⁵.

TIEDEMANN ha intentado, por lo tanto, resolver el problema que plantea la comprobación de la culpabilidad en la persona jurídica tomando los

⁹¹ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172. En este mismo sentido se adhieren, SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionessubjekte*, quien siguiendo a TIEDEMANN también afirma la existencia de culpabilidad propia de la persona jurídica (págs. 191 ss.) que surge la propia capacidad de acción de la persona jurídica y la consecuente posibilidad de incumplir obligaciones que les atañe, lo que conlleva - en su opinión- un reproche de culpabilidad. La culpabilidad de la persona jurídica surge de la culpabilidad de organización (págs. 203).

⁹² TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172. Crítico al respecto, SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 284.

⁹³ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172.

⁹⁴ TIEDEMANN, K., "Strafbarkeit und Bußgelghaftung von juristischen Personen", págs. 170 ss.

⁹⁵ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1173.

fundamentos de otra figura en la que el autor también carece en el momento del hecho de capacidad de culpabilidad, como es el caso de la figura -que estima análoga- de la *actio libera in causa*, es decir, valiéndose con una institución que permite una cierta desconexión entre el momento de la acción y el momento de la culpabilidad. Sin embargo, la analogía entre la *actio libera in causa* y la responsabilidad de las personas jurídicas es discutible. La persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad (en sentido ético, siquiera social) ni en el momento de comisión del delito, ni tampoco en el momento anterior⁹⁶. Tampoco parece convincente recurrir al concepto social de culpabilidad, ya que también un concepto social de culpabilidad se fundamenta a partir de la idea de las capacidades de un individuo: el concepto social de culpabilidad libera al concepto de culpabilidad del clásico reproche ético, sustituyéndolo por un reproche social, pero ambos reproches se fundamentan en la libertad de decisión de una persona⁹⁷.

b) La culpabilidad propia de la persona jurídica

Por su parte, HIRSCH⁹⁸ inicia su análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tomando como punto de partida que no se trata de una cuestión ajena en la evolución jurídica alemana, dado que dicha responsabilidad se reconoció ya en la Edad media⁹⁹.

⁹⁶ En este mismo sentido, SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 285. GRACIA MARTÍN, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", pág. 602. PÉREZ MANZANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", pág. 23.

⁹⁷ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 18.

⁹⁸ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993; el mismo, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 107 (1995), págs. 285 ss.

⁹⁹ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 6.

A partir de tal afirmación, HIRSCH también se ve obligado a partir de las dos cuestiones tradicionales sobre la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica para analizar la discusión de este tema.

HIRSCH acepta la capacidad de acción de las personas jurídicas, sosteniendo que las acciones de los órganos o representantes de las personas jurídicas constituyen las acciones propias de las mismas¹⁰⁰. En este sentido, se admite la acción de la persona jurídica como una acción realizado por otra persona (física)¹⁰¹. En este caso se trata de una forma de acción determinada por la propia estructura de la corporación que, por otro lado, constituye una realidad. A su modo de ver, la cuestión de la acción es totalmente independiente de la estructura del concepto penal de acción, es decir, que es irrelevante que se tome como punto de partida un concepto causal, final o social de acción, ya que no se trata de determinar los elementos estructurales del concepto de acción mismo, sino de la relación de dicho concepto con un sujeto¹⁰². Por otro lado, el hecho de que el § 30 OWiG las reconozca como destinatarias de la norma viene a corroborar que las personas jurídicas pueden vulnerar precisamente dichas normas¹⁰³.

Una vez resuelto de esa forma el problema de la acción, -imputando la acción del órgano como acción de la propia persona jurídica-, HIRSCH discute las soluciones tendentes a reemplazar el contenido ético-social del concepto de culpabilidad

¹⁰⁰ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 9. SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, págs. 173 ss. EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, págs. 239 ss.

¹⁰¹ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 9.

¹⁰² HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 10; el mismo, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", pág. 289.

¹⁰³ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 12; el mismo, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", pág. 291. En el mismo sentido que TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem neuen Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172.

por el de "interés público" -en la línea de la propuesta de SCHÜNEMANN-. Sin embargo, tales propuestas no le parecen adecuadas, ya que -en cualquier caso- la imposición de sanciones sin culpabilidad es ajena al Derecho penal, toda vez que vulneraría el principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

Por el contrario, sostiene que no hay más que contemplar el problema con mayor detenimiento para constatar que en la *realidad social* es un hecho tanto la aceptación de la culpabilidad de las corporaciones como la formulación un juicio ético sobre las misma¹⁰⁴. HIRSCH intenta demostrarlo con los siguientes ejemplos: en el caso de una guerra se habla de la "culpa" de uno u otro Estado en la iniciación de la misma, o si una empresa vierte residuos químicos en las aguas de un río también se dice que tal empresa es la "culpable" de la contaminación del río. Estas afirmaciones son, a su entender, una realidad y se trata de juicios de valor que en ningún caso son indiferentes desde un punto de vista ético. Es decir, que en el reproche de culpabilidad que se hace en estos casos se han teniendo en cuenta consideraciones éticas. Esto mismo se refleja, según HIRSCH, en otro hecho: también se habla del "honor" de un Estado, por ejemplo¹⁰⁵.

Dados los ejemplos de la realidad social a las que recurre y teniendo en cuenta que las acciones de las personas jurídicas tienen lugar por intermedio de una persona física, lo que permite -a su vez- salvar el presupuesto de la *libertad de voluntad* necesario para el concepto de culpabilidad por él defendido, HIRSCH no encuentra obstáculos para afirmar la posibilidad de hacer un juicio de culpabilidad sobre la persona jurídica, dado la posibilidad de establecer un paralelismo entre la culpabilidad

¹⁰⁴ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 13; el mismo, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", pág. 313.

¹⁰⁵ Confr. HIRSCH, H.J., *Ehre und Beleidigung - Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, Karlsruhe, 1967.

de personas físicas y la de las personas jurídicas¹⁰⁶. Por lo tanto, sostiene que la realización de un juicio de culpabilidad, como reproche ético, sobre las personas jurídicas es una realidad. No cabe duda la debilidad que dicho argumento ofrece.

Por otra parte HIRSCH constata que la cuestión de la culpabilidad sólo resulta relevante cuando se trata de contemplar a favor del autor aquellos motivos que no le permitieron comportarse de acuerdo a derecho. Pero teme que el reconocimiento de la culpabilidad de la persona jurídica se pueda confundir con la culpabilidad de sus miembros. En este sentido, se debe tener presente que aquí no se trata de culpabilidad colectiva, sino de *responsabilidad colectiva (kollektive Haftung)*¹⁰⁷. Y se trata de responsabilidad colectiva, porque la sanción a la persona jurídica también repercute - directa o indirectamente- sobre los miembros de la misma; la responsabilidad colectiva no es una pena que se impone a los miembros, sino a la persona jurídica y que va implícita en el riesgo que, de modo general, supone la participación en una actividad colectiva. Es decir, que tampoco se presenta según HIRSCH la objeción basada en la vulneración del principio *ne bis in idem*¹⁰⁸. Por lo tanto, sobre la base de estos presupuestos HIRSCH también acepta la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica.

La configuración concreta de la propuesta de HIRSCH se condensa de la siguiente manera: en primer lugar, debe haber una acción llevada a cabo por un órgano o representante. En este sentido, coincide con STRATENWERTH, en que no

¹⁰⁶ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 14. En este sentido, también crítico, SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 284.

¹⁰⁷ La diferencia entre *responsabilidad colectiva* y *culpabilidad colectiva* es de suma importancia, pues como señala HENKEL, en la primera se trata de la "reparación" económica por la realización de un daño por un tercero, mientras que en la culpabilidad colectiva se trata de una cuestión relativa a la responsabilidad. Confr. HENKEL, H., "Kollektivschuld", en *Festgabe für Benedikt KRAFT*, 1955, págs. 107, 108.

¹⁰⁸ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 15.

se debe tratar de la acción de cualquier persona vinculada a la empresa, sino sólo de aquellas personas con capacidad directiva que actúen en nombre de la empresa¹⁰⁹. Es decir, que considera necesario la limitación del círculo de posibles personas imputables de forma semejante a la limitación establecida ya en el § 30 de la OWiG (Ordnungswidrigkeitengesetz). Por otro lado, la acción en concreto debe tener también una "relación funcional" (funktionaler Zusammenhang) con la actividad de la empresa y no se debe tratar de cualquier acción posible dentro de la empresa¹¹⁰.

La culpabilidad de la persona jurídica se determina a partir de la culpabilidad del órgano que realizó la acción¹¹¹. Es decir, que se trata de la culpabilidad del órgano como *hecho de conexión (Anknüpfungspunkt)*. Además de la constatación de esa culpabilidad, HIRSCH exige que el hecho delictivo pudiese haber sido evitado por la persona jurídica¹¹². La consecuencia final es que la persona jurídica tiene una "*responsabilidad colectiva (kollektive Haftung)*" por el hecho.

La propuesta de HIRSCH también incluye la responsabilidad de la persona concreta que actuó, sin que ello vulnere el principio *ne bis in idem*, ya que se trata de una *responsabilidad acumulativa (kumulative Haftung)* y no de una doble punibilidad¹¹³.

La solución de HIRSCH no podía ser tampoco distinta, si se tiene en

¹⁰⁹ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 24. En el mismo sentido, STRATENWERTH, "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 297.

¹¹⁰ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 25. En el mismo sentido, STRATENWERTH, "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 298.

¹¹¹ HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 26. En este mismo sentido, EHRHARDT., A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, págs. 239 ss.

¹¹² HIRSCH, H.-J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, pág. 26. En el mismo sentido que SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 254.

¹¹³ HIRSCH, H.-J., "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", pág. 315.

cuenta que se la elabora donde una teoría del delito orientada exclusivamente en la responsabilidad individual. En este sentido, se puede decir que se trata de una solución pragmática y, casi, de compromiso ante las exigencias de la realidad político-criminal, sin que se aborde realmente el problema central. Ello lo único que pone de manifiesto es que, en realidad, no se ha abordado el problema de la culpabilidad de la persona jurídica, sino que lo ha obviado llevando el problema al terreno de una supuesta *responsabilidad solidaria de la persona jurídica con el órgano*, que, en todo caso, no sería sino una responsabilidad sin culpabilidad sin configurar, por lo tanto, una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica. Por otro lado, no parece convincente decir que la culpabilidad del órgano sea la que constituye la culpabilidad de la propia persona jurídica, pues al igual que al partícipe no se le puede trasladar la culpabilidad del autor, tampoco se explica que aquí sí se tenga que hacer una excepción a ese principio¹¹⁴. La propuesta de HIRSCH no puede resultar coherente, toda vez que sus propios puntos de partida no son compatibles con la persona jurídica, en la medida en la que el Derecho penal de la responsabilidad individual no conoce la solidaridad de la responsabilidad y, por consiguiente, no se trata -como podría parecer a primera vista- de la elaboración de un modelo de responsabilidad propia y directa (basada en una culpabilidad propia) de la persona jurídica. Su propuesta en general no difiere en el resultado de lo propuesto por TIEDEMANN o SCHÜNEMANN, pero HIRSCH al no querer reconocer un concepto de culpabilidad cuyos presupuestos se vean rebajados frente a las personas jurídicas, se ve obligado a forzar su interpretación de tal forma que no resulta una solución racional.

3) La configuración de un sistema de responsabilidad penal específico para la persona jurídica:

Para otro sector doctrinal, el reconocimiento de la inviabilidad del

¹¹⁴ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/45.

sistema penal del sujeto individual y el rechazo de toda tesis que conduzca a una modificación de las categorías de la teoría del delito, obliga a fundamentar un sistema especial de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para este sector parece imposible fundamentar otro sistema del Derecho penal que renuncie a la concepción de las categorías dogmáticas de la acción y de culpabilidad en la concepción que actualmente resulta mayoritaria. Por lo tanto, ante el reconocimiento de una necesidad de política criminal de responder desde el Derecho penal a conductas delictivas llevadas a cabo por personas jurídicas, la única solución factible es el desarrollo de un derecho penal especial para las personas jurídicas¹¹⁵.

En este sentido, uno de los primeros autores que últimamente aludió a esta cuestión fue VOLK¹¹⁶. Este autor reconoce la necesidad político-criminal de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Antes de centrarse en el tipo de sanción que podría serle aplicada a una persona jurídica, cree conveniente delimitar los hechos que pueden ser imputados a una persona jurídica y el círculo de autores cuyos actos pueden ser imputados como propios a la persona jurídica.

En este sentido, le parece importante dejar claro que la persona jurídica no puede responder de cualquier hecho delictivo que tenga lugar dentro de la misma, sino sólo de aquellos que tengan una *relación funcional*¹¹⁷ con la actividad de la persona jurídica¹¹⁸, es decir, una relación entre el comportamiento delictivo y el ámbito de deberes y obligaciones concretas del órgano o de los representantes.

¹¹⁵ En este sentido, BAJO FERNANDEZ, M., "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", págs. 5090 ss. RODRIGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", pág. 4., que si bien se inclinan por esta opción no han desarrollado aún los criterios que dicho nuevo sistema debe tener.

¹¹⁶ VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", Juristen Zeitung 9 (1993), pág. 429.

¹¹⁷ En el mismo sentido expuesto por STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 299.

¹¹⁸ VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 432.

El círculo de posibles autores del hecho también debe ser limitado. No se puede responsabilizar a la persona jurídica por cualquier hecho individual, sino sólo por aquellos hechos que hayan sido realizados por algún órgano o representante de la misma¹¹⁹. VOLK sugiere -como HIRSCH- que también el autor material del hecho debe ser castigado, fundamentalmente para prevenir y evitar la "irresponsabilidad organizada" ("organisierte Unverantwortlichkeit")¹²⁰. Por lo tanto, postula la combinación de ambas sanciones: la sanción individual y la sanción para las personas jurídicas.

Partiendo de estas dos cuestiones preliminares, VOLK sostiene que el medio más efectivo para luchar contra la criminalidad de empresas es el Derecho penal, pues el significado simbólico que éste tiene no puede ser cumplido por ninguna otra rama del ordenamiento jurídico¹²¹. Sin embargo, está convencido de que a partir de la teoría del delito tradicional no es posible llegar a una solución en esta cuestión. No sólo a causa del concepto de culpabilidad, sino también de todas aquellas categorías que requieren un elemento subjetivo como el dolo o los especiales elementos subjetivos del tipo. Estas cuestiones no se resuelven con la modificación del concepto de culpabilidad. Ni siquiera pretendiendo desviar el tema hacia la aplicación de una medida de seguridad. Por lo tanto es necesario establecer otras reglas de imputación penal para un comportamiento colectivo. Ello lleva necesariamente a tener que establecer un sistema penal paralelo al de imputación individual. De todos modos estos dos sistemas de imputación no podrán convivir durante mucho tiempo, pues en realidad para VOLK la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica pone de manifiesto que lo que debe cuestionar es la subjetivización de la dogmática¹²². Lo que no dice VOLK es cómo debería estar configurado concretamente ese sistema penal de responsabilidad

¹¹⁹ VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 433.

¹²⁰ VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 433.

¹²¹ VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 434.

¹²² VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 435.

colectiva. Pero, otros autores han intentado presentar un sistema alternativo, precisamente, a partir de las cuestiones aludidas por VOLK.

a) **La teoría del dominio de organización funcional-sistemática**

HEINE¹²³ es uno de los autores que ha tratado recientemente el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en profundidad. HEINE pone en duda todos los intentos anteriores de resolver la cuestión, ya que todos ellos procuran poner en un denominador común a la persona física y la jurídica. En este sentido, constata que ni un concepto de culpabilidad modificado, ni la aplicación de medidas de seguridad como sanción son capaces de resolver el conflicto, ya que todos esos conceptos se encuentran determinados a partir de la persona física. Por lo tanto, cualquier intento de solución que tome como punto de partida la idea de una comparación entre la persona física y jurídica está destinado al fracaso, porque sencillamente no son, en su opinión, susceptibles de comparación¹²⁴.

El sistema de imputación propuesto por HEINE tiene las siguientes características:

En primer lugar, hay que establecer los criterios de imputación en función de una *teoría de elevación del riesgo específico del ámbito de la empresa*. Dicho de otro modo, no es el mismo potencial de riesgo el que tiene una persona jurídica con una actividad bancaria o económica, por ejemplo, que el de una empresa que opera en el ámbito del desarrollo tecnológico. Por lo tanto, si se parte de

¹²³ HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, tomo 24, Nomos Verlag, Baden Baden, 1995; el mismo, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", *Österreichische Juristen-Zeitung* 6 (1996), pág. 211.

¹²⁴ HEINE, G., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", pág. 217.

actividades empresariales basadas, por ejemplo, en procesos tecnológicos, se podría establecer lo siguiente¹²⁵:

a) el primer requisito que habría que comprobar sería la existencia de una *posición de garante de control (Überwachungsgarant)*; esta posición de garante tiene que reunir a su vez otros dos requisitos. Por un lado, debe haberse dado una actividad de riesgo defectuosa ("fehlerhaftes Risikomanagement") y, por otro, la realización de un riesgo típico del ámbito de la empresa ("betriebstypische Gefahrverwirklichung"). En este sentido, es irrelevante el comportamiento individual erróneo¹²⁶.

HEINE denomina la autoría de la persona jurídica "*dominio de organización funcional-sistemático*" (*funktional-systematische Organisationsherrschaft*) en contraposición al "dominio del hecho" (Tatherrschaft) del derecho penal individual¹²⁷. Este dominio de organización defectuoso se da cuando la empresa no aprovecha la posibilidad de tomar medidas a tiempo para evitar riesgos o cuando desatiende los programas de inversión. La realización de un riesgo típico de la actividad empresarial, es decir, de un resultado, se debe entender como *condición objetiva de sanción* (objektive Ahndungsbedingungen)¹²⁸. Esto es así, porque en el Derecho penal el resultado cometido por una empresa no se presenta como una acción dominada por la voluntad de un autor, sino como consecuencia de un proceso de acumulación de un *management defectuoso*¹²⁹. La relación entre la condición objetiva de castigo y el management de riesgo defectuoso no se establece en función de una relación de

¹²⁵ HEINE, G., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", pág. 218.

¹²⁶ HEINE, G., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", pág. 218.

¹²⁷ HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pág. 311.

¹²⁸ HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, págs. 243 ss., 311.

¹²⁹ HEINE, G., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", pág. 218.

causalidad estricta, sino -como se señaló más arriba- en función de una *teoría de elevación del riesgo específico de la actividad empresarial*. Aquí no se trata de la imputación de un suceso puntual en base a la experiencia social, sino de la lucha contra situaciones de riesgo que no son pronosticables. Por lo tanto, también las demás categorías como el dolo, la culpa o la conciencia de antijuricidad de la empresa se deben determinar de forma funcional según el tipo de empresa¹³⁰. La cuestión de si una persona jurídica puede tener o no dolo, la responde HEINE diciendo que los elementos subjetivos tampoco se determinan en el Derecho penal individual en función de un conocimiento real del autor, sino que se determina en función de consideraciones sociales¹³¹.

Por otro lado, HEINE desliga de toda referencia el problema de la culpabilidad a la culpabilidad individual, proponiendo una "*culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial*" (Betriebsführungsschuld)¹³².

Por último, en relación a las sanciones concretas que serían aplicables, HEINE sugiere un catálogo amplio de sanciones posibles¹³³. Para casos especialmente graves de un defectuoso management riesgoso la sanción adecuada es la clausura. Además prevé la pena patrimonial (Vermögensstrafe), la curatela o la auditoría.

No cabe duda, que la elaboración de un sistema de imputación especial para las características de un sujeto como la persona jurídica evita, en ciertas

¹³⁰ HEINE, G., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", pág. 218.

¹³¹ HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, págs. 261-263; el mismo, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", pág. 218.

¹³² HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, págs. 288 s.; el mismo, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", pág. 218.

¹³³ HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, págs. 301 ss.

situaciones, las dificultades que plantea el sistema de imputación penal individual. Como HEINE no pone en duda la vigencia de dicho sistema ni tampoco está dispuesto a redefinirlo, ni a introducir variante alguna en las categorías de la teoría del delito para facilitar su aplicación a la persona jurídica, se ve obligado necesariamente a elaborar un sistema diferente. Al menos su planteamiento resulta consecuente, es decir, reconoce que el sistema de imputación individual no puede llevar a otra respuesta que a negar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero como también reconoce la innegable necesidad político-criminal de responder a los delitos cometidos por estos sujetos, elabora un nuevo sistema, pero no evita tener en cuenta categorías dogmáticas utilizadas en la imputación penal individual.

El modelo de responsabilidad empresarial lo resume en la siguiente propuesta de *lege ferenda*¹³⁴:

"Punibilidad de las personas jurídicas:

(1) Una empresa que descuida los riesgos típicos de su actividad omitiendo

1. la obligación de asegurar a largo plazo fuentes de peligro de la actividad empresarial por medio de medidas organizatorias y la adaptación a la estructura de la actividad empresarial,
2. la obligación del mantenimiento del nivel de seguridad en la delegación de las competencias empresariales,
3. la obligación de supervisar y contralar los riesgos de la actividad empresarial, será punible con una pena contra la empresa cuando tenga lugar un caso de disturbio empresarial (*betrieblicher Störfall*) relevante.

Existe un caso de disturbio empresarial cuando tengan lugar:

¹³⁴ HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pág. 316.

1. homicidios o lesiones corporales graves en grupos de la población,
2. peligros contra la generalidad, especialmente incendios o explosiones (o daños materiales a un gran número de edificios),
3. delitos contra el medio ambiente graves, que sólo pueden ser reparados con grandes dificultades o después de un largo periodo de tiempo.

Este modelo lo complementa, a su vez, con la existencia de responsabilidad de la empresa en los casos de infracciones administrativas.

Sin lugar a duda, la propuesta de HEINE está muy elaborada y puede permitir ser un nuevo punto de partida para aquellos autores que no consideren posible la renuncia al sistema penal individual tal cual se encuentra configurado en la actualidad.

b) La teoría del injusto del sistema (Theorie des Systemunrechts)

Uno de los planteamientos más novedosos es, probablemente, el que últimamente ha formulado LAMPE¹³⁵. La primera constatación de LAMPE se refiere a que hasta el momento no se ha elaborado una *teoría unitaria del injusto del sistema* (Theorie des Systemunrecht) ni una *teoría de la responsabilidad dentro de los sistemas de ilicitud* (Theorie der Verantwortung innerhalb von Unrechtssysteme). El motivo central por el que esto aún no ha tenido lugar en la dogmática penal, se debe -según LAMPE- que las construcciones actuales sólo toman como punto de partida la idea de

¹³⁵ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", ZStW 106 (1994), págs. 683 ss.

un autor individual y, por lo tanto, a la elaboración de estructuras de imputación basadas en el individuo y no en estructuras sistémicas del injusto¹³⁶.

Sin embargo, en nuestro Derecho penal la *criminalidad sistemáticamente organizada* presenta una gran peligrosidad y la necesidad de ser regulada. Especialmente, se pueden constatar carencias prácticas en el ámbito del Derecho penal económico. En este ámbito sólo existe dentro de la organización económica la responsabilidad de personas naturales (sea como órgano o como representante). En este sistema no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas; sólo puede ser responsable en virtud de las sanciones administrativas (§ 30 OWiG)¹³⁷.

La cuestión fundamental se centra en que la dogmática del Derecho Penal reacciona, hasta ahora, frente a toda delincuencia sistemática con un instrumental basado sobre el patrón de un autor individual. Sin embargo, sus categorías fundamentales no se adaptan ya a la complejidad de las circunstancias de hecho que se deben evaluar. La participación de varias personas en un hecho punible presenta dimensiones del injusto que no se pueden explicar, hoy por hoy, a partir del "paradigma del autor individual"¹³⁸. Por lo tanto, la dogmática de las *acciones* de injusto necesita ser completada por una dogmática de los *sistemas* de injusto (Unrechtsysteme)¹³⁹.

Los *sistemas de injusto (Unrechtsysteme)* se deben a la relación existente entre el injusto y la sociedad: por lo tanto, son *sistemas sociales*. Sus elementos son los individuos que se relacionan mediante la comunicación y la interacción. Su comunicación interna y su interacción se basa en modelos relativamente constantes que

¹³⁶ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtsysteme", pág. 683.

¹³⁷ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtsystem", pág. 685.

¹³⁸ KÜPER, W., "Ein "neues Bild" der Täterschaft und Teilnahme", ZStW 105 (1993), págs. 445, 482.

¹³⁹ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtsysteme", pág. 687.

constituyen su organización. Su finalidad asocial es la formación desintegrada de su relación con el entorno. El injusto sólo puede ser esa finalidad, porque es la relación externa de los sistemas sociales humanos. Por lo tanto, los *sistemas de injusto penales (strafrechtliche Unrechtssysteme)* son, en función de la finalidad del injusto, relaciones organizadas de individuos¹⁴⁰.

LAMPE establece a partir de estas premisas una diferenciación de sistemas de injusto. Existen dos tipos diferentes de sistemas de injusto: a) los *sistemas de injusto simples (einfache Unrechtssysteme)*, b) los *sistemas de injusto constituidos (verfaßte Unrechtssysteme)*¹⁴¹. Dentro del primer sistema de injusto se encuentra especialmente las cuestiones de autoría y participación. Dentro del segundo sistema, diferencia tres subtipos: b1) los sistemas con finalidad criminal (por ejemplo, las asociaciones criminales), b2) los sistemas potencialmente criminales (por ejemplo, las empresas con "actitud criminal" ["kriminelle Attitüde"]) y b3) los sistemas criminalmente pervertidos (por ejemplos, instituciones estatales ilícitas). En este sentido, nos interesa centrarnos especialmente en los desarrollos sobre las empresas potencialmente criminales (kriminell anfällige Wirtschaftsunternehmen)¹⁴².

Los *sistemas constituidos* son organizaciones funcionales de sistemas de injusto y pueden adquirir una figura institucional a partir de un estatuto. Un sistema de injusto constituido no es sólo, como el sistema simple, "más que la suma de sus partes", sino que como institución es independiente del cambio de sus partes. Por lo tanto, se lo denomina como un *sistema "formal"* (o bien, como *grupo "formalmente organizado"*)¹⁴³.

¹⁴⁰ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", pág. 687.

¹⁴¹ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", págs. 688, 693.

¹⁴² LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", pág. 697.

¹⁴³ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", pág. 693.

Mientras que los sistemas de injusto simples se basan en el conocimiento personal de sus miembros, los sistemas de injusto constituidos se fundan en características de pertenencia independientes de la persona de sus miembros y, por lo tanto, exigen un escaso conocimiento. Los sistemas de injusto constituidos pueden estar integrados por un número considerablemente superior de miembros al que caracteriza un sistema de injusto simple¹⁴⁴.

Los sistemas de injusto constituidos tiene un grado de complejidad más alto que los sistemas simples. Por lo general, suelen abarcar además otros subsistemas a los que algunos miembros tienen acceso. La comunicación y la interacción tiene lugar de forma orientada, casi siempre jerárquica y selectiva. Para mantener la homogeneidad de la totalidad del sistema existen entre los subsistemas canales de información que permiten el intercambio de información¹⁴⁵.

Se puede definir una empresa como una unidad organizada, cuyo titular es un sujeto de derecho y que sirve a un fin económico¹⁴⁶. La relación entre la empresa y su entorno exige tanto una adaptación a las necesidades del mismo, tanto económicas como jurídicas, como también la adaptación a las propias necesidades de la empresa, es decir, la explotación con un alto rendimiento. Mientras que la explotación para lograr un alto rendimiento no se encuentra sometida a reglamentaciones, la adaptación a las necesidades del entorno se encuentra reglamentada por normas jurídicas. Tal adaptación es una prestación social de la empresa y tiene la obligación de cumplirlo responsablemente¹⁴⁷.

¹⁴⁴ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", pág. 694.

¹⁴⁵ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", pág. 694.

¹⁴⁶ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", pág. 697. SCHMIDT, K., *Handelsrecht*, 3. ed., 1987, § 4 I 1. RAISER, T., *Das Unternehmen als Organization. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Berlin, 1969, págs. 93 ss.

¹⁴⁷ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", pág. 699.

En este sentido, hay que diferenciar entre el injusto criminal que tiene lugar dentro de la ámbito empresarial contra la empresa misma (Betriebsbereich) y aquellos que tienen lugar, adicionalmente, dentro del ámbito de la organización (Organisationsbereich). Los primeros, constituyen -desde el punto de vista de la empresa- delitos especiales, es decir, imputables directamente al autor individual. Los segundos, por el contrario, son injustos que tienen lugar debido a una organización deficiente de la empresa; es decir, son injustos que presentan, además de la dimensión individual, una dimensión sistemática. Esos injustos deben ser imputados a la empresa misma¹⁴⁸.

Por lo tanto, *injustos del sistema* son todos aquellos comportamientos que lesionan aquellos bienes jurídicos compatibles con la *filosofía de la empresa*¹⁴⁹ o favorecidos por la organización de la misma¹⁵⁰. Por el contrario, no constituyen injustos del sistema, sino excesos, aquellos comportamientos punibles de los que la empresa se puede beneficiar o para los que permite una cobertura externa. En concreto son cuatro los motivos que constituyen el injusto del sistema en el Derecho penal de la empresa:

¹⁴⁸ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtsystem", pág. 708.

¹⁴⁹ LAMPE entiende por *filosofía de la empresa* la totalidad de la orientación y de la concepción de valores de la dirección de la empresa en relación a la empresa misma y en relación a su posición en el entorno ecológico, económico y social. Últimamente se utiliza también en este contexto el concepto de "*corporate culture*" (Unternehmenskultur o cultura de la empresa). Confr. SCHOLZ, Personalmanagement, 3. ed., 1993, págs. 488 ss. HEINEN/DILL, en SIMON, (Ed.) *Herausforderung Unternehmenskultur*, 1990, págs. 12 ss. MARING, *Conceptus* XXII, 1989, págs. 25 ss. LENK, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 39 (1991), pág. 1202. LENK/MARING, en BAYERTS (Ed.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, 1995, págs. 241 ss. HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Kollektivpersonen im deutschen Recht*, (manuscrito), pág. 17. En el derecho positivo esta perspectiva se ha visto reflejada últimamente en el nuevo CP australiano -*Criminal Code Act 1995, No. 12 of 1995*- con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundado sobre la idea de "*corporate culture*".

¹⁵⁰ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtsystem", pág. 709.

a) el considerable *potencial de riesgo*, por ejemplo, el directivo peligroso potencial empleado para obtener el máximo rendimiento mecánico y logístico; el potencial abarca personas predispuesta para el conflicto, medios técnicos, la división de trabajo, etc. La adición de cada potencial individual tiene en conjunto un efecto mayor que la de cada uno;

b) la *deficiente estructura de organización* que no permite neutralizar la peligrosidad abstracta de ese potencial y que en una empresa se manifiesta en el resultado de peligro concreto;

c) la *filosofía criminógena* de la empresa que expone a los miembros de la misma ante la tentación de acciones criminales, es decir, una conciencia deficiente de responsabilidad;

d) la *erosión del concepto de responsabilidad individual*, que es precisamente consecuencia de la filosofía criminógena de la empresa¹⁵¹.

Los primeros dos factores son de carácter objetivo y los segundos de carácter subjetivo. Si se dan estos cuatro requisitos entonces estamos en presencia del *injusto del sistema (Systemunrecht)*. Se trata de un injusto que no precisa ninguna manifestación externa por medio de una acción: la empresa potencialmente criminal es un *sistema de injusto (Systemunrecht)* por su sola filosofía criminógena de la empresa o por su deficiente estructura de organización. El sistema de injusto es en realidad un mero *estado* de injusto que puede tener lugar por medio de acciones, pero no necesariamente. Tal estado se corresponde con la predisposición contraria a Derecho de un autor individual. Pero, mientras que la predisposición contraria a Derecho no constituye un injusto en el autor individual, dado que el "sistema" en el que tiene lugar carece del carácter personal de asocialidad inmediata, la predisposición de un sistema

¹⁵¹ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem" pág. 709.

social para la comisión de hechos punibles, es decir, su carácter asocial, constituye ya un injusto. *El injusto del sistema es un injusto punible*, pero no necesariamente un injusto merecedor de pena. La necesidad de imponer una pena se determina a partir de la valoración ético-social y del efecto social desestabilizador del mismo. Sin embargo, para la punibilidad de sistemas económicos con potencial criminógeno no es suficiente la existencia de un injusto del sistema¹⁵².

La responsabilidad penal dentro de un sistema de injusto por un injusto del sistema puede recaer bien sobre el sistema mismo o sobre sus miembros¹⁵³. En contra de la responsabilidad del sistema mismo -en este caso de la persona jurídica misma- se ha argumentado tradicionalmente con la falta de capacidad de acción. Sin embargo, LAMPE ha demostrado como además de injustos de acción (*Handlungsunrecht*) pueden existir dentro de un sistema otro tipo de injustos. Es importante no confundir este injusto con el injusto del comportamiento (*Verhaltensunrecht*), nisiquiera para poder hacer coincidir la fundamentación con un punto de vista ontológico¹⁵⁴. En este sentido, la categoría de la causalidad que permite la imputación de responsabilidad no sólo se puede aplicar a individuos que actúan, sino también a sistemas sociales. Ambos sistemas se basan sobre el mismo argumento de responsabilidad: porque tienen un *carácter*. No cabe duda de que se trata de caracteres diferentes: el individuo tiene un carácter *personal* y el sistema constituido tiene un carácter *social*. La consecuencia de esta constatación es que en el individuo su carácter fundamenta la *culpabilidad personal* y en el sistema constituido fundamenta el *injusto social*. Por lo tanto, si la finalidad de la pena consiste en mejorar el carácter,

¹⁵² LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 715.

¹⁵³ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 716.

¹⁵⁴ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 722. En este sentido, consiste la confusión de aquellos autores que pretenden imputar la acción del órgano directamente como acción propia de la persona jurídica, confr. HIRSCH, H. J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, págs. 9 ss; OTTO, H., *Die Straffähigkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 15; BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeiterecht*, págs. 54 ss.; EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, págs. 156 ss., 204 s.

ello se puede lograr tanto respecto del carácter individual, es decir, de las acciones del individuo, como del carácter social, es decir, respecto de los fines y la organización del sistema social¹⁵⁵.

A pesar de esta argumentación, LAMPE se ve obligado a dar una respuesta a la objeción ética que existe para no imponer una sanción penal a una persona jurídica, debido a su falta de capacidad para sufrir un reproche personal. Si la pena se fundamenta desde una perspectiva ética, entonces queda excluida desde un comienzo la posibilidad de aplicación a la persona jurídica. Sin embargo, no se debe intentar llevar a un denominador común al sistema social y la persona individual, ya que por otro lado la personalidad como presupuesto de la aplicación de una pena no es una premisa irrenunciable. Por el contrario, se puede argumentar que responsabilidad penal se le debe atribuir a toda *unidad* que toma parte en la vida social, ya sea una persona individual o un fenómeno social organizado integrado por personas (como elementos). En este sentido puede que la persona jurídica como fenómeno sea una ficción, pero no lo es como sistema social. Con esta fundamentación pretende LAMPE afirmar que la pena no tiene porque estar fundada sobre un reproche *ético-individual*. La finalidad del Derecho penal debe consistir en la protección *ético-social* de bienes y valores. De esta forma también se le puede hacer un reproche ético-social tanto a un individuo como a un sistema social, ya que como institución humana o social debe producir, aceptar y realizar obligaciones éticas; también como una empresa racionalmente orientada debe organizar y adecuar sus metas a las exigencias éticas de una sociedad. Si existe entonces dicha responsabilidad ética de los sistemas, que no se refiere a acciones, sino a su propio ser -es decir, a la filosofía de sus objetivos, a la organización de la persecución de sus fines- entonces también puede existir una desaprobación ético-social si ésta no cumple con su responsabilidad social. El reproche ético-social se puede poner de manifiesto, siempre que se den las demás condiciones, en una pena entendida como tal reproche. La pena de un sistema social no se mide

¹⁵⁵ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 723.

entonces a partir de la culpabilidad personal, sino exclusivamente a partir de su *culpabilidad social*¹⁵⁶.

Un injusto dentro de la empresa puede desencadenar dos tipos de responsabilidad: a) responsabilidad por la filosofía empresarial (Unternehmensphilosophie) o b) responsabilidad por la organización empresarial (Betriebsorganization).

a) La filosofía empresarial constituye un injusto sistémico (systemisches Unrecht), cuando produce o favorece la comisión de delitos¹⁵⁷ por miembros de la empresa. Por lo tanto, la responsabilidad de una empresa sólo se debe fundar en su propio injusto del sistema; y tal injusto del sistema lo constituye la filosofía empresarial criminógena (en palabras de SCHÜNEMANN, la "actitud criminal de la asociación"). Sin embargo, ello no es suficiente para fundamentar la responsabilidad penal. Por lo tanto, es necesario que tal filosofía se manifieste de forma externa por medio de una acción. Dicho con otras palabras, se debe realizar por parte de un miembro de la empresa un comportamiento que lesione una norma (es decir, también necesita un hecho de conexión). La responsabilidad basada sobre la filosofía criminógena empresarial presupone adicionalmente un injusto por el resultado (Erfolgsunrecht)¹⁵⁸.

Tal responsabilidad debe ser imputada en primer lugar a la empresa misma. Ya que su injusto del sistema se ha transformado causalmente en un comportamiento que ha lesionado una norma, es necesario -por razones de justicia- que

¹⁵⁶ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", págs. 724, 725.

¹⁵⁷ LAMPE también resalta la necesidad de que se trate de delitos específicos de la empresa (no de cualquier delito del código penal); si bien, no profundiza esta idea, debe tener en mente la idea de "relación funcional" (funktionaler Zusammenhang) en el sentido expuesto por STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 432. VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 432.

¹⁵⁸ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 731.

ese comportamiento le sea imputado en primer lugar a la empresa. La responsabilidad jurídica la debe tener el titular de la empresa (especialmente aquellas personas jurídicas y sociedades mencionadas en los § 14. 1 y 14. 2 StGB y § 30. 1 OWiG). Por otro lado, su responsabilidad no es algo completamente nuevo: Este tipo de responsabilidad -de la empresa por la acción de un miembro de la misma-, por la cual se le impone una sanción pecuniaria al titular de la empresa, ya se encuentra establecida en el Derecho penal comunitario¹⁵⁹. *De lege ferenda* se debe imputar esta forma de responsabilidad a la filosofía empresarial, cuyo carácter criminógeno se ha manifestado al permitir un comportamiento lesivo de una norma por parte de uno de sus miembros¹⁶⁰. La diferencia entre esta forma de imputación y la establecida en el § 30 OWiG es que el comportamiento lesivo de una norma por uno de sus miembros no le es imputado a una empresa como un injusto de acción (*Handlungsunrecht*), sino como injusto de la propia empresa por el resultado (*Erfolgusunrecht*) y la imputación con la relación de antijuricidad se fundamenta en la relación existente entre la filosofía empresarial criminógena y el comportamiento lesivo de una norma de uno de sus miembros. La comprobación de la relación de antijuricidad se puede realizar así con las mismas reglas que se utilizan para la comprobación de la existencia de una "elevación del riesgo" antijurídica en los delitos culposos¹⁶¹.

A partir de aquí, según LAMPE, se pueden resolver los problemas relativos a la *culpabilidad*. El contenido de la culpabilidad dependerá del contenido del injusto que significa la culpabilidad realizada. Ya que el injusto de una filosofía empresarial criminógena se encuentra en el ámbito ético-social, también se encuentra

¹⁵⁹ Reglamento no. 11 del Consejo de la Comunidades (art. 17), de 27. 6. 1960; Reglamento no. 17 del Consejo de las Comunidades (art. 15), de 6. 2. 1962 (Reglamento sobre la Competencia).

¹⁶⁰ En este mismo sentido, EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 205, quien en su exposición intenta compaginar las categorías tradicionales del derecho penal continental con algunos aspectos del modelo estadounidense. Crítico sobre este criterio de imputación STRATENWERTH, quien aprecia aquí una mera "mera responsabilidad casual" (*reine Zufallshaftung*); en "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", págs. 297, 298.

¹⁶¹ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 732.

en ese ámbito la *culpabilidad del management* (como parte del sistema, no como expresión de personalidad!) La culpabilidad de un autor consiste en haber permitido la realización del injusto. La *culpabilidad de la empresa o de su management* consiste en haber creado o en haber mantenido ("cultivado") tal filosofía. La culpabilidad es siempre la expresión de un mal carácter. Lo mismo ocurre con la culpabilidad de la empresa: es consecuencia de un mal carácter empresarial. Por lo tanto, debe responder por ese carácter¹⁶².

La responsabilidad por el injusto se debe cumplir con prestaciones ético-sociales relevantes, como ser con el "pago" de una *pena pecuniaria* (Geldstrafe) o por medio de un rendimiento semejante (orientando la organización empresarial con fines de bienestar general, despidiendo a los órganos infieles al Derecho). La pena debe tener en el ámbito del Derecho penal económico necesariamente un fin *preventivo*, es decir, cuando no sea posible modificar la actitud empresarial más que por medio de la imposición de una pena¹⁶³.

b) Junto a esta responsabilidad de la empresa debe existir también la *responsabilidad penal individual* de aquellos miembros, cuyo comportamiento haya ocasionado la filosofía empresarial criminógena o haya permitido "actitudes empresariales" criminales individuales dentro de la empresa. Esta comprobación será difícil de llevar a cabo, pues la filosofía de la empresa no se corresponde necesariamente con la de sus directivos (manager). Esta filosofía responde más bien al espíritu supraindividual ("*corporate culture*") que domina a una empresa y que se apodera de sus miembros desde las esferas más bajas hasta el nivel directivo; sobre todo cuando ello tiene lugar más dentro de un ámbito determinado (por ejemplo, en el ámbito de la construcción) que dentro de la empresa misma y tiene un efecto

¹⁶² LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 733.

¹⁶³ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 733.

criminalmente "contagioso" sobre los demás ("Sogwirkung"¹⁶⁴). En concreto deberán ser responsables individualmente aquellos miembros de la empresa, que por medio de su puesto estaban obligados a impregnar el espíritu de la empresa o, en última instancia, que se deberían haber impuesto frente a las infiltraciones criminógenas, es decir, que tenían una *posición de garante* (por ejemplo, § 14 StGB)¹⁶⁵.

Por lo tanto, se debe exigir la responsabilidad individual de personas que llevaron a cabo el hecho delictivo. Si éstas resultan ser idénticas con los responsables del injusto del sistema, entonces no se debe extinguir ninguna de las responsabilidades, sino que concurren idealmente¹⁶⁶.

La propuesta de LAMPE pretende establecer una *teoría general de la responsabilidad del sistema* -elaborada a partir de las estructuras de responsabilidad constatadas en los distintos *sistemas de injusto*- como método para interpretar el derecho vigente y desarrollar, en consecuencia, el Derecho futuro. En esta dirección entiende LAMPE que es preciso establecer los siguientes principios:

Si un sistema social comete un injusto, entonces la responsabilidad penal debe afectar, en primer lugar, a dicho *sistema de injusto*. Por el contrario, si dicho sistema no tiene una forma institucional o su forma institucional es contraria al derecho vigente, entonces está descartada toda posibilidad de exigir responsabilidad penal. Sólo responden penalmente aquellos fenómenos sociales "con forma de persona", que se compone de numerosas relaciones sociales independientes y que realmente y jurídicamente son tan "duraderos" que se les puede exigir responsabilidad jurídica. La responsabilidad penal de un sistema se fundamenta, por un lado, sobre la base de una existencia no suficientemente adaptada a las exigencias ético-sociales -por ejemplo, por

¹⁶⁴ BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, págs. 165, 185.

¹⁶⁵ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 733.

¹⁶⁶ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 734.

la filosofía empresarial criminógena- y, por otro lado, por las acciones de sus miembros, que se basan sobre su filosofía o que fueron favorecidas por una estructura de organización deficiente. Tales acciones, que no deben ser necesariamente reprochables (por lo tanto, se excluyen las dificultades de prueba), son imputadas al sistema social como injusto de resultado (Ergolgsunrecht), en la medida que exista una relación de antijuricidad que permita relacionarlo con el injusto del sistema¹⁶⁷.

Junto a la responsabilidad del sistema social, también responden sus miembros. La responsabilidad se refiere, por un lado, al propio injusto del sistema, es decir, a la orientación u organización criminógena del sistema y, por otro lado, al injusto del resultado (Erfolgsunrecht), es decir, a los delitos favorecidos por el sistema. En este sentido, se le debe imputar responsabilidad por el sistema (Systemverantwortung) a los miembros de una empresa con potencial criminal, siempre que en su posición directiva ("brain area") sea competentes de la filosofía empresarial criminógena o de las deficiencias de la organización empresarial¹⁶⁸.

Esta larga exposición de los argumentos de LAMPE son una muestra más de la profunda crisis que está atravesando el modelo de sujeto y la imposibilidad de intentar fusionar dos puntos de partida metodológicos radicalmente opuestos. Inicialmente, la exposición de LAMPE alienta la esperanza que se pronunciará un verdadero giro en la discusión al introducir algunos puntos basados en el método de la teoría de los sistemas. Sin embargo, su desesperado intento por compatibilizarlo con los conceptos tradicionales de la teoría del delito dan lugar a una propuesta que permitiría imputar a un sistema social, como es la persona jurídica, prácticamente cualquier sospecha de actitud o actividad criminal.

¹⁶⁷ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 744.

¹⁶⁸ LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssystem", pág. 744.

4) El principio de culpabilidad fundado en aspectos de prevención.

La perspectiva cambia, sin embargo, si la culpabilidad no es determinada como presupuesto de un "reproche" -ya sea ético o social- sino si es considerada bajo aspectos netamente funcionales relacionados con los fines de la pena. Esta reorientación de la discusión sobre la culpabilidad se pone de manifiesto precisamente como un reflejo de la crisis en la se encuentra la idea del sujeto del Derecho penal.

En este sentido, se comienza a replantear la discusión en torno al concepto de culpabilidad en la década de los años setenta y comienzo de los ochenta¹⁶⁹ bajo el título de "culpabilidad y prevención". La cuestión se caracteriza fundamentalmente, porque se pone en duda el principio de culpabilidad como medida de la pena¹⁷⁰. En esta discusión ha participado la mayoría de la dogmática¹⁷¹ y, por

¹⁶⁹ En general, sobre esta discusión, véase el panorama expuesto por SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pág. 226.

¹⁷⁰ KAUFMANN, Arth., "Schuld und Prävention", en *Festschrift für Rudolf WASSERMANN*, 1985, pág. 889.

¹⁷¹ ELLSCHEID, G./HASSEMER, W., "Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung", en *CIVITAS, Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, tomo IX, 1979, pág. 27; HASSEMER, W., "Alternativen zum Schuldprinzip?", en, BAUMGARTEN, H.M./ESER, A., (Ed.), *Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, 1983, pág. 89; NOLL, P., "Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts", *Festschrift für Hellmuth MAYER*, 1966, pág. 219; STRATENWERTH, G., *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 134, Heidelberg/Karlsruhe, 1977; el mismo, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972. JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, *Recht und Staat*, Heft 452/453, Tübingen, 1976; ROXIN, C., "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", *JuS* 1966, pág. 377; el mismo, *Grundlageprobleme*, págs. 1-29; el mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., Berlin/New York, 1973; el mismo, "'Schuld' und 'Verantwortlichkeit' als strafrechtliche Systemkategorien", en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, *Festschrift für Heinrich HENKEL*, 1974, pág. 171; el mismo, "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip", *MSchrKrim* 56 (1973), pág. 316; el mismo, "Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke", en *Lebendiges Strafrecht*, *Festschrift für Hans SCHULTZ*, 1977, pág. 463; el mismo, "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", *Festschrift für Paul BOCKELMANN*, München, 1979, pág. 279; el mismo, "Das Schuldprinzip im Wandel", en *Strafgerechtigkeit*, *Festschrift für Arthur KAUFMANN*, Heidelberg, 1993, pág. 519. KAUFMANN, Arth., "Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", *Festschrift für Richard LANGE*, Berlin/New York, 1976, pág. 27; el mismo, "Schuld und Prävention", en *Festschrift für Rudolf WASSERMANN*, 1986, pág. 889.

(continúa...)

ello, es conveniente detenerse brevemente en algunos aspectos de la discusión a fin de poder extraer aquellas cuestiones relevantes para una reformulación del concepto de culpabilidad actualmente y las implicaciones que, consecuentemente, dicha discusión tiene sobre la idea del *sujeto*.

El reconocimiento por parte de algunos autores¹⁷² de la necesidad de vincular el principio de culpabilidad con aspectos de prevención ponen de manifiesto que las cuestiones de política criminal no son algo indiferente al principio de culpabilidad, sino que, precisamente, son su fundamento.

La puesta en duda de la vigencia del concepto de culpabilidad sostenido por la doctrina dominante en aquel momento -ya sea un concepto de culpabilidad regido por la idea de un reproche ético o de un reproche social- se relaciona con la cuestión de la *libertad de voluntad* que se le atribuye a las personas físicas. Los conceptos de culpabilidad que se basan en un *reproche* parten de la premisa de que tal libertad de voluntad existe (o la menos es postulada como existente) y que, por ello, es posible

¹⁷¹(...continuación)

LACKNER, K., "Prävention und Schuldunfähigkeit", en *Strafverfahren im Rechtsstaat*, Festschrift für Theodor KLEINKNECHT, München, 1985, 245. HIRSCH, H.J., "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", ZStW 106 (1994), pág. 746. BACIGALUPO, E., "Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano", Estudio preliminar a STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Madrid, 1980. GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene futuro la dogmática penal?", en *Estudios penales*, Madrid, 1981, págs. 87 ss.; el mismo, "El sistema del Derecho penal en la actualidad", en *Estudios penales*, Madrid, 1971, págs. 131 ss. GOMEZ BÉNITEZ, J.M., "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. (Proyecto 1980 de Código penal)", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nr. Monográfico 3, 1980, págs. 9 ss. LUZON PEÑA, D.M., "Alcance y función del Derecho penal", en ADPCP, 1989, pág. 5 ss. PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1979; el mismo, "Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva", ADPCP, 1986, pág. 49; el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994. MUÑOZ CONDE, F., "Culpabilidad y prevención general", en MIR PUIG, S., (Ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Bellaterra, 1982, pág. 161.

¹⁷² Fundamentalmente ROXIN y JAKOBS.

exigir que el sujeto se haya podido comportar de otra manera¹⁷³. Sin entrar necesariamente en la discusión sobre el *Determinismo* o el *Indeterminismo*, lo que se constata es la necesidad de excluir esta cuestión del contenido de culpabilidad. Por un lado, porque se trata de una cuestión difícilmente comprobable en forma empírica¹⁷⁴ y, por otro lado, porque siempre que se trata de determinar la existencia de culpabilidad del sujeto se opera con la hipótesis de cómo se hubiese comportado *otro* en el lugar del sujeto, con lo cual se está realizando una delimitación *normativa* de la responsabilidad penal¹⁷⁵.

Estas constataciones expuestas con suma claridad por ROXIN¹⁷⁶ resultan importantes para una nueva concepción del principio de culpabilidad, pues se libera a la culpabilidad de una característica que sólo se le puede atribuir a una persona física y muestran a su vez la crisis del sujeto individual. Esta reformulación del concepto de culpabilidad de ROXIN debería haber facilitado, en ciertos aspectos, la discusión sobre el problema de la culpabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, como veremos, sigue presente la idea del individuo como único sujeto del Derecho penal.

Ante esta crisis surgen dos nuevas perspectivas que darán lugar, a su vez, a dos formas diferentes de la corriente dogmática hoy dominante¹⁷⁷ denominada como

¹⁷³ ROXIN, C. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien", pág. 175; el mismo, "Schuldprinzip im Wandel", pág. 521.

¹⁷⁴ ROXIN, C. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien", pág. 174; el mismo, "Schuldprinzip im Wandel", pág. 521. NOLL, P., "Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts", pág. 220. JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*. MUÑOZ CONDE, F., "Culpabilidad y prevención general", pág. 163.

¹⁷⁵ ROXIN, C. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien", pág. 175; STRATENWERTH, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, NM 566.

¹⁷⁶ ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1973 (1. ed., 1972).

¹⁷⁷ SILVA SANCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pág. 67.

funcionalismo. En este sentido, nos encontramos con dos corrientes diferentes sobre la prevención general como fundamento de la pena y caben distinguir, al menos, dos corrientes diferentes de funcionalismo: una "moderada" (ROXIN) y una "radical" (JAKOBS)¹⁷⁸. Asintiendo con SILVA SANCHEZ estas dos corrientes se caracterizan fundamentalmente, como se verá, por sus distintos puntos de partida metodológicos, es decir, la normativización del sistema y sus categorías y en el grado de absolutización del sistema metodológico funcionalista¹⁷⁹, dando lugar así, consecuentemente, a resultados diferentes.

a) **El concepto de culpabilidad basado en la prevención general integradora: el modelo de ROXIN**

En 1970 ROXIN afirma en su famoso escrito *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* la necesidad de reconsiderar las premisas metodológicas del sistema de la dogmática penal¹⁸⁰. En este sentido, sostiene la tesis de que todas las categorías de la teoría del delito se encuentran en función de cuestiones de política-criminal. Así, la *tipicidad* tiene por objeto realizar el *principio nullum crimen, sine lege*; la *antijuricidad* tiene por objeto la correcta regulación de intereses (individuales) y contrainteresses (generales de la sociedad), es decir, la ponderación de intereses socialmente regulados en situaciones de conflicto; y la *culpabilidad* tiene por objeto responder, desde consideraciones de prevención general y especial, a la cuestión normativa de si y en qué medida un comportamiento amenazado en principio con una pena requiere en determinadas circunstancias aún una sanción penal¹⁸¹.

¹⁷⁸ SILVA SANCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, págs. 68 ss.

¹⁷⁹ SILVA SANCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pág. 68.

¹⁸⁰ ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, pág. 14.

¹⁸¹ ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, pág. 15.

Tomando siempre como punto de partida el derecho positivo, ROXIN continúa demostrando como diferentes categorías de la teoría del delito -como las causas de exclusión de la culpabilidad- no se pueden explicar a partir del concepto tradicional de culpabilidad (es decir, en el sentido de que el autor podría haber actuado de otra manera, pues -en definitiva- siempre se podría haber actuar de otra manera) y afirmando que sólo se pueden explicar a partir de cuestiones político-criminales estrechamente relacionadas con los fines de la pena¹⁸². ROXIN muestra con numerosos ejemplos -como el error de prohibición¹⁸³, el exceso en la legítima defensa¹⁸⁴ o la dogmática de los delitos culposos¹⁸⁵- como las disposiciones legales se dejan explicar más razonablemente a partir de aspectos de las teorías de la pena que a partir de la concepción clásica del principio de culpabilidad¹⁸⁶ y de puntos de partida ontológicos. Este cuestionamiento de ROXIN es la primera oposición crítica frente al sistema de WELZEL.

A partir de estas premisas ROXIN distingue dos categorías: *la responsabilidad (Verantwortung)* y *la culpabilidad*. La responsabilidad determina después de la antijuricidad otra valoración dentro de la teoría del delito. Se trata pues de una valoración bajo el punto de vista de la responsabilidad penal (Haftbarmachung) del autor. Sus presupuestos son, entre otros, la capacidad de culpabilidad (de acuerdo al los §§ 19 y 20 StGB), la posibilidad de conocer la ilicitud (de acuerdo al § 17 StGB) y la normalidad de la situación de la acción (que falta en determinadas formas de peligro (§ 35 StGB) y en el exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB). La

¹⁸² ROXIN, C. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien", pág. 181. Confr. también el mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, I/1 ss.

¹⁸³ ROXIN, C., "Schuld" und "Verantwortung" als Systemkategorien", págs. 187 s.

¹⁸⁴ ROXIN, C., "Schuld" und "Verantwortung" als Systemkategorien", págs. 189 s.

¹⁸⁵ ROXIN, C., "Schuld" und "Verantwortung" als Systemkategorien", págs. 190-194.

¹⁸⁶ ROXIN, C., "Schuld" und "Verantwortung" als Systemkategorien", pág. 185.

responsabilidad depende, en última instancia, de dos hechos: de la culpabilidad del autor y de la necesidad preventiva de un castigo penal, que se extrae del texto legal¹⁸⁷.

La categoría de la responsabilidad tiene su principal objetivo en eliminar el problema de la libertad de voluntad¹⁸⁸, ya que sólo se trata de establecer si existen razones que justifiquen la *necesidad de imponer una pena (Strafbedürftigkeit)*. Esta cuestión se determina fundamentalmente bajo aspectos de política criminal, es decir, para ROXIN, bajo aspectos de prevención. La sanción es necesaria si existen exigencias mínimas de prevención general, es decir, que la *pena debe ser suficientemente aceptada para restablecer la paz jurídica*; y, por otro lado, deben existir exigencias de prevención especial¹⁸⁹. Se rechaza, por lo tanto, la idea de "retribución", proponiendo en su lugar la idea de una *"prevención integradora" (Integrationsprävention)*, en la que esencialmente se trata de actuar sobre el autor (prevención especial) y, además, impedir la comisión de futuros hechos restaurando la paz jurídica, dando al pueblo la confianza de que su seguridad está salvaguardada y reafirmando las reglas de convivencia humana en contra de perturbaciones graves (prevención general)¹⁹⁰.

Partiendo de estas premisas, la culpabilidad se debe entender como la acción contraria a Derecho (unrechtes Handeln), a pesar de la existencia de una receptividad normativa por parte del autor (*normative Ansprechbarkeit*). Por lo tanto, habrá que afirmar la existencia de culpabilidad en un autor, cuando en el momento del hecho disponía, según su constitución psíquica, de la posibilidad de comprender la norma; dicho en otras palabras, si le era posible psíquicamente y según sus posibilidades de decisión un comportamiento orientado en la norma siempre que

¹⁸⁷ ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, I/1.

¹⁸⁸ ROXIN, C., "Schuld" und "Verantwortung" als Systemkategorien", pág. 185.

¹⁸⁹ ROXIN, C., "Schuldprinzip im Wandel", pág. 522.

¹⁹⁰ ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Verbrechenstruktur*; el mismo, "Schuldprinzip im Wandel", pág. 522.

disponga de las capacidades físicas que suele tener una persona adulta normal en la mayoría de las situaciones¹⁹¹. Se trata, por lo tanto, de una hipótesis constatable empíricamente, ya que responde a la ciencia de la experiencia. Con tal concepto tienen que estar de acuerdo tanto -según ROXIN- los indeterministas, como los deterministas o los agnósticos, ya que no se trata de constatar si el autor hubiese podido actuar de otra manera, pues eso no se puede saber, sino sólo de que de acuerdo con las capacidades motrices intactas (*Steuerungsfähigkeit*) y de acuerdo a la receptividad normativa (*normative Ansprechbarkeit*) es tratado *como si fuese libre*. Por lo tanto, se trata de operar con un concepto de libertad también normativo, es decir, de una regla de comportamiento social, cuyo valor social no tiene nada que ver con la problemática teórico-jurídica o científica de la libertad de voluntad¹⁹².

Si ello es así, entonces la existencia de culpabilidad no exige necesariamente la aplicación de una pena. La culpabilidad sólo sirve como límite de la pena. Es decir, que aunque exista culpabilidad no se debe imponer una pena si no existe necesidad preventiva (general o especial). De este modo, tampoco se deben castigar, por ejemplo, los comportamientos culposos, cuando no produzcan una efectiva lesión de un bien jurídico, pues en tales casos la intranquilidad de la generalidad sería mínima e incluso perjudicial. La culpabilidad y la prevención se delimitan la una a la otra¹⁹³. Se trata de una concepción puramente preventiva, pero permite asegurar -dentro de lo socialmente posible (prevención general)- la libertad individual (prevención especial)¹⁹⁴. Pero, no se trata en ningún caso de renunciar al principio de culpabilidad o de una reformulación del principio de culpabilidad¹⁹⁵. La función que debe cumplir

¹⁹¹ ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, IV/34.

¹⁹² ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, IV/35; el mismo, "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", ZStW 96 (1984), págs. 641 ss.

¹⁹³ ROXIN, C., "Schuldprinzip im Wandel", pág. 522.

¹⁹⁴ ROXIN, C., "Schuldprinzip im Wandel", pág. 522.

¹⁹⁵ ROXIN, C., "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit", pág. 285.

en la actualidad el principio de culpabilidad es delimitar la extensión de la pena¹⁹⁶ y constituye, por lo tanto, un aspecto de la responsabilidad penal¹⁹⁷.

El replanteamiento de ROXIN da lugar a un nuevo sistema de la responsabilidad penal, en el que es necesario incluir factores político-criminales. No es posible responder desde categorías puramente ontológicas, sino que las categorías se normativizan y su legitimación se fundamenta en razones político-criminales. Es decir, que se encuentran justificadas por la teoría de la pena en la que se basan. La política criminal, por su parte, requiere una legitimación y ésta proviene de las teorías de los fines de la pena¹⁹⁸.

b) El concepto de culpabilidad basado en la prevención general positiva: el modelo de JAKOBS

Todos los modelos presentados revelan una vez más la profunda crisis en la que se encuentra el modelo del sujeto del Derecho penal. Las soluciones ofrecidas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas toman como puntos de partida categorías de análisis que provienen de un sujeto individual. En ninguna de las propuestas se plantea una verdadera desvinculación del sujeto individual y están

¹⁹⁶ ROXIN, C., "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit", pág. 297.

¹⁹⁷ ROXIN, C., "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit", pág. 298.

¹⁹⁸ Sobre las premisas de esta orientación se encuentra la solución presentada por SCHÜNEMANN, quien -siguiendo la escuela de ROXIN-, también sostiene un reproche de culpabilidad orientado por criterios preventivos. Si bien SCHÜNEMANN no exige la culpabilidad para aplicar una sanción a la persona jurídica, elabora todo su argumento para fundamentar la aplicación de una pena de multa a la persona jurídica sobre la base de la idea de prevención, es decir, fundándose en un *estado de necesidad de prevención de protección del bien jurídico* (combinación de *Präventions- und Rechtsgüternotstand*) que, además, permite en su opinión lograr fines de prevención especial al tener como efecto un *control interno en la empresa*. No cabe duda, que la idea de buscar un nuevo principio de legitimación para la aplicación de una pena a la persona jurídica es interesante. Sin embargo, lo que no se logra con ello es una solución convincente que afronte la problemática de la culpabilidad, pues este camino tampoco se enfrenta al problema, sino que lo elude. En el fondo, lo que subyace en la fundamentación de SCHÜNEMANN, es la idea de la prevención especial, que lo conduce inevitablemente a buscar una solución similar a la de la aplicación de una medida de seguridad. El hecho de que se trate de una pena de multa y no de una verdadera medida de seguridad, tiene la finalidad de responder eficazmente a la idea de prevención.

pensadas sobre las capacidades del individuo. Sin embargo, dicha perspectiva cambia de forma radical a partir de las elaboraciones de JAKOBS que suponen un verdadero cambio sobre la idea de sujeto del Derecho penal. Se dará lugar así a esa segunda línea de pensamiento, a la que aludíamos en la introducción de este capítulo, ofreciendo un concepto nuevo de culpabilidad a partir de nuevos puntos de partida.

JAKOBS¹⁹⁹, sin lugar a duda el máximo representante de esta corriente, plantea otro concepto de culpabilidad también orientado en criterios de prevención, pero ciertamente diferente al que acabamos de exponer.

Se trata de un concepto que debe tener características funcionales, es decir, elaborado en *función* de la tarea social que le incumbe al Derecho penal²⁰⁰. La nueva cuestión que se aborda, por lo tanto, es la *finalidad del Derecho penal* y la *conexión de la pena con la culpabilidad* como el medio para su realización. JAKOBS presupone que el fin del Derecho penal es la estabilización de un cierto orden social, que -a pesar de sus muchas carencias- esta finalidad se logra cumplir y, por último, que la conexión entre la pena y la culpabilidad es un requisito para obtener tal fin²⁰¹.

Teniendo en cuenta estas premisas JAKOBS sostiene que la culpabilidad, como fundamento para la aplicación de una pena, se refleja en la necesidad de afirmar la vinculación del Derecho frente al ciudadano fiel al Derecho, por lo que la

¹⁹⁹ JAKOBS, G., "Schuld und Prävention", *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Heft 452/453, Tübingen, 1976; el mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ed., Berlin/New York, 1991, 17/1 ss.; el mismo, *Das Schuldprinzip*, Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992; el mismo, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", *ZStW* 107 (1995), pág. 843; el mismo, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 344, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996; el mismo, *Norm, Person, Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Band 23, Berlin, 1997.

²⁰⁰ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/22.

²⁰¹ JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, pág. 3.

culpabilidad se debe fundamentar en la prevención general y medir a partir de ésta²⁰². Si sólo se impone una pena cuando resulta necesaria para el mantenimiento del orden, entonces la culpabilidad sólo es relevante cuando se trata de tal necesidad²⁰³. Ello es así, porque la pena tiene la misión de negar el hecho defraudador de expectativas cuya legitimidad se encuentra garantizada jurídicamente²⁰⁴.

Dicho en palabras de JAKOBS: *la pena siempre supone la reacción frente al quebrantamiento de una norma. Esta reacción demuestra en todos los casos que se debe respetar la norma quebrantada. Y esta reacción se manifiesta siempre a costa del competente del quebrantamiento de la norma.* Por lo tanto, los elementos de la teoría del delito deben decidir normativamente sobre la adscripción del suceso perturbador al titular de los costes necesarios para la eliminación de la misma. De la misma manera también es una cuestión normativa la determinación de quién es el competente por la causación de un resultado, es decir, de quién es el sujeto responsable. No se trata de cuestiones que responden a un curso causal natural, ni biológico, ni mucho menos psicológico²⁰⁵. En realidad, dice JAKOBS, la medida en la que se deben considerar cuestiones objetivas (es decir, la estructura externa del hecho, el resultado) o subjetivas (la constitución subjetiva del autor) del quebrantamiento de la norma depende de la configuración de la sociedad²⁰⁶.

²⁰² JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, pág. 9; el mismo, *Das Schuldprinzip*, pág. 25. MUÑOZ CONDE, F., "Culpabilidad y prevención", pág. 166.

²⁰³ JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, pág. 9.

²⁰⁴ JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, pág. 9. LUHMANN, N., *Funktionen und Folgen formaler Organisationen*, Berlin, 4.ed., 1995 (1.ed., 1964), pág. 251.

²⁰⁵ JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, pág. 12; el mismo, "Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld", en GÖPPINGER, H./BRESSER, P.H., *Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht*, Euke Verlag, Stuttgart, 1982, pág. 138, donde hace especial énfasis en que la culpabilidad no es una cuestión dada al Derecho, es decir, predeterminada, sino, por el contrario, configurada jurídicamente por medio de la creación de competencias y legitimada jurídicamente.

²⁰⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/2.

El quebrantamiento de la norma no es un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas; el Derecho penal no puede "reparar" esas consecuencias externas, ya que la pena no es una compensación del daño. El quebrantamiento de la norma, por el contrario, es la contradicción de la norma por un comportamiento²⁰⁷. La negación de la norma (*Desavouierung der Norm*) produce un conflicto social en la medida en que se cuestiona la norma como modelo orientativo de conductas. Por lo tanto, la función del Derecho penal no se debe ver en la evitación de la lesión de bienes jurídicos, sino en la reafirmación de la vigencia o reconocimiento de la norma. Dicho en palabras de JAKOBS: *el fin del Derecho penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma como modelo de orientación del contacto social*²⁰⁸. Este modelo parte de la apreciación de que la sociedad está regulada por normas y se caracterizan como generadoras de expectativas respecto de su cumplimiento, son el modelo del contacto social²⁰⁹. Por lo tanto, la imposición de una pena no tiene lugar porque sí, sino porque no se puede renunciar en la vida social a orientaciones garantizadas. La pena cumple su fin en el nivel en el que tiene lugar la interacción social. Por lo tanto, la pena debe proteger las condiciones de tal interacción y, en ese sentido, tiene un fin preventivo²¹⁰. Pero, la vigencia de la norma no tiene por finalidad intimidar a delincuentes potenciales, ni tampoco incidir sobre el futuro comportamiento del delincuente. Los destinatarios de la pena no son, en principio, sólo algunas personas como autores potenciales, sino todas las personas, ya que no es posible la convivencia sin interacción social y, por ello, todas las personas deben poder confiar en sus expectativas normativamente aseguradas. Por lo tanto, la *pena* se aplica como ejercicio del reconocimiento de la norma, lo que abarca a su vez tres aspectos: el *ejercicio de la*

²⁰⁷ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/9.

²⁰⁸ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/11. LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, tomo 1/2 WV Studium, 3. ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, pág. 43. NEUMANN, U./SCHROTH, U., *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980. MIR PUIG, S., "Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva", pág. 51.

²⁰⁹ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/18.

²¹⁰ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/14.

confianza en la norma, el ejercicio de la fidelidad al Derecho y la ejercitación en la aceptación de las consecuencias²¹¹. Dado que esta ejercitación debe tener lugar en todos los miembros de la sociedad, se trata de un modelo de *ius puniendi* de prevención general a través de la ejercitación del reconocimiento de la norma, es decir, de prevención general positiva y no intimidatoria²¹². Por lo tanto, la finalidad del Derecho penal es la estabilización de un determinado orden²¹³.

En sus trabajos más recientes²¹⁴ JAKOBS presenta el modelo descrito con mayor claridad y precisión, intentando salir al paso de numerosas críticas que sus ideas han suscitado. En este sentido, describe al *funcionalismo* como aquella teoría según la cual el Derecho penal supone la garantía de la identidad normativa, garantía de la constitución de una sociedad. La *sociedad* no parte de la filosofía de la conciencia individual, es decir, no es un sistema compuesto de sujetos que concluyen contratos ni producen imperativos categóricos, sino que su componente básico es la *comunicación*²¹⁵. Por lo tanto, se puede afirmar que la sociedad se estructura por medio de la comunicación.

Los fundamentos del Derecho penal se establecen a partir de que éste cumple una función en la sociedad. Por funciones, a su vez, se entienden las prestaciones (*Leistung*) que mantienen un sistema²¹⁶. Esto significa en una

²¹¹ JAKOBS, G., "Schuld und Prävention", pág. 10; el mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/15.

²¹² JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/15; 17/3.

²¹³ JAKOBS, G., "Schuld und Prävention", pág. 3.

²¹⁴ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 843.

²¹⁵ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 843.

²¹⁶ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 844.

comprensión comunicativa lo siguiente: *el delito* es una afirmación que contradice la norma y *la pena* es la respuesta confirmando la vigencia de la norma. Por ello, la pena contradice la contradicción de las normas determinantes de la identidad social. Dicho en otras palabras, *el Derecho penal cumple la función de confirmar la identidad (normativa) de la sociedad*²¹⁷.

El *hecho punible*, en consecuencia, consiste en una comunicación defectuosa (*fehlerhafte Kommunikation*) respecto de la vigencia de las normas afectadas y ese defecto le es imputado al autor como su culpa. En este sentido, la *pena* no es un medio para el mantenimiento de la identidad de la sociedad, sino -precisamente- el mantenimiento mismo de dicha identidad. Naturalmente, no es posible negar que a la pena suelen ir unidas tanto esperanzas de consecuencias psíquicas en el autor, tanto desde un punto de vista social como individual, como, por ejemplo, el mantenimiento o la afirmación de la fidelidad al Derecho; pero, la *pena* tiene su significación independientemente de estas consecuencias, es decir, significa *auto-comprobación* (*Selbsvergewisserung*). El Derecho penal restablece así en el ámbito comunicativo la vulneración de la validez de la norma²¹⁸.

Como se puede observar, la *prevención general* se presenta aquí desde una perspectiva *positiva*. Se trata de *prevención general* porque se dirige a producir efectos sobre todos los sujetos y es *positiva* porque ese efecto no consiste en la intimidación, sino en la confianza que se transmite a la sociedad reafirmando la vigencia de la norma vulnerada mediante la imposición de una pena²¹⁹. Como se dijo, la pena no pretende actuar mediante la intimidación sobre autores potenciales, sino desautorizar

²¹⁷ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 844.

²¹⁸ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 844.

²¹⁹ JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, págs. 25 y 27.

la negación de una norma por medio de un ejercicio en el reconocimiento de la validez de determinadas normas. Consecuentemente, es preciso subrayar que no es necesaria una *verificación empírica de la utilidad de la pena*. Los estudios empíricos sólo afectan al entorno, es decir, a las consecuencias psicológicas individual o social de la aplicación de una pena, pero no al núcleo de la teoría: el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma toda vez que se lleve a cabo un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. En este sentido, sólo es posible constatar empíricamente el hecho punible mismo, su procedimiento y la relación entre ambos. Sin embargo, lo que no se puede comprobar empíricamente es la afirmación de la identidad (normativa), ya que ésta no es la consecuencia del procedimiento, sino su propio significado. La función de la pena se limita, pues, a la desautorización de la infracción de la norma fortificando la confianza en su vigencia. De esta manera se logra estabilizar las expectativas sociales que existen en torno a los comportamientos sociales²²⁰.

La cuestión sobre la función del Derecho se plantea, necesariamente, en relación al sistema de la sociedad. Se trata de qué problema resuelve la sociedad por medio de normas específicamente jurídicas y, en definitiva, mediante la génesis de un sistema jurídico en especial²²¹.

Con ello se excluyen necesariamente los planteamientos de cuestiones desde perspectivas psicológicas y antropológicas. Ello no significa que deben ser rechazadas por equivocadas, pero su problema reside en que los seres humanos empíricamente sólo se encuentran en los individuos y que las afirmaciones generales sobre los seres humanos, sobre la conciencia, sobre la persona son difícilmente

²²⁰ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 845.

²²¹ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 846. LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1995, pág. 124.

controlables²²². Por el contrario, la sociedad se refiere a un sistema individual, si bien altamente complejo, empíricamente constatable y dado concretamente en el curso de la comunicación. No se trata, por lo tanto de buscar y verificar afirmaciones que se pueden generalizar sobre una infinidad de variados sistemas²²³.

El funcionalismo penal, afirma que el problema a resolver es siempre un problema del sistema social. La solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar, en todo caso, por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, es decir, dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible separar el Derecho penal de una determinada idea de sociedad²²⁴.

Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal. En este sentido, cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener presente ciertos principios que se consideran indisponibles²²⁵.

Dentro de los *fundamentos* que deben, por lo tanto, servir como base para una correcta interpretación de la función del Derecho penal para la sociedad, es necesario establecer cómo se configura el *sujeto* del Derecho penal. En este sentido, el Derecho penal reacciona frente a perturbaciones sociales y, por lo tanto, no se puede interpretar de forma adecuada en base a los conceptos de sujeto aislado, de las

²²² LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, pág. 124.

²²³ LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, pág. 124.

²²⁴ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 846.

²²⁵ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 846. LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, pág. 225.

facultades del sujeto y de una norma entendida como imperativo. Por el contrario, hay que partir de los correspondientes *conceptos sociales*, es decir, de *un sujeto mediado por lo social* (Persona), del ámbito de deberes (competencia) y de la norma como expectativa social institucionalizada²²⁶.

En este contexto *persona* significa tener que ejercer un papel (rol), no la expresión de la subjetividad de su portador. Se trata más bien de la representación de una competencia socialmente comprensible²²⁷. Toda sociedad comienza con el establecimiento de un mundo objetivo y los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma²²⁸.

La subjetividad de un ser humano, como tal, no es accesible a otro de modo directo, sino sólo como manifestaciones, es decir, por objetivizaciones, que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones²²⁹. Por ello, es preciso saber cuál es el sistema de normas que el otro considera vinculante. Y en tal situación es preciso determinar objetivamente el significado de un comportamiento como quebrantamiento (infracción) de la norma o como algo inocuo. Los actores y los demás partícipes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diferentes, sino como lo que jurídicamente deben ser, es decir, como *personas*²³⁰. En este sentido, la competencia para tolerar una puesta en peligro no se establece en

²²⁶ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 859.

²²⁷ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 859.

²²⁸ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 859.

²²⁹ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 860.

²³⁰ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 860.

función de preferencias subjetivas, sino según una medida objetiva, dado que, de lo contrario, sería imposible organizar una sociedad compleja²³¹.

A partir de aquí se puede establecer cómo funciona en este contexto la imputación de un hecho punible a un sujeto.

Las expectativas jurídicamente garantizadas no se defraudan por una conducta individual, sino por una *conducta objetivamente defectuosa*; dado que tales expectativas se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol (conjunto de deberes y derechos), la condición mínima para una defraudación es el quebrantamiento de dicho rol²³².

La imputación objetiva no constituye una garantía de que alguien cumplirá positivamente su rol. El Derecho penal no puede ofrecer esa garantía, ya que no sólo reacciona frente al quebrantamiento de un rol *especial* (como conductor, médico, etc.), sino también frente al rol general de un ciudadano fiel al Derecho²³³. De allí resulta un injusto sin culpabilidad debe ser impune²³⁴.

En este sentido, la teoría de la culpabilidad no sólo se puede basar sobre los fundamentos de los fines de la pena. El contenido de la culpabilidad se determina también a partir de la *configuración de la sociedad*. Así como la determinación del injusto depende de la configuración de la sociedad, en la cual se debe diferenciar entre

²³¹ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 860.

²³² JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 861.

²³³ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 861.

²³⁴ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 861.

lícito e ilícito, así también el contenido de la culpabilidad depende de la configuración de la sociedad. El fin de la pena y la configuración social no se pueden, sin embargo, combinar con cualquier contenido, sino que se deben adaptar mutuamente. Esta dependencia del concepto de culpabilidad respecto de la finalidad que debe cumplir (concepto funcional de culpabilidad) -cuestión que, como se dijo, dependerá del fin de la pena y la configuración de la sociedad de la que se parte-, es una cuestión muy discutida²³⁵. Pero, de todos modos, a todas las interpretaciones del concepto de culpabilidad es común que ésta constituye una categoría de la imputación, es decir, una conexión entre el sujeto y su acción²³⁶.

En este contexto el principio de culpabilidad adquiere una función totalmente diferentes de las que se le han reconocido hasta el momento. *La culpabilidad es la demostración de la falta de fidelidad al Derecho por parte del autor*²³⁷. A partir de aquí, distingue JAKOBS dos formas de culpabilidad: a) *la culpabilidad formal*, que consiste en la existencia de una persona abstracta competente, es decir, un titular de derechos y obligaciones o, dicho de otra manera, un destinatario de obligaciones²³⁸. Y b) *la culpabilidad material*, que tiene su fundamento en la carencia de alternativas plausibles, frente a un orden social concreto para la solución del conflicto, es decir, siempre que no exista otra forma de responder frente a los sometidos a esas normas como integrantes de dicho orden. *La culpabilidad material constituye la infidelidad al Derecho frente a normas legítimas*²³⁹.

²³⁵ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/3.

²³⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/4.

²³⁷ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/23; el mismo, *Das Schuldprinzip*, pág. 34. Sobre la compatibilidad de este concepto con una sociedad pluralista y democrática, ver KINDHÄUSER, U., "Rechtstreue als Schuld-kategorie", *ZStW* 107 (1995), págs. 701 ss.

²³⁸ JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, pág. 34.

²³⁹ JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, pág. 35.

A pesar de que el concepto de culpabilidad que JAKOBS propone no se vincula con ninguna forma de *reproche* al sujeto -excluyendo así la necesidad de fundamentar una respuesta sobre la libertad de voluntad-, JAKOBS insiste en que la culpabilidad se encuentra relacionada con la libertad. Pero no se trata aquí de la (tradicional) libertad de voluntad²⁴⁰, sino de la *libertad de autoorganización o autoconducción (Freiheit zur Selbstverwaltung)*. La libertad de autoorganización o autoconducción es la libertad de administrar el ámbito de la propia organización²⁴¹. En este sentido, concluye que la culpabilidad sólo es posible dentro de un orden, en el que los procesos no estén dirigidos centralmente, sino en el que se organizan de forma descentralizada²⁴², es decir, dentro de las competencias de quienes lo integran.

En sus últimas reflexiones JAKOBS²⁴³ ha vuelto a precisar sus fundamentos sobre el principio de culpabilidad y la función que éste debe cumplir en el Derecho penal. En este sentido, para establecer los fundamentos de la culpabilidad es necesario, en primer lugar, aclarar una distinción fundamental en el marco de la explicación funcional: *sociedad o mundo exterior*. Lo que referido al ámbito de la comunicación se debe formular como: *sentido o naturaleza*. Dicho con otras palabras, un autor expresa con su hecho bien un sentido relevante para la comunicación, en cuyo

²⁴⁰ Sobre esta cuestión especialmente, JAKOBS, G., "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit", en HEINRICH, D.(Ed.), *Aspekte der Freiheit*, Schriftenreihe der Universität Regensburg, tomo 6, 1982, pág. 69, donde sostiene fundamentalmente que la discusión sobre la libertad de voluntad en el marco de la legitimación del Derecho penal, más que aportar una solución, sólo oscurece la cuestión. La solución de un conflicto jurídico-penal se resuelve por medio de la adscripción de culpabilidad que funciona en base a reglas que nada tiene que ver con el problema de la libertad. Para JAKOBS la respuesta a esta cuestión es radical: *el Derecho penal no conoce aquella categoría a la que pertenece el problema de la libertad de voluntad* (pág. 80).

²⁴¹ JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, pág. 34.

²⁴² JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, pág. 34.

²⁴³ Fundamentalmente, JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 863.

caso puede ser culpable, o no llega a alcanzar el plano relevante de la comunicación²⁴⁴, en cuyo caso no será culpable. Lo que se entiende por sentido o por naturaleza se determina también funcionalmente. Esta es la tesis fundamental de un concepto funcional de culpabilidad²⁴⁵.

El núcleo de la cuestión se centra en la idea de que el Derecho penal, desde un punto de vista socio-funcional, sólo garantiza la contradicción de toda expresión de sentido que ponga de manifiesto que la norma no es válida²⁴⁶.

Si este planteamiento se formula, en términos de expectativas o de normas, resultará que -desde un punto de vista específico del Derecho penal- sólo existe la expectativa de que no se den comportamientos culpables. Dicho en forma positiva: sólo existe la expectativa de una suficiente fidelidad al Derecho. Por lo tanto, el rol, cuya observación garantiza el Derecho penal es el de un ciudadano fiel al Derecho, es decir, de la persona en Derecho²⁴⁷.

Pero, según JAKOBS, cabe preguntarse si se trata aquí de un rol, de un modelo objetivo o de subjetividad. Desde que el concepto psicológico de culpabilidad fuera reemplazado por un concepto normativo de culpabilidad, es indiscutible que el criterio, según el cual se determina la culpabilidad, es completamente objetivo. Pero el concepto normativo de culpabilidad sólo constituye un criterio que no permite determinar la persona que hay que enjuiciar. Por el contrario, en el marco del concepto

²⁴⁴ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 863, 864.

²⁴⁵ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 864.

²⁴⁶ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 865.

²⁴⁷ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 865.

funcional de culpabilidad la constitución del sujeto que se enjuicia se elabora teóricamente sobre la base de lo que de hecho ocurre: es decir, que la constitución *individual* del sujeto sólo entrará en consideración allí donde no se ha de temer un desbordamiento incontrolable, mientras que por lo demás se considera un asunto del propio ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho. Dicho con otras palabras: el sujeto sólo puede hacer valer su individualidad en la medida en que ello no perturbe el efecto generalizador del Derecho y ello tendrá lugar cuando el conflicto ha podido ser resuelto de otro modo, sin su imputación a un sujeto²⁴⁸. Por lo tanto, con el criterio de la culpabilidad no se enjuicia a un sujeto, sino a una persona, la persona más general que se pueda imaginar, aquella cuyo rol consista en respetar al Derecho²⁴⁹.

Se puede concluir así, que *el Derecho penal no tiene lugar en la conciencia individual, sino en la comunicación*. Sus actores son personas -no sujetos individualmente considerados- y sus condiciones no las determina un sentimiento individual, sino la sociedad. En este sentido, es condición fundamental de una sociedad el respeto por la libertad de actuación; dicho con otras palabras, la personalización de los sujetos. JAKOBS hace hincapié en que no se trata de hacer una afirmación de lo que debería ser, sino relativa a lo que es. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad *descriptivo* en la medida en que la sociedad se encuentra determinada²⁵⁰. La teoría funcional hace así una descripción neutra, evitando valoraciones sobre cómo debería ser idealmente una situación.

²⁴⁸ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 866.

²⁴⁹ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 866.

²⁵⁰ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 867.

Frente a esta concepción se han levantado numerosas críticas²⁵¹. Entrar aquí en profundidad sobre esta discusión excede, sin lugar a duda, el marco de esta investigación, pero no se puede dejar de, al menos, mencionar suscintamente estas críticas.

En este sentido, una de las principales se refiere a que, según este modelo, *la sociedad debe ser estabilizada eliminando la idea de un sujeto libre*²⁵². Desde esta perspectiva, se le reprocha a JAKOBS eliminar del concepto de culpabilidad una de las funciones más importantes del principio de culpabilidad: la de operar como límite de la pena, dado que, según su propuesta, la punibilidad del autor no se mide ya a partir de circunstancias que rodean su propia persona, sino para que los restantes ciudadanos se ejerciten en la fidelidad al Derecho necesaria para la estabilización de la confianza en el ordenamiento²⁵³. Tal *instrumentalización del sujeto*, que sirve así de

²⁵¹ Confr. en español: BARATTA, A., "Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", CPC 24 (1984), págs. 533, 544, 550. MIR PUIG, S., "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1986, pág. 49; el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pág. 138. GARCÍA-PABLOS, A., *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, 1988, pág. 530; el mismo, *El Derecho penal. Introducción*, 1995, pág. 92. LUZON PEÑA, D., "Prevención general y psicoanálisis", en MIR PUIG, S. (Ed.), *El Derecho penal y Ciencias sociales*, Barcelona, pág. 143. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, pág. 163. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a ROXIN, C., Culpabilidad y Prevención*, Madrid, 1981. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social democrático de Derecho*, 2. ed., Barcelona, 1982, pág. 32. PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pág. 253; la misma, "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las cuestiones de los fines de la pena", en SILVA SANCHEZ, J.M., (Ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro homenaje a Claus ROXIN, Barcelona, 1997. SILVA SANCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, pág. 237.

En este sentido recientemente, se expone con gran claridad la discusión en torno a la teoría de JAKOBS y demostrando, fundamentalmente, la inconsistencia de algunas de las críticas a las que aquí se alude, la reciente exposición de PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C./CANCIO MELIA, M., "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs", *Introducción a JAKOBS, G., Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.

²⁵² ALBRECHT, P.-A., "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", StV, 1994, pág. 266; STÜBINGER, KJ 1993, pág. 34 s.

²⁵³ ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, IV/32.

herramienta para la estabilización de los intereses de la sociedad, se considera contraria a la *dignidad humana*²⁵⁴. Por lo tanto, esta concepción de la culpabilidad, no sólo sería insostenible, sino también contraria al marco jurídico constitucional, ya que la dignidad humana se encuentra protegida constitucionalmente²⁵⁵, en el caso de España en el art. 10.1 CE.

Frente a la crítica de la instrumentalización del sujeto JAKOBS ha argumentado en primer lugar, que no se trata de la conservación de la identidad de un sistema social sin más, sino de aquella identidad (normativa) de un sistema social diferenciado por un *determinado* sistema jurídico²⁵⁶. Y en segundo lugar, por otro lado, JAKOBS afirma que no se trata más que de una *descripción* de los presupuestos del funcionamiento de la sociedad; a su modo de ver la descripción no instrumentaliza, sino que, en todo caso, pone de manifiesto las instrumentalizaciones ya existentes²⁵⁷.

En relación a la pretendida vulneración de la dignidad humana²⁵⁸, JAKOBS responde que no se trata de la estabilización de la sociedad a costas de la libertad del sujeto²⁵⁹. JAKOBS argumenta que precisamente el sujeto se encuentra presente en la medida en la que transmite comunicativamente, es decir, en tanto y en

²⁵⁴ ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, IV/32.

²⁵⁵ ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, IV/33. OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 22.

²⁵⁶ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 850.

²⁵⁷ JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, pág. 30; el mismo, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 848.

²⁵⁸ JAKOBS, G., *Das Schuldprinzip*, pág. 30; el mismo, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 850.

²⁵⁹ ALBRECHT, P.-A., "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", págs. 265, 266. ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19, IV/33.

cuanto determina la autodescripción de la sociedad²⁶⁰. De esa manera el sistema de la sociedad es el que marca los límites del sistema jurídico y, por lo tanto, no desaparece en absoluto ni la libertad del sujeto ni el límite de la punibilidad. No es correcto -aclara JAKOBS- oponer las condiciones de constitución de la subjetividad a las condiciones de configuración de la sociedad, en el sentido de "libertad" frente a "colectivismo", ya que en cualquier caso desaparecen las condiciones empíricas de la subjetividad si la sociedad no funciona. En ningún momento, significa esto que toda sociedad que funcione es una sociedad en la que los sujetos obtienen sus derechos, sino sólo que -y esto es subrayado expresamente- sin una sociedad que funcione sólo tendremos un conjunto accidental de individuos que por carencia de coincidencias vinculantes no conocen el mundo objetivo y, por ello, no pueden sobrepasar el marco de sus sensaciones personales. El proceso comunicativo es determinante para poder hablar de sujetos libres²⁶¹.

Desde otro punto de vista, se han vertido críticas que señalan que si la única finalidad es la estabilización de las normas, el modelo de JAKOBS se presenta como un sistema en el que será indiferente que las normas garanticen la libertad o sean terroríficas como las de un estado totalitario, en el que se niegue la libertad y la dignidad de la persona²⁶². JAKOBS responde a esta crítica categóricamente afirmando

²⁶⁰ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 850.

²⁶¹ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", pág. 851.

²⁶² HASSEMER, W., AK StGB, 1990, vor § 1, NM 254; ZAFFARONI, E. R., "El funcionalismo y sus perspectivas jurídico-penales", Libro Homenaje a FERNANDEZ ALBOR, Santiago de Compostela, 1989, pág. 747. MUÑOZ CONDE, F., "Culpabilidad y prevención general", pág. 167, quien -por el contrario- sostiene que el límite máximo de la pena no viene fijado por el principio de culpabilidad mismo, sino por el principio de legalidad. El marco de la pena es una consecuencia del principio de legalidad y no del de culpabilidad, con lo cual, no se plantearía ningún problema de penas desmesuradas por el hecho de tomar como fundamento la prevención general. En este sentido, también MIR PUIG, S., "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", pág. 51, afirma que la confirmación de la vigencia de la norma requerirá siempre que se trate de una proporcionada.

que esta teoría no pretende presentar un modelo de Derecho penal deseable, sino describe Derecho penal diferenciado por la sociedad²⁶³.

A partir de este planteamiento general de la teoría de imputación de JAKOBS y de los fundamentos concretos a que debe responder dentro de la misma la culpabilidad, JAKOBS elabora en su Manual la específica configuración del *tipo de culpabilidad (Schuldtatbestand)*.

Nos detendremos, en primer lugar, brevemente en la descripción que el propio JAKOBS hace del tipo de culpabilidad (*Schuldtatbestand*):

a) La suma de aquellos elementos que deben concurrir para apreciar la falta de fidelidad al Derecho por parte del autor, es decir, la motivación jurídica defectuosa y la competencia del mismo para ello, es lo que compone el *tipo de culpabilidad*. Los elementos de la inexigibilidad se pueden denominar como *tipo de exculpación (Entschuldigungstatbestand)*. La unión de ambos es el *tipo general de culpabilidad (Gesamtschuldtatbestand)*²⁶⁴.

b) Al tipo de culpabilidad pertenece también todo el injusto, porque es la objetivización necesaria del defecto de motivación para la imputación²⁶⁵.

A partir de esta definición del tipo de culpabilidad se establecen *cuáles* son los elementos del tipo general de culpabilidad (*Gesamtschuldtatbestand*):

²⁶³ JAKOBS, G., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipiendenken", pág. 855.

²⁶⁴ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/43.

²⁶⁵ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/44.

1) La culpabilidad presupone la existencia de un injusto. Injusto es un comportamiento típico evitable (doloso o culposo) no justificado²⁶⁶.

2) El autor sólo es competente por un déficit de motivación jurídica, siempre y cuando -en el momento del hecho- sea un sujeto con competencia (Kompetenz) necesaria para contradecir la vigencia de la norma, es decir, que sea *imputable*. En este sentido se debe precisar lo siguiente:

a) *Imputable es una persona que es considerada como igual a los demás*, es decir, al término medio. La igualdad presupone que aquellos factores, que configuran o no impiden -en sus rasgos fundamentales- el proceso de motivación en el autor, configuren o no impidan un tipo de proceso de motivación ubicuista. Es decir, sólo es relevante el tipo de los factores fundamentales relevantes para la motivación.

La competencia del sujeto se excluye en los casos del ámbito del § 20 StGB (similar al art. 20.1 CP). Lo determinante de éstos es la imposibilidad de considerar la motivación como un producto orgánico-cerebral. Dicho en otras palabras, se trata de sujetos en los que falta un sujeto capaz de responder (normalmente) a un estímulo. En tales casos se debe considerar al sujeto como "cualitativamente anormal". Pero esta cualidad no se debe buscar como resultado orgánico, sino que el sujeto mismo debe ser considerado como fenómeno psíquico. Desde una perspectiva jurídico-penal interesa el contexto psíquico; el somático, por su parte, puede ser relevante en todo caso como un indicador de algo psíquicamente relevante. Puede, asimismo, que en el ámbito de la medicina sea importante extraer a partir de un resultado psíquico consecuencias orgánicas; en el ámbito estrictamente penal ello es irrelevante. El § 20 StGB (art. 20.1 CP) también contiene la regulación de un ámbito de la exigibilidad y, denomina todo como *capacidad de culpabilidad*. Por lo tanto, capacidad de culpabilidad se compone de la imputabilidad y de la exigibilidad.

²⁶⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/47.

La *igualdad* faltará también cuando el sujeto no pueda ser definido sobre la base del mismo estado evolutivo, es decir, como alguien que se encuentra en pleno estado de evolución social (niños, adolescentes).

Ser *imputable* supone, por lo tanto, poder ser definido como un igual²⁶⁷.

b) La igualdad no es cuantificable y, por ello, tampoco lo es la capacidad de imputabilidad. La capacidad se refiere a una aptitud determinada para el conocimiento del injusto y la correspondiente motivación. Para realizar esta prestación el ser humano o es capaz o no lo es²⁶⁸.

c) En la medida en que falta la igualdad se renuncia a la estabilización de la expectativa normativa que el autor a defraudado²⁶⁹, porque la confianza en la vigencia de la norma no ha podido ser afectada.

3) La imputación culpable también exige que la motivación del autor tenga lugar -en el ámbito de las configuración estatal y social de las normas fundamentales- despreciando una norma relevante y -en el ámbito del contenido de la norma disponible- despreciando el motivo de validez de la norma²⁷⁰.

4) Por último, también pertenece al tipo de culpabilidad los especiales elementos de culpabilidad. Sólo se toman en cuenta aquellos elementos que tienen que

²⁶⁷ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/48.

²⁶⁸ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/49.

²⁶⁹ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/50.

²⁷⁰ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/51.

ver con la competencia o la competencia elevada del sujeto por la vulneración de una obligación²⁷¹.

El tipo de culpabilidad que aquí se describe está pensado, sin lugar a duda, para un sujeto con cualidades psíquicas, es decir, un sistema psíquico. Sin lugar a duda, establecer la culpabilidad propia de las personas jurídicas resulta dificultoso. En este sentido, JAKOBS afirma que la culpabilidad de los órganos de las personas jurídicas no determinan la culpabilidad de las mismas, del mismo modo que la culpabilidad del autor tampoco es trasladable al partícipe²⁷². Pero lo que excluye rotundamente es la posibilidad de imponer una sanción penal sin la existencia de culpabilidad. Se debe determinar fundamentalmente que el órgano actúe con efectos para la persona jurídica, sin que la competencia del mismo puede ser limitada por el estatuto de la misma. Sin embargo, si el órgano le ha sido impuesto a la persona jurídica, las acciones de éste son acciones de la persona jurídica, pero no son acciones propias de dicha persona. En tales casos, según JAKOBS, las disposiciones del estatuto son condiciones indispensables e indisponibles de la acción propia de las personas jurídicas. Por lo tanto, si la acción no se atiene a lo establecido en el estatuto de las personas jurídicas, éstas se deben encontrar disculpadas²⁷³.

Si bien JAKOBS no establece los requisitos particulares de un tipo de culpabilidad de las personas jurídicas, no parece posible negar que la repercusión que el pensamiento de éste tiene sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría constituir el punto de partida de la reelaboración de la problemática de este tema. Sin lugar a duda, la culpabilidad también se debe comprobar en el caso de las personas jurídicas eliminando todos aquellos requisitos que se encuentran establecidos para un sujeto con cualidades físicas.

²⁷¹ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17/52.

²⁷² JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6/44.

²⁷³ JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6/44.

Por el momento, parece importante haber recapitulado brevemente la discusión existente en relación al principio de culpabilidad, pues es una muestra notable de la transformación que ha ido sufriendo el *modelo del sujeto del Derecho penal* y con ésta también el concepto de culpabilidad. Ello da lugar a un nuevo concepto de sujeto que deja de lado la idea de las capacidades del individuo, para dar paso a una visión más amplia que toma puntos de partida diferentes. Estas nuevas premisas permitirán el replanteamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas orientado desde la idea del sujeto mismo.

En este sentido, se puede concluir que la evolución de las teorías de los fines de la pena han dado lugar en relación al concepto de culpabilidad a dos formas distintas de *funcionalismo*, que, asimismo, se basan en ideas distintas sobre el sujeto: por un lado, el modelo presentado por ROXIN, es decir, un concepto funcionalista orientado principalmente en la figura de un *sujeto individual* del Derecho penal y, por lo tanto, orientado en la prevención especial (con mínimos componentes preventivo-generales) y, por otro lado, el modelo de JAKOBS elaborado a partir de la consideración del *sujeto como sistema* -que puede ser un individuo o estar configurado de otra forma- orientado puramente en criterios de prevención general positiva.

IV. CONCLUSIONES

La primera constatación que se puede hacer considerando las distintas soluciones aportadas es que la doctrina dominante parece no poder abandonar el método de análisis basado sobre la comparación entre el individuo y la persona jurídica intentando encontrar similitudes suficientes para poder adaptar el sistema de responsabilidad penal individual bien readaptando levemente algunas categorías para lograr dicha aplicación, o bien, al no poder establecer suficientes similitudes entre ambos sujetos, negando la aplicación del sistema penal actualmente dominante.

De una manera expresa o tácita los intentos de encontrar una analogía entre el sujeto individual y el colectivo se apoyan en *concepciones organicistas*, basadas, a su vez, en la suposición de que así como unos órganos vivos, compuestos a su vez de unidades orgánicas más pequeñas, dan lugar en su conjunto a un individuo, la progresión puede continuar a partir de éstos, de tal forma, que un conjunto de individuos unidos por una finalidad común pueden formar otro individuo distinto de los que se unen para darle vida²⁷⁴.

Sin embargo, habría que reconocer que todo intento basado en la comparación entre el individuo y la persona jurídica para establecer similitudes se encuentra condenado desde el comienzo al fracaso. No sólo porque el individuo y la persona jurídica presentan diferencias insuperables, sino fundamentalmente, porque todas las categorías de la teoría del delito están elaboradas -como se ha intentado demostrar- a partir del individuo y de sus capacidades personales. No sólo se trata, por lo tanto, de la reelaboración de las diferentes categorías -y, consecuentemente, de una inevitable desnaturalización de las mismas-, sino más bien de un problema filosófico y sociológico de la interpretación de la sociedad y los sujetos que la componen, lo que constituye -en el fondo- un problema previo al Derecho penal.

Descartado, por obvio, el concepto psicológico de culpabilidad, es evidente la imposibilidad de aportar una solución aún cuando se tenga como punto de partida un *concepto normativo de culpabilidad*. A pesar de que este concepto de culpabilidad se basa en el intento de eliminar todos los elementos psicológicos del juicio de culpabilidad; considerando que un autor es culpable cuando sea posible formularle un reproche por no haberse comportado de acuerdo a la norma, aunque haya tenido capacidad de comprender el contenido de la misma, los elementos en los que se basa éste reproche están íntimamente vinculados a las capacidades de un sujeto individual,

²⁷⁴ Sobre la teoría del organismo (Organismustheorie) y sus implicaciones dogmáticas, ver AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, págs. 38, 49, 217 y ss., 248 y 362 ss.

de manera tal que su traslado a las personas jurídicas no resulta posible. En efecto, el fundamento último de este concepto normativo parte de que el individuo tiene la capacidad para determinar sus actos de forma libre, responsable y socialmente adecuada y, por ello, tiene capacidad para decidirse a favor del Derecho. El reproche, por lo tanto, como lo señalara WELZEL se basa en el fracaso ético-social del individuo²⁷⁵.

La evolución del concepto normativo de culpabilidad hacia un *concepto social de culpabilidad* no tiene mejores posibilidades, pues también está elaborado sobre la base de una reducción del Derecho penal a sujetos individuales. El concepto social de culpabilidad tiene, en realidad, otras metas, pues procura eliminar del contenido del concepto de culpabilidad el reproche ético individual, sustituyendo por otro meramente social, aunque partiendo también de la premisa de la libertad de decisión de la persona. Todo reproche personal -ya sea ético-social o meramente social- está necesariamente relacionado con un sujeto cuyo modelo es la persona física²⁷⁶. La cuestión de las condiciones que legitiman la aplicación de una pena, que presupone conceptualmente culpabilidad, al ente jurídico formado por un conjunto de personas no se puede resolver, por lo tanto, en el marco de estas concepciones de culpabilidad.

Por las mismas razones, tampoco resulta convincente la idea de la *culpabilidad de organización (Organisationsverschulden)*, también fundamentada en un

²⁷⁵ LANGE, R., "Zur Strafbarkeit von juristischen Personen", pág. 262. OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 17. ENGISCH, K., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, 1954, E 24; HARTUNG, F., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, 1954, E 43 ss.; HEINITZ, E., "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", Gutachten, *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, tomo I, 1953, pág. 85; JESCHECK, H.-H., "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände", pags. 212 ss.; el mismo, "Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Personenverbände", pags 542 s. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 196; SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pags. 282 y 284.

²⁷⁶ OTTO, H., *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbände*, pág. 18; SCHÜNEMANN, B., "Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht", pág. 284.

concepto social de culpabilidad²⁷⁷. Este concepto está afectado por los mismo problemas: siempre que se trate de hacer un "reproche", independientemente de que el mismo este orientado por cuestiones éticas o meramente sociales, habrá que referirlo a un sujeto con capacidad suficiente para poder "sentir" y reaccionar frente a un reproche. Si ya inicialmente estamos frente a un sujeto que no reúne ningún tipo de cualidades sensoriales, es evidente que será posible llegar a una solución satisfactoria.

Aunque el punto de partida metodológico de ROXIN hubiera permitido revisar el concepto de sujeto, dado que cuestionó la idea de culpabilidad basada en la posibilidad de actuar de otra manera ("*Andershandelnkönnen*"), su teoría *personal* de la acción²⁷⁸, como "exteriorización de la personalidad" (que muestra su funcionalismo, pero, como hemos tratado de demostrar, respecto de la *prevención especial*) excluye, consecuentemente, la responsabilidad de las personas jurídicas.

Por el contrario, la teoría social de la que parte JAKOBS (teoría de los sistemas) y la definición de la finalidad de la pena en el sentido de la estabilización de normas y *no* de protección de bienes jurídicos, permite cuestionar tanto el concepto de acción ("naturalista") como el de culpabilidad y dar un paso decisivo en la superación conceptual de los obstáculos que en la dogmática tradicional han impedido el reconocimiento de la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas. La *teoría de la acción*, entendida como comportamiento exterior evitable, se considera como una teoría del sujeto que no tiene porqué depender del carácter de una persona individual y de esta manera transforma totalmente el marco teórico en el cual se plantea la cuestión. La *culpabilidad*, a su vez, es entendida en *función* de la prevención general positiva, con independencia del poder obrar de otra manera; es decir, no como "alternativa de acción" del sujeto, sino como alternativa de elaboración del conflicto social por parte

²⁷⁷ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1172.

²⁷⁸ ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, § 8, III/42 ss.

de la sociedad, que tampoco presupone necesariamente un sujeto individual, aunque el Derecho positivo se limite a éstos. En este sentido, cabe recordar aquí las palabras de JAKOBS sobre la posibilidad de acción de la persona jurídica: "Ya en el caso de las personas naturales la comprobación no se resuelve sólo con criterio natural; por el contrario, se trata de una *determinación valorativa del sujeto de la imputación*, es decir, de qué sistema, compuesto por psiques y cuerpo, de acuerdo con sus efectos se debe valorar"²⁷⁹. Y en el marco de la culpabilidad afirma respecto de la persona jurídica, aunque no va ya más allá en sus explicaciones: "para la acción y para la culpabilidad, por lo tanto, las formas dogmáticas son las mismas (no sólo los nombres) tanto para la persona natural como para las jurídicas"²⁸⁰.

La concepción de JAKOBS sobre la función del Derecho penal determina, entonces, una nueva visión del *sujeto* del Derecho penal cuyo modelo ya no es exclusivamente el individuo y sus facultades personales. Tal concepción responde a la complejidad de las estructuras sociales que no permiten operar con un sujeto cuya única configuración esté dada por el hombre de carne y hueso. El nuevo modelo de sujeto se viene a determinar a partir de una idea de sociedad diferente a la que ha sido dominante hasta ahora.

Por ello el replanteamiento llevado a cabo por JAKOBS y la nueva visión de los problemas que implica puede permitir reorientar la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un replanteamiento de la idea de sujeto del Derecho penal. En este sentido, es posible extraer como puntos de partida, fundamentalmente, las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se puede afirmar que *el individuo no es el único sujeto posible del Derecho penal*. El individuo es el modelo de sujeto del Derecho penal que

²⁷⁹ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/44, pág. 149.

²⁸⁰ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6/45, pág. 149.

ha sido dominante y en función del cual se han elaborado las categorías dogmáticas de la acción y de la culpabilidad de la teoría del delito. Sin embargo, a pesar de que JAKOBS tiene en mente un modelo de sujeto, cuyo sistema está compuesto por psiques y cuerpo (es decir, un *sistema psíquico*), no niega la posibilidad de pensar en otras configuraciones del sujeto. Estas afirmaciones son un primer paso para replantear el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, JAKOBS no niega la posibilidad de que el sujeto pueda ser configurado a partir de los elementos de la persona jurídica: estatuto y órganos. El sujeto del Derecho penal es aquél que sea competente y no necesariamente el sujeto que realizó la acción. Dentro de estos parámetros no resulta imposible imaginar a la persona jurídica como un sujeto *competente* y, por lo tanto, como un sujeto imputable. Esta normativización del concepto del sujeto da una nueva perspectiva no sólo al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino la necesidad del replanteamiento general de la problemática del sujeto del Derecho penal, como preconcepto de su elaboración. En todo caso, el concepto del sujeto no se encuentra predeterminado ontológicamente, sino que depende de cada estado de evolución de la sociedad²⁸¹.

En segundo lugar, la nueva teoría de la acción de JAKOBS es, a su vez, como lo hemos visto reiteradamente, una teoría del sujeto. O, dicho con otras palabras, a partir de su idea del sujeto ha elaborado esta nueva concepción de la acción que puede ser desvinculada de las capacidades de una persona física toda vez que se entiende el sujeto concebido como un *sistema* de imputación.

En tercer lugar, también como causa de esta diferente comprensión del sujeto, se presenta un nuevo concepto de culpabilidad totalmente desligado de cualquier tipo de reproche. La idea de culpabilidad entendida de esta manera también se encuentra determinada por la idea de sujeto que sostiene JAKOBS.

²⁸¹ JAKOBS, G., "Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen", pág. 24 s.

Todas las elaboraciones de JAKOBS han puesto de manifiesto que es la idea de sujeto la que viene a determinar el contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Por otro lado, la idea del sujeto depende a su vez de la idea de sociedad. Y en este sentido, lo importante es el reconocimiento de la crisis en la que se haya el individuo como único modelo para la explicación de la sociedad. La crisis del paradigma jurídico penal basado en la idea del hombre individual, que podríamos llamar antropológico, está cambiando y estamos entrando en un nuevo contexto en el que el paradigma lo constituye la idea de sociedad. Dado que el Derecho penal trabaja sobre paradigmas pre-jurídicos, también este cambio está provocando una fuerte transformación del Derecho penal. La comprensión previa de los dogmas penales es, por lo tanto, cambiante²⁸² y actualmente se encuentra precisamente en un momento de cambio profundo que afecta a la idea del sujeto y, por lo tanto, a las categorías dogmáticas de la teoría del delito.

Por último, es preciso poner de manifiesto las diferencias entre las teorías organicistas y las teorías de los sistemas que ha servido a JAKOBS como fundamento para elaborar su tesis. De esta manera será posible evitar, al menos algunos, problemas malentendidos que puede generar su teoría.

Con razón ha dicho AMELUNG que "toda afirmación referida a hechos sociales está expuesta a la sospecha de introducir bajo las comprobaciones puramente prácticas determinados juicios de valor político y actitudes previas", señalando que esta afirmación vale sobre todo en relación a la teoría de los sistemas sociales²⁸³. Por ello ha propuesto un esclarecimiento de las implicaciones políticas de esta teoría, cuyas líneas fundamentales conviene recordar aquí, a pesar de que el contexto en el que AMELUNG formuló estas consideraciones no sea el mismo que el de esta investigación.

²⁸² BACIGALUPO, E., *Delito y Punibilidad*, Madrid, 1983, págs. 13 ss.

²⁸³ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 361.

La primera cuestión reside en las diferencias que separan a la teoría de los sistemas sociales de las antiguas teorías organicistas "promulgadas por parte de los conservadores"²⁸⁴. AMELUNG señala en este sentido tres puntos en los que unas y otras teorías se separan. En primer lugar, las teorías organicistas surgieron en contra de las explicaciones mecanicistas de la estructura de lo social, frente a las que se encuentra la visión intuitiva de la totalidad del cuerpo social. Aunque ambas teorías (las organicistas y la de los sistemas) tengan en común una reacción contra las explicaciones causales, lo cierto es que la teoría de los sistemas no opone al mecanicismo una consideración intuitiva total, "sino que procura precisamente lo contrario, pues con ayuda de los conocimientos de la teoría general de los sistemas -inclusive la cibernética- busca reafirmar el análisis social de la estructura social y preparar la matematización de la teoría de la sociología, que contradiría claramente la visión social del romanticismo"²⁸⁵.

La segunda diferencia concierne a cuestiones de legitimación. La teoría de los sistemas no intenta legitimar un elemento estructural existente, sino que se limita a constatar su función para el mantenimiento del sistema²⁸⁶.

En tercer lugar existe una significativa diferencia en el tratamiento de las relaciones entre el individuo y la comunidad. Mientras que en la teoría organicista conservadora "es típico que el individuo sea concebido como un miembro de la comunidad y de ellos, en determinadas circunstancias, deducen su valor, para la teoría de los sistemas es característico que no se formula ningún juicio de valor sobre la relación entre el individuo y la comunidad" (...) "Como "miembros" de un sistema social se pueden considerar, en todo caso, normas, roles, instituciones y

²⁸⁴ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 362.

²⁸⁵ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 362.

²⁸⁶ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 363.

subsistemas"²⁸⁷. En suma: "la teoría de los sistemas sociales es producto de la enajenación entre individuo y comunidad, mientras que las teorías organicistas procuran una superación de esta enajenación"²⁸⁸.

²⁸⁷ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 363.

²⁸⁸ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 363.

CAPÍTULO IV:
LAS SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS
ANTECEDENTES Y DERECHO VIGENTE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO POSITIVO
- III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
 - 1) Introducción.
 - 2) La legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración.
 - 3) Ilícito administrativo - Ilícito penal.
 - 4) Los principios rectores del Derecho Administrativo Sancionador.
 - 5) Conclusiones.
- IV. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
 - 1) Introducción.
 - 2) Penas aplicables a la persona jurídica.
 - a) Antecedentes constitucionales: La Constitución española de 1869.
 - b) Antecedentes legislativos.
 - b1) Proyecto de Código Penal de 1884.
 - b2) Penas aplicables a la persona jurídica en el nuevo Código Penal de 1995.
 - 3) Medidas de seguridad aplicables a la persona jurídica: El Proyecto de Código Penal de 1980.
- V. CONSECUENCIAS ACCESORIAS
 - 1) Propuesta de Anteproyecto de Código Penal 1983.
 - 2) Proyecto de Código Penal de 1992.
 - 3) Proyecto de Código Penal de 1994.
 - 4) Proyecto de Código Penal de 1995.
 - 5) El nuevo Código penal de 1995.
 - a) Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129.
 - b) Presupuestos de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129.
 - b1) Sistema de *numerus clausus*.
 - b2) Audiencia previa.
 - b3) Disposición de carácter facultativo.
 - b4) Motivación de la resolución.

- c) Las consecuencias accesorias como medidas cautelares.
 - c1) Concepto y función de la medida cautelar.
 - c2) Presupuestos.
 - c3) Elementos.
- d) Cuestiones de aplicación no determinadas.
- e) Las medidas del art. 129 en particular.
 - e1) Clausura.
 - e2) Disolución.
 - e3) Suspensión.
 - e4) Prohibición de realizar determinadas actividades.
 - e5) Intervención.

IV. CONCLUSIONES

**CAPÍTULO IV:
LAS SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS
ANTECEDENTES Y DERECHO VIGENTE**

I. INTRODUCCIÓN

La dificultad por compatibilizar las categorías dogmáticas de la acción y, fundamentalmente, de la culpabilidad para la aplicación de una sanción de carácter penal a las personas jurídicas, dio lugar, como ya hemos podido ir viendo, a que gran parte de la doctrina propusiera solucionar las dificultades planteadas derivando el tema a la aplicación de sanciones administrativas, sosteniendo fundamentalmente que en dicho marco jurídico se evitarían los problemas relativos a la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas.

En el presente capítulo se analizará la evolución de las consecuencias jurídicas que pueden ser impuestas a las personas jurídicas, así los antecedentes legislativos y las normas de derecho positivo. En este sentido, se hará también un estudio del Derecho administrativo sancionador, para determinar en qué medida son aplicables las sanciones administrativas a las personas jurídicas como sustitución de consecuencias penales.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL EL DERECHO POSITIVO

Ni en el Código Penal vigente, ni en la jurisprudencia¹ se acepta la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin embargo, el legislador ha intentado solucionar algunos de los problemas de imputación ocasionados por la organización empresarial actual mediante la figura del "actuar en nombre de otro" del antiguo art. 15 bis, introducido por la Ley de Reforma Urgente y Parcial de Código Penal (LO 8/83, de 25 de junio)², precepto contenido hoy -con ciertas modificaciones, a las que más adelante haremos referencia- en el art. 31 del NCP.

Este artículo establece de manera general las condiciones de la *responsabilidad de los órganos o representantes* de las personas jurídicas en los *delitos especiales propios*, es decir, aquellos en los que la autoría se fundamenta en un deber especial del titular de la acción. Se trata, pues, de un intento de eliminar las lagunas de impunidad que se generan cuando ese deber especial incumbe a la persona jurídica y no al representante que realiza el comportamiento que infringe el deber. En los delitos especiales propios la autoría depende de que el autor de la acción sea también el obligado por el deber especial cuya infracción es la base de la punibilidad³. El art. 31 NCP extiende así la responsabilidad penal a los sujetos no-cualificados, siempre que hayan obrado en representación de la persona jurídica que poseyera tal cualificación. De otra manera, el autor del comportamiento no sería punible como autor por carecer de la cualificación para el supuesto de hecho típico, ni como partícipe pues la persona

¹ SSTS 31. 1. 1973, 3. 7. 1992, 2. 5. 1993.

² Los antecedentes de este art. 15 bis son: L 50/1977, que introduce el nuevo texto del art. 319 CP, que se refería al problema de la evasión fiscal de una sociedad, entidad o empresa cometida por sus directivos, gerentes, consejeros, etc: En el Derecho penal especial se establece una regla similar en el art. 7.3 de la Ley de Control de Cambios (L 40/1979). El Proyecto de Código Penal de 1980 (art. 35) propuso una disposición similar, aunque más amplia, a la del art. 15 bis. También el Anteproyecto de 1983 en su art. 31 insiste en el texto del Proyecto de 1980.

³ KAUFMANN, A., *Lebendiges und Totes an Bindings Normentheorie*, 1954, págs. 138 ss. y págs. 141 ss.

jurídica no habría obrado de ninguna manera y toda participación presupone la concurrencia de la acción del partícipe en relación a la del autor. En los *delitos especiales impropios* el art. 31 no tiene aplicación, porque en éstos el autor no-cualificado puede ser autor⁴.

Aunque a veces se sostiene que esta solución adoptada por el legislador tiene la finalidad de cubrir lagunas de impunidad producidas por la negación de la capacidad de acción y de la capacidad de culpabilidad en las personas jurídicas, lo cierto es que ni el art. 15 bis ni el actual art. 31 no se refiere en absoluto a este tema y no es un paleativo para evitar los efectos indeseados por la vigencia del principio *societas delinquere non potest* en nuestro Derecho⁵.

En este sentido, es claro que el art. 15 bis tampoco presentaba una solución adecuada para la *actuación en nombre de otro*, pues, aunque esta disposición limitaba sus efectos a los representantes de las personas jurídicas, se trata, en realidad, de una cuestión genérica propia de la representación. Tanto es así, que el Proyecto de Código Penal de 1980 (art. 35) como la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (art. 31) incluían en general la *representación de otro* (voluntaria o legal). También el § 14 del Código penal alemán (StGB) se refiere a la representación de otra

⁴ BACIGALUPO, E., "La responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", Comentario al art. 15 bis, en *Comentarios a la Legislación Penal - La Reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, vol. 1., 1985, págs. 315, 316, 326. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal*, págs. 83. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Las actuaciones en nombre de otro", págs. 49 ss.

⁵ BACIGALUPO, E., "La responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", pág. 315. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal. II Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, 1986, págs. 79 ss. JAEN VALLEJO, M., "Comentario al art. 15 bis", en RODRÍGUEZ RAMOS, L./LÓPEZ BARJA, J., *Código Penal Comentado*, Madrid, 1990, pág. 122. MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", págs. 170 ss. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Las actuaciones en nombre de otro", *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nr. 20, 1984, págs. 49 ss. ZUGALDIA, J.M., "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", pág. 626.

persona natural, lo que viene a confirmar el punto de vista antes expuesto⁶. Es decir, que la actuación en nombre de otro no sólo debe ser aplicable al representante de una persona jurídica (art. 15 bis), sino que lo debe ser en general también para la representación de una persona física. Como así lo venía exigiendo la doctrina con carácter general⁷, esta situación se ha tenido en cuenta en la nueva redacción del art. 15 bis dada por el art. 31 NCP:

"El que actúe como *administrador de hecho o de derecho* de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obra."⁸

Por lo tanto, no es posible afirmar que el art. 15 bis ni el art. 31 sirvan para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que el representante continúa respondiendo *personalmente*⁹, aunque esta regulación, a veces, haya inducido a error incluso a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990, en la que se condenó al Director de una central térmica como autor de un delito contra el medio ambiente del art. 347 bis del antiguo CP, en virtud de lo previsto en el artículo 15 bis, "ya que el Director de la central era el representante de la empresa que realizó los vertidos contaminantes". La argumentación de esta sentencia pone de manifiesto,

⁶ BACIGALUPO, E., "La responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", pág. 326.

⁷ Por todos, BACIGALUPO, E., "La responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", págs. 315 ss. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, págs. 114 ss.

⁸ Para su comparación se transcribe también el texto del anterior art. 15 bis: "El que actuare como *directivo u órgano de una persona jurídica* o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y si en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

⁹ Confr. STS 3-7-1992. ZUGALDIA, J.M., "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", pág. 627.

por su error, que la regulación del actuar en nombre de otro no es una regulación que sirva para fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica. En la sentencia no se tiene en cuenta, precisamente, lo antes dicho: a) que la actuación en nombre de otro no es aplicable más que a delitos especiales propios, por lo que no es aplicable al delito ecológico, ya que es un delito común; b) que el Director de la empresa era efectivamente el autor del delito -así consta en los hechos probados-, pero no por permitirlo el art. 15 bis, sino porque fue el mismo quien "ordenó y permitió los vertidos", y c) que ni el art. 15 bis, ni el art. 31 NCP sirven para completar la falta de acción típica, sino sólo la falta de condiciones, cualidades o relaciones de quien realiza la acción típica¹⁰.

Tratar esta cuestión aquí tiene sentido, por consiguiente, exclusivamente para mostrar -frente a algunas confusiones sobre la interpretación doctrinal y jurisprudencial- que la figura de la actuación en nombre de otro *nada* tiene en común con el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta figura sólo permite imputar un delito al representante de una persona jurídica o de una persona física exclusivamente en el caso de los delitos especiales propios y no resuelve los problemas que se generan en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1) Introducción.

Con frecuencia la doctrina penal ha intentado derivar la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al ámbito del Derecho administrativo.

¹⁰ Como demuestra ZUGALDIA, J.M., "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad", pág. 627.

En este sentido, hay quienes han afirmado¹¹ que se debe admitir sin más cuestionamientos el principio *societas delinquere non potest* y que la discusión se debe basar en decidir la conveniencia de utilización de sanciones administrativas, penas o medidas de seguridad. Aunque considero que la consecuencia jurídica dependerá siempre de la decisión que se tome respecto de la cuestión de si es posible responsabilizar a las personas jurídicas -es decir, de la idea del sujeto- creo que sólo haciendo un breve estudio previo sobre estos tres tipos de sanciones, será posible llegar a una respuesta sobre qué tipo de sanción sería conveniente y también sobre lo que son las denominadas "consecuencias accesorias" previstas del art. 129 del nuevo Código Penal de 1995 y las previstas en sus antecedentes legislativos.

Sólo aclarando cuáles son los presupuestos que cada especie de sanción exige, es posible saber cuáles serían aplicables a las personas jurídicas.

Uno de los medios utilizados para el control de las conductas delictivas de las personas jurídicas relacionadas con su actividad empresarial son las sanciones administrativas. Estas tendrían frente a la sanción penal la ventaja no sólo de aportar la necesaria eficacia preventiva, sino especialmente la posibilidad de salvar las dificultades presentadas por el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas¹². La sanción administrativa sería una solución adecuada si fuera posible

¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., "De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", págs. 271 ss.; el mismo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual", en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 105; el mismo, "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", págs. 5090 ss.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español", Ponencia presentada en el Seminario Hispano-Alemán sobre la responsabilidad penal de los órganos de empresas y personas jurídicas, Universidad de Alcalá de Henares, marzo de 1993, en MIR PUIG, S./LUZON PEÑA, D. M., (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1997. En el mismo sentido, en "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual", pág. 108. TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1169. Ultimamente, confr. en general, RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, págs. 343 ss.

demostrar que el ilícito administrativo tiene naturaleza distinta del penal o, al menos, que las exigencias de éste no rigen respecto de aquél.

Por una parte, se afirma que resulta innecesario recurrir a la sanción penal para luchar contra la criminalidad de las personas jurídicas, porque el efecto preventivo general se logra mejor incriminando a sus representantes e imponiendo a la persona jurídica altas multas de carácter administrativo¹³. Sin embargo, este argumento no tiene en cuenta la frecuente impunidad que resulta en la actualidad como consecuencia de la despersonalización en la toma de decisión que existe en las empresas. Los criterios de división y de delegación del trabajo que rigen la organización de las empresas dificultan considerablemente la imputación de hechos a una persona determinada para detectar y probar responsabilidades, lo que se convierte en una de las mayores causas de impunidad¹⁴.

En cualquier caso, para poder afirmar o negar la efectiva conveniencia de establecer este tipo de sanciones susceptibles de ser aplicadas a las personas jurídicas, es necesario detenemos en un breve estudio sobre el Derecho Administrativo Sancionador. Su análisis pormenorizado nos permitirá con mayor conocimiento poder tomar postura frente a este solución propugnada por un amplio sector de la doctrina jurídico-penal para dar solución al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M., "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídica", pág. 271; el mismo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español", pág. 9.

¹⁴ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, págs. 15 ss.; el mismo, "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", *wistra* 2 (1982), pág. 41. RIGHI, E., *Derecho Penal Económico Comparado*, págs. 252 ss.

2) La legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración

La cuestión relativa a la legitimidad de la existencia de la potestad sancionadora de la Administración había sido considerada como obvia y compatible a su vez con la potestad sancionadora propia de los Tribunales¹⁵, si bien algún sector autorizado de la doctrina administrativista ponía ciertamente en duda la existencia de tal potestad¹⁶. A pesar del reconocimiento de la existencia de esta potestad sancionadora de la Administración, lo que sí había sido cuestionado era su legitimidad que tradicionalmente se consideraba como una emanación de la Policía¹⁷.

Sin embargo, se puede afirmar que hoy es doctrina dominante que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los Jueces y Tribunales, forma parte de un "genérico" *ius puniendi* del Estado, que es único aunque luego tenga lugar de dos formas distintas¹⁸, ya que a partir de su reconocimiento en la *Constitución Española de 1978* la discusión en torno a la existencia de la potestad sancionadora de la Administración ha quedado definitivamente zanjada. En efecto, esta potestad sancionadora de la Administración ha quedado expresamente reconocida y sujeta a garantías fundamentales en los artículos 9, 25 y 106 CE¹⁹.

¹⁵ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1993, pág. 75.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", REDA 10 (1976), pág. 399. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, págs. 106 ss. PARADA, R., "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", Poder Judicial 4 (1982), pág. 20.

¹⁷ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 74.

¹⁸ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 74.

¹⁹ Muy crítico respecto de este reconocimiento constitucional, PARADA, R., "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", pág. 20, donde sostiene: "...ninguna otra Constitución española, desde 1812 hasta aquí, se había atrevido a reconocer y santificar el poder punitivo de la Administración como lo ha hecho el artículo 25 de la de 1978 ... Este reconocimiento, insólito en el Derecho Constitucional comparado, ha originado que las sanciones administrativas ... hayan salido del régimen de tolerancia constitucional ... se trataba antes de un poder administrativo en precario, aceptado como una necesidad transitoria, pero que permitía mantener la esperanza de reconducirlo al Poder Judicial común. Ahora, la Constitución lo ha sacralizado y aquella ilusión se ha desvanecido."

En este sentido, el art. 9 CE establece en su párrafo primero que "los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Por otro lado, el párrafo tercero de este mismo artículo dice que "la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Con ello, se obliga a todos los poderes del Estado a la observación de las garantías propias de un Estado de Derecho y ello incluye, por lo tanto, también a la actividad administrativa²⁰.

En segundo lugar, el art. 25 CE reconoce en su párrafo primero que "nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Se establece así el reconocimiento del principio de legalidad también para las infracciones administrativas. A su vez; el párrafo tercero de dicho precepto excluye la posibilidad de que las sanciones administrativas puedan ser (directa o subsidiariamente) privativas de libertad, limitando así su alcance.

Por último, el art. 106 CE atribuye al Poder Judicial el control de "la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifiquen". En este sentido, se reconoce la garantía del control judicial del ejercicio de las facultades de la Administración²¹.

Independientemente de la conveniencia o no de la existencia de esta

²⁰ BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, pág. 17.

²¹ BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, pág. 18.

potestad es, por lo tanto, habitual encontrar tal reconocimiento²² tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²³.

En la actualidad, resulta de especial importancia la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, de 26 de noviembre de 1992, Ley 30/1992 (LRJPAC), Título IX "De la potestad sancionadora", en cuyo art. 127.1 se han procurado establecer los límites concretos a la potestad sancionadora de la Administración, recogiendo fundamentalmente el principio de legalidad. Más adelante nos detendremos en el análisis de esta ley.

Por lo tanto, lo que se puede afirmar en la actualidad es la existencia de la potestad sancionadora de la Administración y se debe resaltar que la discusión debe

²² El cuestionamiento de la potestad administrativa por algún sector de la doctrina administrativista - como ya se ha señalado - proviene fundamentalmente por considerarlo contrario al principio de división de poderes (entendido, seguramente, como se lo hace en el Derecho francés) y al consiguiente monopolio represivo de los jueces. Confr. en este sentido, PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, 7. ed., Madrid, 1995, pág. 497. Sin embargo, la problemática que podría traer aparejada el reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración no se parece presentar toda vez que las resoluciones dictadas por la misma sean susceptibles de ser recurridas ante los tribunales. Como tal posibilidad existe en nuestro ordenamiento y su reconocimiento también tiene rango constitucional (art. 106 CE), no parece que tal problema sea hoy tan relevante como se ha estimado. Ver en relación a toda esta discusión: NIETO, A., "Problemas capitales del Derecho disciplinario", *Administración Pública* 63 (1970), págs 39 ss. PARADA, R., "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *RAP* 67 (1972), págs. 41 ss.; en estos dos artículos se recoge un profundo análisis histórico de la cuestión. PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 497 y, especialmente, sobre la regla *nulla poena sine iudicio* págs. 523 s. GARCÍA DE ENTERRIA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", págs. 399 ss., quien planteó la necesidad de introducir un criterio limitador de la potestad sancionadora de la Administración respecto de las "sanciones administrativas de protección del orden general" y de la que se refiere a las "sanciones de autoprotección", es decir, "de las sanciones disciplinarias (...), sanciones de policía demanial, sanciones rescisorias de actos administrativos favorables y sanciones tributarias". En este mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, págs. 107 ss. Para un panorama sintético de esta discusión ver BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, Madrid, 1991, págs. 9 ss.

²³ Ver con mayores referencias, SORIANO FERNÁNDEZ-MORALES, P., "Derecho Administrativo y Derecho Penal: principios comunes", *AP*, 5/1988, pág. 256. NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 76. Referencias jurisprudenciales: STS 8 de octubre de 1988, STC de 3 de octubre de 1983.

centrarse en conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los Jueces y procesos penales²⁴.

3) Injusto administrativo - injusto penal

En el Derecho Administrativo, al igual que en el Derecho penal, se ha tratado de establecer desde antiguo la diferencia sustancial entre el *injusto penal* y el *injusto administrativo*. Especial importancia tuvo en la doctrina administrativista las elaboraciones que realizaron al respecto James GOLDSCHMIDT, Erik WOLF y Eberhard SCHMIDT²⁵.

GOLDSCHMIDT creyó encontrar la diferencia ontológica entre el injusto administrativo y el penal en que el Derecho penal protege derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados (según los canones clásicos de derechos individuales independientes del Estado), mientras que el Derecho administrativo debe proteger frente a la desobediencia de los mandatos emitido por la Administración, que no protegen bienes jurídicos ya existentes, sino que están al servicio de los deberes de orden público

²⁴ BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, pág. 18. NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 78, 127. PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 497. En este mismo sentido, las importantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976 (caso *Engel y otros*), de 21 de Febrero de 1984 (caso *Oztürk*) y de 25 de agosto de 1987 (caso *Lutz, Englert y Nölkenbockhoff*).

²⁵ GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902. WOLF, E., "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem", en *Festschrift für Reinhard FRANK*, vol. II, Tübingen 1930, pág. 516. SCHMIDT, Eb., "Probleme zum Wirtschaftsstrafrecht", *Süddeutsche Juristen Zeitung* 1948, pág. 225; el mismo, "Ausscheidung des Verwaltungsunrecht aus dem Strafrecht", *Referat, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (NiedStrKomm.)*, tomo 1, Bonn, 1956, pág. 333; el mismo, "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten", *JZ* 1951, pág. 101, y en *Festschrift für ARNDT*, 1969, pág. 415. BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 90.

y del bienestar y que por ello no contienen un desvalor ético²⁶. Según esta concepción se debe reprimir una lesión contra la integridad corporal por medio de una pena, mientras que el hecho de aparcar incorrectamente debe ser reprimido sólo por una sanción administrativa, dado que es el mismo Estado el que ha creado el objeto de la contravención, es decir, que no se trata de un interés espontáneamente surgido en la sociedad y, por tanto, tampoco de un bien jurídico.

Sin embargo, esta diferencia no es posible sostenerla en la actualidad, pues no hay duda de que ambos injustos, tanto el administrativo como el penal, lesionan bienes jurídicos²⁷.

Por lo tanto, parece que en la actualidad no existe una diferencia ontológica por su contenido, sino únicamente por la naturaleza de la sanción propuesta para cada una de ellos²⁸.

Según algunos autores la diferencia fundamental entre una sanción de carácter administrativo y una de carácter penal radica en el órgano competente para imponerla. Sólo existe una posibilidad formal de encontrar un criterio que permita distinguir entre un injusto penal y administrativo: son penas las que la Ley considera

²⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht*, págs. 529 ss.; el mismo, "Begriff und Aufgabe des Verwaltungsstrafrechts", GA 49 (1902), págs. 71 ss.

²⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte general*, pág. 33. ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2, XIII/39. ESER, A., *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Würzburg, 1961. MATTES, H., "Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten", ZStW 82 (1970), pág. 25. DELMAS-MARTY, M., "Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht", ZStW 98 (1986), pág. 794. SCHUMANN, en *Lexikon des Rechts*, Luchterland, 1991, pág. 7/800, 1/9. GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre", *Jueces para la Democracia*, nr. 16-17, 2-3, 1992, pág. 30.

²⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal - Parte General*, pág. 34. También en este sentido se expresa CEREZO MIR, J., "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo", *Anuario de Derecho Penal*, 1975, págs. 164, 165. BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 92. TORIO, A., "Injusto penal e injusto administrativo", en *Estudios sobre la Constitución Española - Libro Homenaje a E. García de Enterría*.

como tales y son aplicadas por el poder judicial, es decir por los jueces²⁹. Se trata, pues, de una distinción cuantitativa, ya que el único dato que permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica³⁰.

Cualitativamente, pues, su ilicitud sigue siendo la misma. La sanción será administrativa si se impone en virtud de las facultades correctivas y disciplinarias de la Administración. Y, por el contrario, será una pena si se impone en virtud del *ius puniendi* que corresponde al Estado y es aplicada por los órganos del poder judicial³¹.

ROXIN³² también sostiene que se trata preferentemente de una diferencia de tipo cuantitativo y no cualitativo. Sus argumentos son los siguientes:

Los hechos punibles y las infracciones administrativas no se diferencian por la existencia o falta de una lesión a un bien jurídico, pues ambos constituyen una lesión a un bien jurídico. Por el contrario, el criterio sustantivo de la delimitación entre ambos lo constituye el *principio de subsidiaridad*. El legislador debe recurrir a la sanción administrativa y a la sanción pecuniaria, en lugar de a la pena criminal, cuando la perturbación social se pueda subsanar mejor o de igual forma con una sanción administrativa que con una pena criminal. En algunas ocasiones la pena criminal se excluye desde el principio, porque, por su naturaleza, sólo puede ser aplicada a seres

²⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 92; el mismo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español", pág. 7; el mismo, "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", pág. 5095. REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, págs. 441 ss.

³⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal - Parte general*, págs. 34 ss. CEREZO MIR, J., "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo", pág. 165. RIGHI, E., *Derecho Penal Económico Comparado*, págs. 256 ss.

³¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal - Parte general*, pág. 34.

³² ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2 XIII/1.

humanos³³ (p. ej. las penas privativas de libertad). Por lo tanto, las personas jurídicas y las corporaciones, sólo podrán ser sancionadas con (altas) multas. En la mayoría de los casos la sanción administrativa será adecuada cuando la contravención de la ley exija una reacción estatal, aunque por su mínima peligrosidad social no necesite una pena criminal³⁴.

Tampoco se puede afirmar que los hechos punibles penalmente sean reprochables éticamente y, por el contrario, que las infracciones administrativas sean éticamente neutras. Más bien, que las infracciones administrativas sólo tienen en relación con los hechos punibles una menor gravedad, en tanto disminuye su peligrosidad social. Por ello, mismo se trata de una diferencia preferentemente cuantitativa, más que cualitativa.

De todo ello, se puede deducir que la delimitación entre un hecho delictivo y una infracción administrativa, empleando el principio de subsidiaridad, depende en un amplio margen de la decisión legislativa y no tiene un contenido legal obligatorio, pero que en el ámbito central de los hechos delictivos graves, su punibilidad está marcada por criterios de contenido³⁵. En definitiva, la decisión sobre lo que debe sancionarse por el Derecho penal o lo que debe considerarse una infracción administrativa la toma el legislador. Dado que la estructura de la norma es idéntica, la adscripción jurídica sólo puede deducirse de la denominación de la consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica de una infracción administrativa es siempre una multa

³³ ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 8 III/54 y 55, sobre la incapacidad de acción de las personas jurídicas.

³⁴ ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2 XIII/39, cita aquí como ejemplos el § 111 OWiG (dar un nombre falso a un funcionario), § 114 OWiG (entrar sin autorización en una instalación militar), § 117 OWiG (producción de ruidos no permitidos), § 118 OWiG (cualquier otra perturbación indebida de la normalidad). Sin embargo, estas infracciones resultan considerablemente leves comparado con los posibles delitos susceptibles de ser cometidos por una persona jurídica.

³⁵ También en este sentido CEREZO MIR, J., "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo", pág. 165. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, págs. 107 ss.

y debe estar contemplada en el texto legal como tal³⁶. Por ello, se debería hablar mejor en relación a una delimitación de contenido de una consideración cualitativa-cuantitativa, que de una diferencia exclusivamente cuantitativa³⁷.

También en el Derecho administrativo, la tesis de la identidad sustancial de las sanciones administrativa y penal es defendida especialmente por GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁸. Para estos autores, la potestad sancionadora de la Administración no es una potestad administrativa más y no participa de las demás potestades administrativas, sino que forma parte de la potestad punitiva del Estado. En este sentido, esta potestad debería de corresponder, dentro de las exigencias del principio de división de poderes, en exclusiva a los Tribunales de Justicia³⁹, por lo que su atribución a la Administración habrá de calificarse de excepcional. Pero, esta excepción no se refiere, a su dimensión cuantitativa, sino a su dimensión cualitativa⁴⁰.

En el orden formal, por el contrario, existen apreciables diferencias. Así, la autoridad, el procedimiento y la medida-sanción son de carácter administrativo. Pero,

³⁶ BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 1989, BOHNERT, Einleitung/3.

³⁷ En este mismo sentido, JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 3/10.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, E./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 4. ed., Madrid, 1993, págs. 147 ss. La opinión contraria, es decir, la tesis de la "especificidad", es sostenida por GARRIDO FALLA y por MONTORO, véase al respecto SUAY RINCÓN, J., "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", RAP 109 (1986), pág. 207.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRIA, E./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, págs. 147 ss. PARADA, R., "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", pág. 20.

⁴⁰ SUAY RINCÓN, J., "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", pág. 207.

estas diferencias de tipo formal no son suficientes para desnaturalizar la tesis de la identidad sustancial de las sanciones administrativa y penal⁴¹.

La finalidad de ambas sanciones, administrativa y penal, es la misma: castigar la conducta de un sujeto que ha infringido el ordenamiento jurídico⁴². En este sentido, a partir de la Ley de Contravenciones al Orden alemana (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG⁴³) se ha elaborado una clara definición del concepto de *infracción administrativa*: las infracciones administrativas son delitos que el legislador pretende sancionar fuera del ámbito del Derecho penal y cuyas sanciones son impuestas, en primer término, por la Administración⁴⁴. Esta ley establece en su § 1 OWiG la siguiente determinación de la definición del concepto:

"(1) Una sanción administrativa es una acción antijurídica y reprochable que realiza el tipo penal de una ley que permite el castigo por medio de una multa."⁴⁵

Según la idea tradicional las infracciones administrativas son contravenciones de bagatelas que se encuentran tipificadas en un tipo legal. Esta descripción se refiere a que el Derecho de las infracciones administrativas se encuentra junto al Derecho penal⁴⁶.

⁴¹ SUAY RINCÓN, J., "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", pág. 204.

⁴² SUAY RINCÓN, J., "El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma", pág. 204.

⁴³ *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, BGBl. III, pág. 454-1, en su versión de 19 de Febrero de 1987 (BGBl. I, pág. 602), modificada por Ley de 17 de Mayo de 1988 (BGBl. I, pág. 606).

⁴⁴ BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* - BOHNERT, Einleitung/1.

⁴⁵ § 1 OWiG: "(1) Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt".

⁴⁶ BOUJONG, K., *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - BOHNERT, Einleitung/2.

También en este sentido se venía desarrollando la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconociendo la identidad entre el injusto administrativo y el injusto penal. Así, por ejemplo, STS de 9 de Febrero de 1972:

"... las contravenciones tipificadas (en un reglamento administrativo) se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal..."⁴⁷.

Por lo tanto, se puede afirmar que la jurisprudencia ofrece una consolidada doctrina sobre la tesis de la identidad sustantiva del injusto administrativo y del penal⁴⁸.

En este sentido, también resulta relevante respecto de la indiferenciación ontológica entre los injustos administrativos y los penales la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos STEDH de 21 de Febrero de 1984 (el caso *Oztürk*), en que el Tribunal afirma expresamente que el "Convenio de Roma no impide a los EEMM establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas por el derecho interno". La sentencia hace también especial hincapié en la cuestión esencial que rodea este tema, es decir, la necesidad de que ambos injustos estén abarcados por las mismas garantías mínimas de su régimen jurídico.

Se puede afirmar, pues, que tanto la doctrina (penal y administrativista) como la jurisprudencia no logran establecer criterios de diferenciación entre ambos tipos de injustos. Por lo tanto, lo importante es exigir la necesidad de que ambos tipos de infracciones se juzguen teniendo las mismas garantías para la aplicación de la sanción.

⁴⁷ Aranzadi 876. Sentencia que fue calificada por la posterior STS de 13 de octubre de 1989 (Aranzadi 8386) como "decisión histórica", como "leading case" y como "el origen y partida de la equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado". Ver NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 126.

⁴⁸ SSTS 9 de Febrero de 1972, 31 de Octubre de 1972, 20 de Enero de 1987, 13 de Mayo de 1988.

4) Los principios rectores del Derecho Administrativo Sancionador

En el ámbito de los principios que deben regir al Derecho Administrativo Sancionador tampoco ha sido posible desligar este estudio de los principios rectores del Derecho penal. En este sentido, ya lo había venido exigiendo la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁹ y del Tribunal Constitucional⁵⁰.

En este sentido, el Tribunal Constitucional también ha tenido la oportunidad de referirse a los principios inspiradores del Derecho Penal en relación con el Derecho Administrativo, y especialmente a la exigencia del principio de culpabilidad en la aplicación de sanciones administrativas. Ha sostenido 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 Estado⁵¹.

⁴⁹ STS de 9 de junio de 1986, en la que se ponía de manifiesto la necesidad de emplear los "principios valorativos e interpretativos del Derecho penal" como "criterios técnico-jurídicos comunes y unitarios". SSTS de 16 de diciembre de 1986 y de 20 de enero de 1987, en las que se resalta la vigencia de los principios de presunción de inocencia, de legalidad y de interdicción de arbitrariedad para un procedimiento administrativo sancionador.

A su vez, el Tribunal Supremo ha sostenido en estas mismas sentencias (SSTS 16 de diciembre de 1986, 20 enero de 1987 y 13 de junio 1990) que "la potestad sancionadora de la administración, dentro de la función de policía en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal, obteniendo en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción y desde la audiencia al interesado a la *reformato in peius*".

⁵⁰ En relación al principio de legalidad, por ejemplo, se pueden citar las siguientes sentencias: SSTC 25/84 y 140/86, en las que se trató la cuestión de la reserva de ley orgánica.

⁵¹ Esta afirmación fue efectuada por vez primera en la STC de 8 de junio de 1981; con posterioridad en STC de 7 de octubre de 1983 y STC 18/1987. En este sentido, también se habían expresado numerosas sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo STS de 8 de abril de 1981: "Los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala IV de 29 de septiembre, de 4. y 10 de noviembre de 1980), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales".

(continúa...)

Por lo tanto, merece ser resaltada la sentencia del Tribunal Constitucional 18/81, en la que se afirma *-por vez primera-* 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, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo"⁵².

Sin embargo, en otra oportunidad tuvo oportunidad de constatar la imposibilidad de hacer un traslado en bloque de las garantías que limitan el "ius puniendi" de los Tribunales de Justicia y ha aludido a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador. 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 naturaleza⁵³:

"no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal (...) pues la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho Administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico."

En consecuencia con toda esta doctrina doctrinal y jurisprudencial fue elaborada la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)*, de 26 de noviembre de 1992 (L

⁵¹(...continuación)

Al respecto puede consultarse GARCÍA DE ENTERRIA, E., "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional", REDA, 29 (1982), pág. 359 ss. SUAY RINCÓN, J., "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción", RAP (123), 1990, pág. 163.

⁵² En esta sentencia se afirmaba, además, que -bajo tales condiciones- la potestad sancionadora de la administración resultaba compatible con el principio de la división de poderes. Confr. también en este sentido, STC 2/87.

⁵³ STC 22/1990, de 26 de abril.

30/1992), donde en el Capítulo I del Título IX sobre la potestad sancionadora se recogen los principios a los que debe estar sometida dicha potestad de la Administración. Como señala en este sentido la *Exposición de Motivos* de la misma:

"..... la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y los administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras del principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o "ratio democrático" en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, interdicción de la analogía, etc.

Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en ejercicio de sus competencias."

Así se recogen el principio de legalidad (art. 127) y la consiguiente irretroactividad de las leyes, salvo la ley posterior más favorable (art. 128), la exigencia de tipicidad de las infracciones y sanciones (art. 129) y la prohibición de analogía *in malam parte* (art. 129.4)⁵⁴.

El proceso de asimilación material de las sanciones administrativas al régimen del Derecho penal se proyecta también sobre los aspectos subjetivos de la conducta infractoria y sus exigencias de los elementos subjetivos que permiten un juicio de reprochabilidad sobre los responsables⁵⁵. Por esta razón, también se venía exigiendo por parte del Tribunal Supremo la necesidad de la concurrencia del *principio*

⁵⁴ No me centraré en el análisis y contenidos de estos principios, pues son conocidos. Me ocuparé especialmente del estudio referente al principio de culpabilidad y a su relación con la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con especial hincapié en el artículo 130 LRJPAC.

⁵⁵ PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 531.

de culpabilidad⁵⁶. En la actualidad resulta prácticamente indiscutida ya la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, desterrándose definitivamente la responsabilidad objetiva⁵⁷.

Dentro de esta misma cuestión sobre la exigencia del elemento de culpabilidad se suscita precisamente el tema de si pueden o no ser sancionadas las personas jurídicas en el Derecho Administrativo Sancionador.

Concretamente, en relación al *principio de culpabilidad* resulta de especial importancia la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, ya que se refiere a una de las pruebas de fuego de la vigencia del principio de culpabilidad en el marco del Derecho Administrativo Sancionador: es decir, a *su aplicación a las personas jurídicas*. En esta sentencia se sientan las siguientes bases respecto de la culpabilidad de las personas jurídicas:

- la persona jurídica es responsable directa de la sanción administrativa, pues tiene capacidad infractora;
- los principios del Derecho Penal son aplicables al Derecho Administrativo sancionador, porque ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, (STC 18/1987 por todas);
- también lo es el principio de culpabilidad, porque es inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa, en la medida que la sanción de dicha

⁵⁶ En este sentido, el primer antecedente se encuentra en la STS de 16 de febrero de 1962, sin que la misma fuese secundada por ulteriores sentencias de la época. A partir de los años 80 esta exigencia viene siendo reiterada y puede considerarse ya consolidada: SSTS de 23 de marzo de 1982, 4 de octubre de 1982, 5 de octubre de 1982, 26 de diciembre de 1983, 4 de marzo de 1984, 13 de marzo de 1984, 23 de octubre de 1987, 30 de enero de 1988, 5 de febrero de 1988, 16 de marzo de 1988 (donde se exige la concurrencia del principio de culpabilidad como exclusión de la posibilidad de sancionar con la mera existencia de responsabilidad objetiva), 17 de diciembre de 1988, 10 de febrero de 1989, 13 de octubre de 1989, 17 de octubre de 1989, 7 de diciembre de 1989, 16 de febrero 1990, 27 de febrero de 1990.

⁵⁷ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 298 ss. PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, págs. 531 ss.

infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, (STC 76/1990);

- ello 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. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir 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 una medida 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".⁵⁸

Por consiguiente, se afirma que hay culpabilidad en la responsabilidad de las personas jurídicas y por ello se le reconoce capacidad infractora. El Tribunal parece equiparar aquí la culpabilidad con la capacidad infractora y creo que, a pesar de la buena intención, confunde los términos. A pesar del esmero del Tribunal en tratar de sentar las pautas con las que se debe aplicar el principio de culpabilidad a las personas jurídicas, no es posible saber cuál es esa "forma distinta" de aplicación⁵⁹.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común aborda pues, como ya habíamos adelantado, en su art. 130 la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas dentro del Derecho Administrativo Sancionador, estableciendo lo siguiente:

⁵⁸ STC 246/1991, Fundamento Jurídico 2.

⁵⁹ Para un claro análisis crítico sobre esta STC 246/1991 confr. LOZANO, B., "La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo", RAP (129) 1992, p. 211.

"1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la existencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo en su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se comentan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores".

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Sancionador no es lo suficientemente clara en relación a la exigencia de la *culpabilidad*, como hubiese sido de desear, pues no contiene ninguna referencia explícita, ni tampoco alude de forma alguna a la voluntariedad, a la intencionalidad o a la culpa del autor de la infracción⁶⁰. Es más, con la alusión a la "*responsabilidad a título de simple inobservancia*"⁶¹ el texto de la ley parece admitir

⁶⁰ PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 532.

⁶¹ Al respecto sostiene GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., en "Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992", pág. 32, que la alusión a la "inobservancia" no se puede interpretar en el sentido de que se refiera a la norma prohibitiva, dado que la simple comisión de la conducta prohibida no pueda dar lugar a sanción si no va acompañada de la culpabilidad del infractor. En este sentido ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional sosteniendo que un régimen de responsabilidad objetiva en materia sancionadora sería inconstitucional (SSTC 76/90 y 246/91). Prosigue GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO que la "inobservancia" a la que se refiere el art. 130 ha de interpretarse en relación al "deber de cuidado". Si no existe inobservancia del deber de cuidado exigible al sujeto, la "inobservancia de la norma" no justifica la imposición de la sanción. Ahora bien también es cierto que del mismo modo en que la culpabilidad dentro de ámbito administrativo sancionador debe ser matizado el principio de culpabilidad, sería suficiente operar en este campo con la simple "culpa in vigilando", que si no entra en juego en el Derecho penal criminal es debido a que el mismo no se incrimina la participación imprudente en el delito o falta, sea a su vez dolosa o imprudente. "Culpa in vigilando" que como mínimo sería exigible para la imposición de las sanciones a las que se refiere el artículo 130.

En sentido contrario, BAJO FERNANDEZ, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual", pág. 114, quien sostiene al respecto que "para el legislador basta, para incurrir en responsabilidad con incumplir el dictado de la norma".

la responsabilidad sin culpa, y lo mismo pudiera inferirse -siguiendo las afirmaciones de PARADA- cuando incluye entre los criterios que sirven para graduar la responsabilidad la concurrencia de la intención del infractor, de lo que parece deducirse que sin intencionalidad también sería posible la sanción⁶².

Sin embargo, tal interpretación sería contraria a toda la interpretación que se ha ido elaborando a fin de equiparar los principios reguladores de la actividad administrativa sancionadora con los principios del Derecho penal⁶³. Si bien esta Ley no hace referencia alguna al principio de culpabilidad, podría deducirse, como sostiene BAJO⁶⁴, de la consagración del principio de proporcionalidad (art.131) y de la presunción de inocencia (art. 137), sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ya lo haya entendido deducible de la Constitución. Por otro lado, como ya se ha dicho, la culpabilidad tiene que estar presente siempre como impone la Jurisprudencia de los últimos años⁶⁵ elevando este requisito esencial a pieza básica del Derecho Administrativo Sancionador⁶⁶.

⁶² PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 532.

⁶³ BACIGALUPO, E., *Sanciones Administrativas*, pág. 33. NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 340. PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 533. GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre", pág. 33. En sentido contrario, BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español", págs. 20 s., quien sostiene que: "Debemos reconocer, sin rasgarnos las vestiduras, que es imposible mantener el principio de culpabilidad frente al Derecho administrativo (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. Y nos es que en este caso haya de entenderse de un modo distinto, sino que lisa y llanamente no se exige por imposibilidad conceptual." En el mismo sentido, en "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", págs. 5090 s.

⁶⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español", pág. 18.; el mismo, "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", pág. 5095.

⁶⁵ Confr. al respecto las referencias citadas en la nota número 56.

⁶⁶ PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 533. Ultimamente, DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, págs. 201 ss.

Por otro lado, hay autores -como NIETO- que han intentado dar un contenido propio al principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador diferente al exigido en el Derecho penal. El principio de culpabilidad elaborado por NIETO, para quien la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas pero no en los mismos términos que en el Derecho Penal⁶⁷, tiene dos elementos: a) la *diligencia exigible* y b) la *buena fe*.

a) El primer elemento, es decir, la existencia de *diligencia exigible* se determinaría en función de si el infractor estaba o no obligado a conocer el injusto⁶⁸. Esta fundamentación tiene lugar por la consideración de que el repertorio de injustos que existen en el Derecho Administrativo son inabarcables y el Estado no puede exigir al ciudadano que los conozca todos. En el Derecho penal, por el contrario, el repertorio de injustos es, en opinión de NIETO, lo suficientemente breve como para coincidir a grandes rasgos con la conciencia popular⁶⁹. Por lo tanto, en el Derecho Administrativo el ciudadano no puede conocer los injustos que día a día van creando las normas, pero tampoco se puede refugiar en su ignorancia. De aquí surgiría entonces la obligación genérica no ya de conocer todo el repertorio de injustos, sino de procurar conocerlos. En cada caso concreto se deberá, por lo tanto, determinar si el autor conocía o no el injusto; dicho en otras palabras, si el infractor era o no culpable⁷⁰.

b) Por otro lado, el segundo elemento que debe concurrir para estimar la culpabilidad es la *buena fe*. Esta funcionaría como un complemento de la diligencia exigible. La buena fe se refiere fundamentalmente a las relaciones entre la Administración y el administrado. También aquí establece NIETO una comparación con el Derecho penal a fin de determinar el contenido de la buena fe para el Derecho

⁶⁷ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 303 ss.

⁶⁸ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 304.

⁶⁹ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 303.

⁷⁰ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 304.

Administrativo. A su entender el Derecho penal se ocupa de *bienes jurídicos* que están *individualmente identificados*, mientras que el Derecho Administrativo Sancionador, salvo excepciones, se ocupa de *bienes jurídicos generales, colectivos o públicos*⁷¹. En este sentido, no existe una persona individual titular de un bien jurídico agredido por el autor de una infracción administrativa, salvo los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. La Administración le compete, por lo tanto, la protección de intereses generales. En la relación entre el administrado y la Administración opera siempre la buena fe, entendida como confianza legítima en una determinada conducta tolerante de la Administración que puede exonerar de responsabilidad⁷².

Basándose en ese sentido en antecedentes jurisprudenciales⁷³, en los que se ha considerado que no es justo sancionar a quien ha obrado de buena fe o, por el contrario, se ha sancionado a quien no obró en ese sentido por incumbirle un deber específico de vigilancia derivado de su profesionalidad, sostiene por último que la buena fe es un elemento complementario para determinar la culpabilidad del infractor y que su eficacia se pone de manifiesto como *causa de exclusión de la culpabilidad*⁷⁴.

NIETO sostiene, por lo tanto, que en lugar de una culpabilidad común a todos los injustos sin perjuicio de las peculiaridades de los administrativos, se podría afirmar igualmente la diversidad sustancial de regímenes de culpabilidad sin perjuicio de sus elementos comunes⁷⁵. Así afirma que la responsabilidad por infracciones

⁷¹ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 304.

⁷² NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 304.

⁷³ SSTs de 15 de febrero de 1965, 12 de marzo de 1975, 10 de marzo de 1978, 5 de febrero 1992.

⁷⁴ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 305.

⁷⁵ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 305.

administrativas se aparta llamativamente de la responsabilidad criminal para aproximarse a la responsabilidad civil⁷⁶.

Tampoco NIETO puede obviar hacer referencia a cómo ha de funcionar la exigencia de culpabilidad en relación a las personas jurídicas y a la interpretación del art. 130. 1 LRJPAC que establece la responsabilidad de éstas. En este sentido, sostiene que las personas jurídicas son insusceptibles de una imputación como la culpabilidad, ya que ésta se encuentra reservada por su propia naturaleza a los seres humanos⁷⁷. Por lo tanto, de lo que se trata aquí es de llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción⁷⁸. De ahí, afirma NIETO que de la evidente incapacidad de las personas jurídicas para ser culpables en sentido estricto no se debe deducir su impunidad, sino algo muy diferente: que no hay que exigirles tal culpabilidad⁷⁹. Ello se puede deducir a su entender de la llamada teoría del órgano, ya que ésta permite imputar jurídicamente a la persona jurídica la actuación que realizan las personas físicas que la integran. Por ello mismo, si la persona jurídica se beneficia de todos los actos provechosos realizados por sus órganos, igualmente debe responder de todos los actos perjudiciales. La persona jurídica será, entonces, responsable si se ha beneficiado de los efectos favorables del hecho, independientemente de que la persona física haya actuado con órdenes expresas o no⁸⁰. Y concluye, definitivamente, que si bien la autoría o la imputación de la infracción exige culpabilidad, no lo hace así la

⁷⁶ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 343.

⁷⁷ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 305.

⁷⁸ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 312.

⁷⁹ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 312. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho Administrativo español", pág. 20.

⁸⁰ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 313.

responsabilidad realizada *ex lege* del art. 130.1 LRJPAC en relación a las personas jurídicas⁸¹.

Sin embargo, después de todos los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, ya mencionados, no parece claro que frente a la primera dificultad que la aplicación de dicho principio plantea se elimine sin más tal exigencia respecto de las personas jurídicas. En este sentido, hay que sostener con PARADA que, diga lo que diga la ley (se refiere al art. 130.1 LRJPAC), no se puede dar infracción alguna, penal o administrativa, sin el elemento de la culpabilidad⁸². En este sentido, pone como ejemplo numerosas leyes sectoriales en las que sin excepción se descarga toda la artillería sobre la sociedad, olvidando, por otro lado, sancionar a sus directivos. Por ello, concluye afirmando la necesidad de que el Derecho Penal se ponga en línea extendiendo la punición pecuniaria a las personas jurídicas para llegar en el futuro a una solución armónica y unitaria de uno y otro ordenamiento⁸³.

⁸¹ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 341.

⁸² PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 533. En este sentido, hace especial referencia al modelo de las sanciones administrativas adoptado en Alemania por la Ley de contravenciones al orden (OWiG - Gesetz über Ordnungswidrigkeiten de 24.5.1968 (BGBl. I, pág. 481), reformada por Ley de 2.1.1975 (BGBl. I, pág. 80 y 520.), que contiene las siguientes bases: el § 30 OWiG impone multas contravencionales, entendidas como sanciones directamente aplicables a las personas jurídicas, por un delito o contravención relacionado con la actividad o giro de la persona jurídica realizado por un representante de la misma, sea porque supone violar deberes que vinculan al ente o porque le procura u obtiene un beneficio patrimonial. En este sentido, la ley de contravenciones alemana contiene una pieza complementaria del sistema de la responsabilidad de las personas jurídicas: el § 130 OWiG describe una contravención mediante el tipo propio de omisión y dice: "El que como titular de una unidad de producción (Betrieb) o una empresa omite dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia necesarias para prevenir en dichos establecimientos infracciones de deber que le competen como titular y cuya infracción está sancionada como delito o como infracción administrativa, si se ha cometido una infracción que hubiere podido ser evitada mediante la correspondiente vigilancia". Es decir, se establece además de la responsabilidad propia de la persona jurídica, la responsabilidad *in vigilando*. Por otro lado, la utilización de la multa se fundamenta, porque ésta tiene un carácter represivo y, por ello, también presupone un comportamiento reprochable. Pero, no por ello la imposición de una multa debe depender un reproche de culpabilidad, en el sentido de un reproche ético, ya que la multa no es expresión de un juicio de desvalor ético. En este mismo sentido, BOUJONG, K., *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* -CRAMER, P., vor § 30, NM 17.

⁸³ PARADA, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, pág. 536.

Esto nos lleva a pensar que si no es posible prescindir del principio de culpabilidad para aplicar una sanción administrativa continuamos enfrentados al mismo problema que en el Derecho Penal. Esta razón va a conllevar, necesariamente, a una revisión los conceptos clásicos de acción y culpabilidad también en el marco del Derecho Administrativo Sancionador, al igual que ya han tenido lugar en el Derecho Penal⁸⁴.

Los partidarios de este tipo de sanciones para las personas jurídicas, sostienen -como se ha visto- fundamentalmente su conveniencia político-criminal en poder evitar así el costo dogmático de tener que revisar los conceptos clásicos del Derecho Penal, pudiendo obtener igualmente el fin preventivo. Se agrega además que resultan de mayor eficacia en la lucha contra este tipo de criminalidad, porque las normas del procedimiento penal están pensadas para garantizar los derechos fundamentales de la persona y ello constituiría un gran obstáculo contra la pretendida eficacia, lo que se evitaría mediante el procedimiento administrativo⁸⁵. El sentido que tiene, para algunos autores, negar el carácter de penas a las sanciones que se impone a las personas jurídicas no tiene más que una razón de ser: salvar los principios garantistas de la libertad individual frente al poder político, es decir, el de culpabilidad y el de la personalidad de las penas⁸⁶.

La conveniencia político-criminal de optar por sanciones administrativas o penales no se debe, sin embargo, lograr a cualquier precio. En este sentido, hay que

⁸⁴ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "Una vez más sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", pág. 713.; en opinión contraria, BAJO FERNÁNDEZ, M., "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", pág. 271.

⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., "De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", pág. 271.

⁸⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español", pág. 9.

afirmar -como sostiene RIGHI⁸⁷- que la lucha contra la delincuencia que involucra a corporaciones no se puede basar en la elección de un *procedimiento* que flexibilice garantías; las garantías procesales deben preservarse en todo sistema de enjuiciamiento, sea física o jurídica la persona contra la que se formula una pretensión punitiva y es erróneo pensar que un procedimiento menos garantista obtiene mayor eficacia⁸⁸.

Por lo tanto, si se sigue la tesis de la identidad sustancial de las sanciones administrativas y penales, también hay que afirmar la necesidad de aplicar en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador los principios inspiradores del Derecho Penal⁸⁹. De esta manera, los problemas existentes para sancionar penalmente a las personas jurídicas se reproducen -aunque se pretenda recurrir como alternativa- en el Derecho Administrativo Sancionador. Consecuentemente, la exigencia de una acción y de culpabilidad del sujeto seguirán siendo obstáculos para la aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas. En este sentido, no podemos encontrar una solución a este tema por vía del Derecho Administrativo Sancionador. Ello no significa que las sanciones administrativas no puedan ser efectivas y que sólo sea posible lograr la efectividad deseada en marco de las sanciones penales. En todo, sólo significa que que en el Derecho administrativo sancionador no es posible prescindir de la culpabilidad a la hora de imponer una sanción administrativa a una persona jurídica.

⁸⁷ RIGHI, E., *Derecho Penal Económico Comparado*, pág. 256.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, B., "Crisis del procedimiento penal?", Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, no. 8, 1992, págs. 49 ss.

⁸⁹ Sobre esta cuestión, especialmente, GARCÍA DE ENTERRIA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", REDA 10 (1976), pág. 409. PARADA, R., "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", RAP 67 (1967), pág. 41.

IV. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

1) Introducción.

La pena y la medida de seguridad constituyen el punto de referencia común de todos los preceptos penales. Ello significa que el Derecho Penal se encuentra definido en un sentido formal por el tipo de sus sanciones. Un precepto pertenece al Derecho Penal, porque su vulneración es sancionada con una pena o una medida de seguridad⁹⁰.

Lo decisivo es la diferencia entre ambas sanciones penales: toda pena supone la culpabilidad del autor en la comisión del hecho y toda medida de seguridad, por el contrario, presupone una peligrosidad futura del autor⁹¹. La culpabilidad es pues el fundamento para la medición de la pena. En principio, la imposición de medidas de seguridad se basa sobre acciones -de valor sintomático en cuanto a la peligrosidad- del propio sujeto a quien se somete a la medida⁹². Si el autor carece de culpabilidad, entonces se excluye la punibilidad del autor. Por el contrario, podrá ser objeto de una medida de seguridad, siempre que el autor resulta peligroso para la generalidad⁹³.

Las medidas de seguridad se basan sobre la idea de la peligrosidad del autor que no puede ser eliminada por la pena. El fin de la medida de seguridad es pues

⁹⁰ ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 1/2.

⁹¹ JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, pág. 94.

⁹² RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal - Parte general*, pág. 230.

⁹³ ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1/2. JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1/53 ss. Confr. también los comentarios sobre las medidas de seguridad en SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, *Strafgesetzbuch*, vor §§ 61 ss.

de carácter *preventivo*⁹⁴. Su primera función es preventivo-especial, ya que con la aplicación de la medida de seguridad se evitan futuros hechos delictivos del sujeto al que se le impone. Junto a ésta, tienen la mayoría de las medidas de seguridad también una función preventivo-general y esta es su fin secundario⁹⁵.

Por consiguiente, desde el punto de vista de su fin no existen diferencias fundamentales entre una pena y una medida de seguridad. La pena y la medida de seguridad no se diferencian pues en su fin, sino en los criterios de la limitación que existe entre ambas. La medida de seguridad no depende ni en su gravedad ni en su duración de la medida de la culpabilidad, sino que sólo depende del principio de proporcionalidad, permitiendo mayores injerencias que las que le están permitidas a la pena⁹⁶ pues tiene en cuenta la relación entre la medida, el daño social producido y la peligrosidad del autor.

Por otro lado, descartando todas aquellas finalidades de las medidas de seguridad que se podrían orientar en fines meramente utilitarista, se ha reafirmado que las medidas de seguridad también se deben adecuar a una justificación ética que se logrará toda vez que aparezcan como un medio dirigido a la recuperación de la dignidad humana⁹⁷. En este sentido, otro de los fundamentos de las medidas de seguridad se basaba, pues, en la idea de que toda libertad externa o social se justifica, en última instancia, en la posesión de una libertad interna o ética. Por lo tanto, la persona que no tiene esa libertad interna, regida por una autodeterminación ética (como un enfermo

⁹⁴ JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pág. 87.

⁹⁵ ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 3/54 ss.

⁹⁶ RODRIGUEZ MOURULLO G., "Cara y Cruz de las sanciones penales", Cuadernos para el Diálogo, 1963, pág.50.; el mismo, "Significado político y fundamento ético de la pena y la medida de seguridad", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1965, pág. 25. En general, confr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, págs. 131 ss.

⁹⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, G., "Cara y cruz de las sanciones penales", pág. 49. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pág. 84.

mental), no puede reclamar una plena libertad social⁹⁸. Planteada así la cuestión, el fundamento ético de la medida de seguridad entraña -para este sector doctrinal-, al igual que el criterio retributivo en el ámbito de la pena, una garantía política para el individuo⁹⁹.

Sin embargo, parece poder sostenerse -como señala ROXIN- que la justificación de una medida de seguridad sólo se puede fundamentar en el *principio de ponderación de bienes*. Desde este punto de vista, es evidente que una medida de seguridad no puede ser ordenada, a pesar de la existencia de peligrosidad, cuando sea desproporcionada a la importancia de los hechos cometidos y esperados en el futuro del autor, al igual que lo sea respecto de la peligrosidad. El principio de proporcionalidad surge de la idea del Estado de Derecho y tiene, por lo tanto, rango constitucional y concreta el principio de la ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros ocasionados por el autor se deben asumir, a pesar del interés preventivo de su evitación, si son inferiores a la pérdida de libertad que sufriría el afectado por la medida de seguridad¹⁰⁰.

Como hemos afirmado la medida de seguridad se asemeja a la pena, pues ambas suponen una restricción de derechos. En este sentido, ha afirmado el Tribunal Constitucional que aunque se sostenga que la pena es un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, en el fondo, tanto una como otra constituyen privaciones o restricciones de derechos impuestas en el ámbito penal, por lo que ambas deben ser consideradas como auténticas "sanciones penales". Como tales, prosigue el Tribunal, ambas deben estar sometidas por igual a las mismas garantías constitucionales (concretamente se refiere

⁹⁸ WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, pág. 245.

⁹⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, G., "Significado político y fundamento ético de la pena y la medida de seguridad", pág. 28. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pág. 85.

¹⁰⁰ ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 3/57.

al principio de legalidad y al principio de culpabilidad), ya que salvo las medidas se imponen a los inimputables, las restantes (p.ej. contra rufianes, delincuentes habituales, etc.) exigen la previa comprobación de la culpabilidad del autor¹⁰¹.

Por consiguiente, se puede concluir que *penas* son las sanciones penales que tienen como presupuesto y límite el principio de culpabilidad, es decir, sancionan a autores culpables y son *medidas de seguridad* las sanciones penales que se encuentran limitadas por el principio de proporcionalidad, ya que operan en ausencia o aminoración de la culpabilidad¹⁰².

2. Penas aplicables a la persona jurídica.

a) Antecedentes constitucionales: La Constitución española de 1869

Si bien la existencia de penas aplicables a las personas jurídicas parecen una contradicción con el principio *societas delinquere non potest*, vigente en nuestro ordenamiento, existen algunos ejemplos en el Derecho positivo. En este sentido, los primeros antecedentes se remontan a la *Constitución Española de 1869*, en cuyo artículo 19 se decía:

"A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la *pena* de disolución.

¹⁰¹ SSTC de 14 de febrero de 1986 y de 19 de febrero de 1986.

¹⁰² ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), págs. 7 s.

La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti a los reos al juez competente.
Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley."

Si bien la redacción de este artículo 19 de la Constitución Española de 1869 no resulta del todo claro, pues se plantea la duda de si es la asociación misma o si son sus miembros los que delinquen, se establece aquí la posibilidad de aplicar una pena a la misma por la comisión de un delito¹⁰³. En cualquier caso, se establece el principio que tanto los miembros de una asociación que cometen un delito (párrafo 2 del art. 19) como, a su vez, la asociación podrán ser responsables (párrafo 3). A los primeros se les aplicará la pena que les correspondiese y a la sociedad se le podrá aplicar la pena de disolución. En realidad, no se hizo más que consagrar con rango constitucional la ya existente responsabilidad individual por el delito y la posibilidad de aplicar a la asociación una medida¹⁰⁴. Sin embargo, no se está resolviendo con ello el problema de la responsabilidad penal directa de la asociación.

Por otro lado, el artículo 19 menciona la disolución como una *pena*¹⁰⁵. Sin embargo, las interpretaciones doctrinales no entendieron en ningún caso que se trataba efectivamente de una pena, dado que no es posible que las mismas delincan¹⁰⁶.

¹⁰³ SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación)*, pág. 126.

¹⁰⁴ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 33.

¹⁰⁵ En este mismo sentido, *Constitución de 1869 y Leyes orgánicas, Municipal, Provincial, Electoral y de Orden Público, comentadas y relacionadas con nuestro Derecho vigente*, por una Sociedad de publicistas, Imprenta de El Puente de Alcolea, Madrid, 1870: "...Pero esta pena queda siempre a cargo de los tribunales de justicia; pues aunque a veces sea urgente poner un correctivo al abusó, y en tales casos la autoridad gubernativa podrá suspender a la asociación que delinca, ha de someter incontinenti los reos al juez competente; el cual, según los procedimientos ordinarios, castigará con arreglo a la ley común a los que resulten culpables, ya individual, ya colectivamente, e impondrá o no la pena de disolución, según que la delincuencia alcance sólo a determinados individuos o a toda la asociación."

¹⁰⁶ SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879, pág. 238; el mismo, 2. ed., Madrid, 1903, pág. 163. SANTAMARIA DE PAREDES, V., *Principios del Derecho penal con aplicación al Código español*, 2. ed., Madrid, 1872, pág. 183.

El precepto del artículo 19 se mantuvo también en el *Proyecto de Constitución Federal*, de 17 de julio de 1873. Luego se prescindió de él en la *Constitución de 1876* y tampoco se vuelve a encontrar en las Constituciones posteriores¹⁰⁷.

b) Antecedentes legislativos:

b1) Proyecto de Código Penal de 1884

La evolución doctrinal y legislativa en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica comenzó a manifestarse, como hemos visto, ya durante la última mitad del siglo XIX y comienzos del XX y es en esa época en que también surge en España. Sin embargo, la doctrina penal española se pronunciaba al final del siglo XIX y principios del XX de forma prácticamente unánime en contra de la capacidad criminal de las personas jurídicas, aunque con alguna excepción -como ya hemos visto, se podría resaltar fundamentalmente a SALDAÑA- existen también autores que afirmaban dicha capacidad¹⁰⁸.

A pesar de ello, existen algunos antecedentes legislativos en los que se intentó introducir algún tipo de medida aplicable a la persona jurídica. En este sentido, expondré el primer antecedente de recepción de la responsabilidad penal corporativa en el *Proyecto de Código penal de 1884*.

¹⁰⁷ SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, págs. 126 y 127.

¹⁰⁸ SALDAÑA, Q., *La capacidad criminal de las personas morales (Doctrina y Legislación)*, Reus, Madrid, 1927; el mismo, "Estudio preliminar", en MESTRE, A., *Las personas morales y su responsabilidad penal*, Góngora, Madrid, 1930; el mismo, *La historia del Derecho penal español*, Madrid, 1914; el mismo, *Los orígenes de la criminología*, Madrid, 1914; el mismo, *La reforma del Código penal*, Madrid, 1920; el mismo, "El futuro Código penal", *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, t. 139 (1921), págs. 289 ss. OTERO Y VALENTIN, *La persona social*, Cuesta, Valladolid, 1895. MAURA, A., *Propiedad de las personas jurídica*, Academia de Jurisprudencia, Madrid, 1897; GINER DE LOS RIOS, *La persona social. Estudios y fragmentos*, Suárez, Madrid, 1899; el mismo, *Resumen de filosofía del Derecho*, tomo 1, Suárez, Madrid, 1898.

Este Proyecto de Código penal¹⁰⁹ presentado por el Ministro Francisco SILVELA fue redactado por él sin auxilio de ninguna Comisión especial. Sin embargo, es opinión común¹¹⁰, que el verdadero autor del texto fue Luis SILVELA, su hermano y catedrático de Derecho penal de la Universidad de Madrid.

El *Proyecto* contenía en su artículo 25 la siguiente doctrina sobre la responsabilidad penal de una asociación:

"Son responsables criminalmente:

Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social."

Una vez establecido este principio general se contemplan en distintas partes del Proyecto las medidas aplicables a la propia sociedad: artículos 27.4, 40.2, 67, 68, 69, 296 y 297.

El *Proyecto de Silvela* fue considerado una verdadera novedad en esta materia no sólo por la doctrina española de la época, sino también por la alemana¹¹¹.

¹⁰⁹ Proyecto de Código penal de 30 diciembre de 1884.

¹¹⁰ SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, pág. 55. JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, pág. 719. ANTON ONECA, J., "Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pág. 259. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española*, 5, *Codificación Penal*, vol. I., Ministerio de Justicia - Secretaria General Técnica - Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, pág. 533. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1. ed., Madrid, 1978, pág. 114. ZUGALDIA, J.M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", págs. 72 s.

¹¹¹ SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, págs. 55 ss.; KIRCHENHEIM, "Die Deliktsfähigkeit von Verbandspersonen", pág. 251; el mismo, en *Proyecto de Código penal del gabinete liberal-conservador, juzgado por los extranjeros. Juicios críticos de Garáfolo, Lehr y Kirchenheim*, Madrid, 1887. SERRES, G., *Die Deliktsfähigkeit juristischer Personen*, Dortmund, 1934, pág. 43.

Sin embargo, precisamente por ello fue muy combatido y su doctrina no prosperó¹¹².

SALDAÑA afirma¹¹³ que el *Proyecto de Silvela* contiene en su artículo 25, a pesar de una redacción algo confusa, el reconocimiento de la responsabilidad penal de una asociación. Así parece surgir también del *Preámbulo al Proyecto de Código penal* en el que se dice:

"La asociación para delinquir o, con un fin determinado y punible, constituye a los socios en codelincuencia y les sujeta a responsabilidad por la participación que tomaron en el fin común del delito, mas no por eso pierde tal responsabilidad su carácter evidentemente individual. Pero pueden muy bien la asociación, corporación o persona jurídica, ser lícitas por su fin y por los procedimientos consignados en el pacto para conseguirlo y, sin embargo, utilizarse los medios sociales para delinquir, no aisladamente éste, o el otro socio, sino arrastrando la representación entera de la sociedad o empresa al delito, de tal suerte que para la conciencia pública, fácil siempre en dar verdadera forma personal a todo suceso, sea la sociedad, la empresa o la colectividad la que delinque."

Sin embargo, atribuir esta doctrina a SILVELA no deja de asombrar, dado que Luis SILVELA no era precisamente un partidario de la responsabilidad propia de las personas jurídicas. Sostiene SILVELA que sólo la persona individual es capaz de delinquir, pues sólo ésta tiene conciencia de sí. Tratándose de una persona jurídica sólo cabe hacer efectiva la responsabilidad civil y cuando el derecho positivo ha querido que las corporaciones respondan de los delitos de sus asociados ha tenido que acudir a la disolución que no constituye una pena¹¹⁴. Es decir, que SILVELA estaba convencido de que la única responsabilidad penal posible es la individual y, por lo tanto, responden con ese carácter los socios de una asociación que hayan cometido el delito, mientras que la sociedad puede sufrir la disolución o suspensión sólo como

¹¹² VIDA, J., *El Proyecto de Código penal. Apuntes críticos.*, Madrid, 1885, págs. 45 ss.; *Dictamen de la Comisión de 18 de abril 1885*, en *Diario de las Sesiones de las Cortes. Congreso*, Ap. 2. al no. 128, pág. 3. CUELLO CALON, E., *Derecho penal*, Barcelona, 1926, pág. 202-211.

¹¹³ SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, págs. 55 ss.

¹¹⁴ SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879, págs. 238, 239; y el mismo, 2. ed., 1903, págs. 162, 163.

medio para impedir, perpétua o temporalmente, que la misma se emplee como medio para infringir el Derecho¹¹⁵. Probablemente, es este sentido haya que interpretarse la norma contenida en el artículo 25 del Proyecto. Si ello es así, entonces habrá que reconocer hoy que el *Proyecto de Silvela* lo único que hacía era establecer la aplicación de posibles medidas a una persona jurídica, pero que ello no significa en ningún caso el reconocimiento por éste de una efectiva responsabilidad penal de la persona jurídica¹¹⁶.

En este sentido, tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época aceptó nunca la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹¹⁷.

b2) Penas aplicables a la persona jurídica en el nuevo Código Penal de 1995

Dada la imposibilidad que según la doctrina dominante existe para la aplicación de penas a las personas jurídicas en nuestro derecho vigente, este epígrafe no puede dejar de asombrar y merece ser resaltado que al legislador ha introducido en el nuevo Código Penal una *pena*, llamándolo así expresamente, a la persona jurídica. En el supuesto típico contenido en el art. 262 (sobre alteración de precios en concursos y subastas públicas) se le impone a la empresa "la *pena de inhabilitación especial* que comprende, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones Públicas por

¹¹⁵ SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1903, págs. 163, 164, nota 1.

¹¹⁶ Por otro lado, el reconocimiento de medidas aplicables a una persona jurídica se encuentran también actualmente en el nuevo Código penal en el artículo 129, sin que nadie dude que por ello no se está reconociendo en ningún caso la responsabilidad penal directa de una persona jurídica.

¹¹⁷ SSTC 18 de enero 1909, 13 de diciembre 1913, 16 de abril 1914, 8 de mayo 1928; en esta última se negaba la posibilidad de exigir responsabilidad penal a la Compañía Telefónica que había sido condenada en un juicio verbal por falta y donde se reitera expresamente que la responsabilidad penal es estrictamente individual.

un período de tres a cinco años"¹¹⁸. Esta prohibición de realizar determinados negocios, como lo es la contratación con una Administración pública, la ha concebido en este supuesto concreto como una *pena de inhabilitación*.

En este sentido, establece el art. 33.2 c) que son *penas graves* las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años. Esta regulación no puede dejar de asombrar, pues podría haberla configurado como consecuencia accesoria - aunque no por ello se evite la calificación de *pena* de dicha consecuencia- de prohibición de realizar determinadas operaciones. En todo caso, parecería que se trata de la *opinión inconsciente* o, dicho con palabras de ZUGALDIA¹¹⁹, de un *lapsus scriptoribus* que el legislador tiene sobre el merecimiento de sanciones penales por parte de las personas jurídicas. No cabe duda, que tanto las consecuencias accesorias como esta pena de inhabilitación son por su contenido independientemente del nombre que se les quiere otorgar, *verdaderas sanciones represivas impuestas a las personas jurídicas*. De todos modos, está por verse con qué criterios de imputación operarán los Tribunales a la hora de imponer dicha pena a una persona jurídica. Nos detendremos en el análisis de las sanciones del nuevo Código penal *ut infra*.

¹¹⁸ Concretamente dice el art. 262 CP: "Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratara de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o Entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o *empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años.*"

¹¹⁹ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 6.

3) Medidas de Seguridad aplicables a la persona jurídica: El Proyecto de Código Penal de 1980¹²⁰

El Proyecto de Código penal de 1980 no supuso un cambio radical en relación a la vigencia de la máxima *societas delinquere non potest*. Sin embargo, sí supuso una innovación en la discusión, ya que introdujo por primera vez la aplicación de *medidas de seguridad a la persona jurídica*¹²¹. En este sentido, disponía:

art. 131: "Las medidas de seguridad establecidas en este Código y demás leyes penales no se podrán imponer sino a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad criminal del autor."

art.132: "No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales aprovechando la organización de tales entes."

art.135: "Son medidas de seguridad:

1. (...)
16. Clausura de empresas, locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo no podrá exceder de cinco años.
17. Disolución de asociaciones, sociedades y empresas.
18. Suspensión de las actividades de dichas asociaciones, sociedades o empresas, por un plazo que no podrá exceder de dos años.
19. Prohibición de tales entes a realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años."

¹²⁰ Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 17 de enero de 1980). La ponencia especial para la elaboración del Anteproyecto estuvo integrada por los señores CONDE-PUMPIDO, DIAZ PALOS, GIMBERNAT ORDEIG y RODRIGUEZ MOURULLO (ponente general). Paralelamente, otra ponencia, de la que formaban parte los señores BARBERO SANTOS(ponente general) y MORENILLA, se ocupaba de las medidas de seguridad.

¹²¹ Así lo había propuesto de *lege ferenda* ya un sector doctrinal, confr. ANTON ONECA, J., *Derecho penal - Parte general*, pág. 155. BARBERO SANTOS, M., "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", pág. 328. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal - Parte general*, pág. 333. RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal - Parte general*, págs. 230 s., BAJO FERNANDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, pág. 118.

Y el art. 153 concreta tales medidas del siguiente modo:

"Los Tribunales, en los delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, podrán aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos.
- b) Disolución de la sociedad.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad o empresa.
- d) Prohibición a la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito."

Además de estas previsiones de carácter general se amplía la posibilidad de aplicación de alguna de ellas en delitos concretos (p.ej. art. 210: escándalo público; art. 214: prostitución o corrupción de menores; art. 231: delitos de calumnia e injurias; art. 321 y 323: delitos contra la salud pública y contra el medio ambiente; art. 326: delito de tráfico de drogas; art. 340: propiedad industrial; art. 343 y 346: alteración de precios y prácticas restrictivas de la competencia; art. 385: delitos urbanísticos, etc.), siguiendo aquí la técnica ya existente en el Código penal vigente en aquel entonces.

La Exposición de Motivos de este Proyecto explicaba con los siguientes argumentos el tema relativo a las medidas de seguridad: "la medida de seguridad aparece orientada exclusivamente a finalidades preventivas y cuyo presupuesto es la peligrosidad criminal del autor del delito y, en virtud de ello, introduce en esta materia el principio de proporcionalidad, hasta aquel momento desconocido en nuestro ordenamiento. Las medidas previstas específicamente para las asociaciones, empresas o sociedades, se consideran particularmente eficaces en el marco de los delitos contra el orden socio-económico."

El único fundamento de estas medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas es pues la peligrosidad postdelictual y éste es el único enlace con la infracción penal. La Exposición de Motivos reitera además que "el juicio de peligrosidad sólo deberá incidir sobre sujetos que hayan demostrado ya su energía criminal mediante la comisión de un hecho previsto por la ley como delito" y si el

objeto de ese juicio ha de ser precisamente la peligrosidad criminal de un sujeto individual (como probabilidad de cometer en el futuro un nuevo hecho delictivo, por entender que la medida de seguridad tiene como finalidad el *ne peccetur*), es indiscutible que tampoco se la podrá trasladar a las personas colectivas o jurídicas¹²². Ello será así, siempre que se continúe insistiendo en el clásico y rígido principio de *societas delinquere non potest*, que proviene, en realidad, de una determinada concepción del sujeto del Derecho como sujeto individual.

Es decir, que los argumentos utilizados en la Exposición de Motivos relativos a la "peligrosidad criminal del autor" difícilmente parecen compatibles con la idea de la negación de la capacidad de acción de las personas jurídicas y, en este sentido, el Proyecto no se parece inclinar por ninguna posición concreta. De todos modos, habrá que entender que si introdujeron tales medidas de seguridad, es porque estaba dispuesto a aceptar al menos la capacidad de acción de las personas jurídicas, ya que como hemos podido ver la existencia de una acción antijurídica constituye el mínimo requisito para la aplicación de esta consecuencia penal.

Por otro lado, estas medidas se han intentado fundamentar también desde puntos de vista más pragmáticos. De acuerdo con ellos, la decisión del legislador de introducir estas medidas, se debe a una interpretación flexible del principio *societas delinquere non potest*, lo que permitiría que aunque las personas jurídicas carezcan de capacidad criminal, puedan, sin embargo, en determinados casos ser objeto de medidas de seguridad en evitación de posibles delitos protagonizados por personas físicas¹²³.

¹²² BARBERO SANTOS, M., "Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal", pág. 107.

¹²³ RODRIGUEZ RAMOS, L., "Las medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas", pág. 1007.

V. CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Probablemente, debido a la dificultad que encontró la doctrina para admitir las medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas propuestas en el Proyecto de Código penal de 1980, se intenta introducir una supuesta nueva categoría de medidas, cuya ventaja sería no ser ni una pena ni una medida de seguridad: las *consecuencias accesorias*. Esta categoría se encuentra recogida en el Anteproyecto de Código Penal de 1983, en el Proyecto de Código Penal de 1992, en el Proyecto de Código Penal de 1994, en el Proyecto de Código Penal de 1995 y, por último, en el vigente Código Penal de 1995. El tratamiento separado del apartado dedicado a las penas que se dispensa a estas consecuencias no pretende adelantar una conclusión sobre su naturaleza jurídica considerándolas distinta a la de las penas, sino que está motivado por el nuevo nombre que a estas consecuencias se les intenta dar. Como veremos en la exposición siguiente las consecuencias accesorias son penas criminales a pesar de su distinta denominación por el legislador.

1) La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983¹²⁴

La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 introduce las mismas medidas que ya se habían previsto en el Proyecto de Código Penal de 1980, pero les cambia el rótulo y las denomina a partir de aquí "*consecuencias accesorias*". Así el Título VII trata "De las consecuencias accesorias" y el art. 138 precisa:

art.138:

"1. El Tribunal, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades y empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán

¹²⁴ Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1983. La comisión que elaboró este Anteproyecto estaba integrada por los señores Catedráticos Cobo del Rosal, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Muñoz Conde, Quintero Olivares y el Magistrado del Tribunal Supremo señor García Miguel.

siendo utilizadas para la comisión de delitos, podrá todas o algunas de las de las consecuencias siguientes:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de clausura no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación que no podrá exceder de dos años.
- d) Prohibición a la sociedad, asociación, fundación o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

2. Cuando alguna de estas medidas fuere aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores".

La introducción al Anteproyecto realizada por el entonces Ministro de Justicia, el señor LEDESMA BARTRET, no contiene ninguna referencia en relación a estas "consecuencias accesorias". Sin embargo, se trata de las mismas medidas que las que se habían propuesto con carácter de medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal de 1980, es decir, la clausura, la disolución, la suspensión, la prohibición de realizar determinadas actividades.

De todos modos, la previsión del art. 138 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 ha sido más precisa al considerar determinados criterios de imputación. En este sentido, se introduce la exigencia de que *el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica*, requisito éste exigido por gran parte de la doctrina¹²⁵.

La motivación de la resolución debe fundarse en que *pudiese deducirse fundada y objetivamente que (las personas jurídicas) seguirán siendo utilizadas para la*

¹²⁵ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 241, STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 299. VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", pág. 432. Requisito éste exigido también en las sanciones aplicables a la persona jurídica el marco de las infracciones administrativas del § 30 OWiG.

comisión de delitos. Este criterio, aunque con redacción diferente, se mantendrá en las demás propuestas de los proyectos.

Por último, también se incluye la posibilidad de ordenar adicionalmente a la imposición de alguna de las medidas la intervención administrativa de la persona jurídica. La intervención sólo se previó en esta propuesta como una medida adicional y su fundamento debía ser la protección de los derechos de los trabajadores.

2) Proyecto de Código Penal de 1992¹²⁶

El Proyecto de Código Penal de 1992 tampoco supone, según la doctrina, un cambio radical en relación a la vigencia del principio *societas delinquere non potest* y se continúa manteniendo sin modificación alguna la responsabilidad de los representantes de empresas en el art. 28, siguiendo la solución del art. 15 bis.

Tampoco resultaba una novedad específica -en relación al Código Penal vigente en aquel momento¹²⁷, pues esta misma propuesta ya estaba, como hemos podido ver, en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983- la creación de *consecuencias accesorias* aplicables a las personas jurídicas de forma genérica, y no sólo respecto de algunos delitos en concreto como se hacía hasta entonces. La regulación de estas consecuencias se encuentran contenidas en el art. 134 del Proyecto. Tales "consecuencias" se concretan del siguiente modo:

¹²⁶ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 102-1, de 23 de septiembre de 1992.

¹²⁷ En algunos supuestos concretos el anterior Código Penal ya establecía ciertas medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas: p.ej. en el art. 174 (último párrafo) la disolución de la sociedad en el supuesto de asociaciones ilícitas, en el art. 265 también la disolución de la sociedad en nombre o por cuenta de las cuales se establecieron depósitos de armas, municiones o explosivos, y en el art. 347 bis, en que se le otorga al juez la habilitación genérica para acordar la clausura temporal o definitiva del establecimiento en el delito contra el medio ambiente.

art. 134:

1. El juez o tribunal, *en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia a los titulares o representantes legales*, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el apartado a) y la suspensión señalada en el apartado c) del párrafo anterior podrán ser acordadas por el Juez Instructor *también durante la tramitación de la causa*.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo, estarán orientadas, entre otras finalidades, *a prevenir la continuidad de la actividad delictiva de las personas físicas o jurídicas*.

art. 135:

El Juez o Tribunal podrá decidir, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de los delitos respecto de los cuales así se prevea en el presente Código."

Sobre estas "consecuencias accesorias" la *Exposición de Motivos* del Proyecto de Código Penal de 1992 dice lo siguiente: "se recogen de una serie de *medidas que, sin dudar de su carácter represivo*, no tendrían fácil acomodo ni entre las medidas de seguridad ni entre las penas, pues en ocasiones son adiciones posibles a las penas o medidas directamente derivables del hecho cometido, y en ocasiones son reacciones frente a quienes, como ocurre con las sociedades o empresas, no son aptas para soportar las penas o medidas. Entre las primeras se encuentran el comiso y la prohibición de que el reo vuelva al lugar en el que hubiera cometido el delito (...). Entre las segundas se sitúan la clausura, disolución, suspensión o prohibición de actividades futuras, para sociedades y empresas, cuando el delito se hubiere cometido en el marco de su actividad y cupiera deducir que habrían aprovechado esa estructura

jurídica o que iban a continuar haciéndolo en el futuro, así como la privación de beneficios obtenidos."¹²⁸

Como se puede apreciar la Exposición de motivos no se ocupa apenas de ofrecer algún fundamento más sólido que el que se sostuvo ya en el Proyecto de 1980. Además el fundamento único de aplicación es "*evitar la continuidad delictiva de las personas jurídicas*" (art. 134.3), es decir, que continúen delinquiendo en el futuro, si bien el mismo párrafo del art. 134 dice que es una de "entre otras finalidades". De lo cual se parece poder deducir que el legislador pretendía admitir la "capacidad de acción" de la persona jurídica, toda vez que habla de "actividad delictiva de las personas jurídicas". Las "otras finalidades" son imposible de deducir ni del tenor del propio art. 134, ni de la Exposición de motivos.

Por otro lado, el argumento de evitar que continúen estas actividades en el futuro, es el mismo que fundamenta la aplicación de una medida de seguridad, con lo cual no queda muy claro cuál sería la diferencia sustancial entre una consecuencia accesoria y una medida de seguridad.

La redacción del art. 134 del Proyecto contiene -en relación con su antecedente contemplado en el Proyecto de 1980- ciertas novedades. En primer lugar, se establece la especificación de que las consecuencias accesorias se podrán imponer *en los supuestos previstos en este Código*, estableciendo así un sistema de *numerus clausus* y suprimiendo la posibilidad de entenderla como una cláusula de carácter general.

En segundo lugar, también se incorporan los requisitos de *audiencia previa a los representantes de la persona jurídica*, así como la *motivación de la resolución*.

¹²⁸ Proyecto de Ley orgánica del Código Penal, Exposición de Motivos, pág. 8.

En tercer lugar, se introduce en el párrafo segundo del art. 134, y también por primera vez, la posibilidad de que las consecuencias accesorias de clausura temporal o suspensión sean utilizadas durante el procedimiento de la causa como una *medida cautelar*.

3) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994¹²⁹

El Proyecto de Código Penal de 1994 también contenía un Título VI dedicado a las Consecuencias accesorias. Así se establecía en el art. 129 lo siguiente:

"1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) *La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.*

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva *de las personas jurídicas o físicas.*"

¹²⁹ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.

Como se puede apreciar la redacción de este art. 129 del Proyecto no reviste modificaciones sustanciales respecto del art. 134 contenido en el Proyecto de Código Penal de 1992. La única diferencia que se puede establecer es la incorporación de la "intervención" dentro del catálogo de consecuencias accesorias y no como una posibilidad administrativa adicional a la imposición de las demás consecuencias accesorias.

Por otro lado, se repiten las mismas innovaciones que se habían introducido respecto de su primera redacción en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1993, como la necesaria previsión en la Parte especial, la motivación de la resolución, la posibilidad de aplicar algunas consecuencias como medidas cautelares y la finalidad de prevenir la continuidad delictiva de la persona jurídica.

4) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1995¹³⁰

El Proyecto de Código Penal de 1995 reproduce prácticamente de forma inalterada el texto del Proyecto de Código Penal de 1994. Así dispone el art. 129 del Título VI sobre las *Consecuencias accesorias*, lo siguiente:

"1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

¹³⁰ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes - Congreso de los Diputados, V. Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 77, y Núm. 87 (a) del Boletín Oficial del las Cortes Generales - Senado, de 20 de junio de 1995.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva."

La única variación que se puede apreciar se encuentra relacionada con la fundamentación que debe tener la aplicación de las consecuencias accesorias. En esta versión del art. 129 se suprime como fundamento que la orientación de las consecuencias accesorias sea la de *prevenir la actividad delictiva de las personas jurídicas o físicas*, dejando como único fundamento la necesidad de *prevenir la actividad delictiva*. Se evita, por lo tanto, tomar partido por en relación a la capacidad delictiva de las personas jurídicas y se deja en una nebulosa quién es el sujeto de la actividad delictiva se está intentando prevenir.

5) El nuevo Código Penal de 1995

El nuevo Código Penal de 1995, sancionado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE nr. 281, de 24 de noviembre de 1995 y que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, ha supuesto una verdadera innovación en esta materia. Tomando como punto de partida, como ya hemos visto, las previsiones de la propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, del Anteproyecto de Código penal de 1992 y del Proyecto de Código penal de 1994, ha introducido -por primera vez en un Código penal sancionado- un catálogo de "*consecuencias accesorias*" destinadas a las empresas, asociaciones y organizaciones. La novedad reside en la *regulación con carácter general*

y bajo la denominación expresa de "*consecuencias accesorias*", ya que alguna de estas medidas ya se encontraban en el Código derogado¹³¹.

En este sentido el art. 129 establece lo siguiente:

"1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código y, previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma."

Dada la novedad de esta regulación parece conveniente hacer aquí una análisis más extenso de estas "*consecuencias accesorias*". En este sentido, desarrollaremos las siguientes cuestiones: 1) la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias contenidas en el art. 129 CP, 2) los presupuestos de aplicación de las mismas y, por último, 3) las consecuencias previstas en particular en el art. 129 CP.

¹³¹ Confr. en este sentido, los artículos 238, 265, 344 bis b), 452 bis c) y d), 546 bis f), etc.

a) **Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129.**

El Título VI del Libro I del nuevo Código Penal ha introducido un conjunto de reacciones jurídicas denominadas "consecuencias accesorias". Esta denominación de consecuencias jurídicas por la comisión de un delito como "*consecuencias accesorias*", no tiene antecedentes en Derecho penal español hasta que surgen por primera vez de forma expresa en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983¹³². Entre las consecuencias accesorias se incluye tanto el comiso de los efectos e instrumentos del delito como el de las ganancias, así como también -al igual que ya lo hacía, como ya hemos podido ver, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983- medidas que pueden ser aplicadas a personas jurídicas. La opción por esta denominación surgió, muy probablemente, por las numerosas críticas que habían recibido las mismas medidas al ser consideradas en el Proyecto de Código Penal de 1980 como medidas de seguridad. El legislador parece querer manifestar que al tratar estas consecuencias independientemente de las penas y de las medidas de seguridad se le pretende dar una naturaleza diversa de éstas últimas. Las consecuencias accesorias no serían -aparentemente para el legislador-, por lo tanto, formalmente ni penas ni medidas de seguridad, así como tampoco medidas reparatoras de daños o de indemnización de perjuicios¹³³.

Si con anterioridad la doctrina no se había manifestado en profundidad sobre las consecuencias accesorias previstas en los proyectos de legislación, con la entrada en vigor de las mismas en el nuevo Código penal la doctrina no ha podido dejar

¹³² MANZANARES SAMANIEGO, J.L./CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1996, pág. 56.

¹³³ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia 1996, págs. 441, 456. GARCÍA ARAN, M., *Derecho Penal- Parte General*, 2. ed., pág. 631. LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARAN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 81. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, pág. 712.

de analizarlas con mayor detenimiento. En este sentido, son muy diversas las opiniones que se ofrecen sobre la naturaleza jurídica de esta categoría de consecuencias jurídicas del delito.

Como afirma ZUGALDIA¹³⁴, el desconcierto de la doctrina se pone de manifiesto ante opiniones que consideran que estamos en presencia de una tercera modalidad de sanciones penales, calificadas de "peculiares"¹³⁵, "híbridas o inclasificables"¹³⁶.

Para un sector las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP no revisten las características ni de penas ni de medidas de seguridad, pero tampoco se manifiesta de qué tipo de consecuencia del delito se trata¹³⁷. Por otro lado, dentro de este mismo sector se considera que si bien en la teoría no encuadran dentro de ninguna de las dos categorías principales de las consecuencias penales del delito, aquí se trata *en la práctica* de penas accesorias¹³⁸.

Desde otra perspectiva las consecuencias accesorias han sido clasificadas como "circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria"¹³⁹ o como consecuencias accesorias "especiales" que, como el comiso, privan a la persona física

¹³⁴ ZUGALDIA, J.M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 1.

¹³⁵ LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996, pág. 124.

¹³⁶ LOPEZ GARRIDO, D./GARCIA ARAN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, pág. 82.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal - Parte general*, Valencia, 1996, págs. 56 ss.

¹³⁸ MAPELLICAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996, págs. 219 ss.

¹³⁹ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código penal comentado*, Madrid, 1996, pág. 200.

del instrumento peligroso que representa en sus años el instrumento del delito (la persona jurídica)¹⁴⁰.

Otro sector doctrinal las considera como consecuencias que *no son sanciones* (ni penales, ni administrativas), sino simples consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción¹⁴¹. La razón de ser de una categoría con naturaleza propia e independiente de las consecuencias jurídicas específicas del Derecho penal, como son las penas y las medidas de seguridad, se podría fundamentar -según algunos autores- en que una reacción completa y eficaz frente al delito, al menos frente a determinados sectores de criminalidad, no resulta sólo de la aplicación de las consecuencias específicas del Derecho penal y, por lo tanto, es necesario ampliar el catálogo de consecuencias, en este caso por medio de las llamadas consecuencias accesorias¹⁴². Tales consecuencias no deben estar condicionadas en modo alguno por las reglas y principios a que se encuentran sujetas las consecuencias penales del delito¹⁴³. Por ello, las consecuencias accesorias encuentran su fundamento y legitimación en un supuesto de hecho al que le son ajenas por completo tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal de un sujeto determinado. De ahí pues, que este sector doctrinal, las considere claramente como medidas absolutamente independientes de las penas y de las medidas de seguridad. Por esta razón, cualquier supuesto en que no concurren los presupuestos de aplicación de una pena o una medida

¹⁴⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal - Parte general*, Barcelona, 1996, pág. 789. -

¹⁴¹ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, págs. 438 s.

¹⁴² HIRSCH, H.J., "Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht", *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pág. 709, en donde se refiere a que la comprensión jurídico-penal de un caso representa únicamente una parte de su desarrollo jurídico y para su valoración global puede ser necesario tomar en cuenta otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como puede ser el Derecho de daños, el Derecho de seguros o el Derecho administrativo. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, págs. 438 s.

¹⁴³ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, págs. 439.

de seguridad no impide en absoluto que, si se dan sus presupuestos propios y específicos, se pueda aplicar una consecuencia accesoria correspondiente¹⁴⁴.

Por último, otros autores no consideran siquiera necesario abordar la naturaleza jurídica de estas consecuencias accesorias y se conforman con la explicación de que dicha denominación existe también en otros ordenamientos penales como ser el alemán. El Código Penal alemán contiene en sus §§ 45 y siguientes la regulación de las *Nebenfolgen*, cuya traducción literal es el de *consecuencias accesorias*. El StGB contempla así como consecuencias accesorias la inhabilitación para cargo público y el derecho de sufragio activo y pasivo. La denominación de consecuencia accesoria se utiliza aquí como contraposición a la de penas accesorias (*Nebenstrafen*) y a las medidas de seguridad (en el sentido de los §§ 61 ss StGB) y pone de manifiesto que se trata de sanciones de tipo especial que se encuentran relacionadas automáticamente con la condena a una pena en virtud de lo establecido en la ley o que pueden ser ordenadas especialmente por una resolución judicial, cuando su aplicación sea facultativa para el Tribunal¹⁴⁵.

Como ya hemos mencionado anteriormente, las medidas que hoy contiene de forma genérica el art. 129 CP se encontraban de forma particular en diferentes preceptos de la Parte especial del antiguo Código Penal¹⁴⁶. Sobre la naturaleza jurídica de dichas medidas ya se había pronunciado la doctrina y, en este sentido, se sostenía que se trataba de medidas de seguridad de naturaleza administrativa que eran impuestas

¹⁴⁴ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, págs. 439.

¹⁴⁵ JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 4. ed., Berlin, § 75, pág. 712; en el mismo sentido también en JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin, 1996, § 75. SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, *Strafgesetzbuch*, § 45, NM 3,15.

¹⁴⁶ Sobre tales preceptos ver ampliamente, GRACIA MARTIN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, págs. 50 ss.

por un Juez o Tribunal penal en el marco de un procedimiento penal¹⁴⁷. Este mismo sector, sigue considerando hoy que las consecuencias accesorias del art. 129 tienen esa misma naturaleza, independientemente que ahora que se encuentren previstas en una cláusula general¹⁴⁸.

Resumiendo, la interpretación de la naturaleza jurídica del art. 129 tiene, a la vista de la opinión doctrinal existente al respecto, dos posibilidades. Por un lado, para un sector de la doctrina se trata de consecuencias cuya aplicación depende de la previa imposición de una pena o medida de seguridad, entendiéndose que por ello son precisamente "accesorias" de la pena¹⁴⁹. Esta interpretación estaría favorecida, según esta opinión, precisamente por la referencia expresa que este sentido se hace en algunos preceptos de la Parte especial, en los que se exige la existencia de una condena¹⁵⁰. En este sentido, habrá que entender que es una responsabilidad subsidiaria de la responsabilidad de una persona física que haya sido condenada previamente. Y, por otro

¹⁴⁷ CORDOBA RODA, Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de Maurach, tomo I, Barcelona, 1962, pág. 186; el mismo, Comentarios al Código Penal I, Barcelona, 1972, pág. 17. CEREZO MIR, J., *Derecho penal - Parte General I*, 4. ed., págs. 298 y 315 ss.. MIR PUIG, S., *Derecho Penal - Parte general*, pág. 177. GRACIA MARTIN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho penal*, I Teoría general, págs. 13 ss.; el mismo, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", AP 39/1993, págs. 590 ss.

¹⁴⁸ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español - Parte general*, tomo II, La teoría jurídica del delito/1, 5. ed., Madrid, 1997, págs. 69 ss.

¹⁴⁹ GUINARTE CABADA, G., en VIVES ANTON, T. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1995, págs. 665, 666. MANZANARES SAMANIEGO, J.L./CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal*, pág. 56. PRATS CANUT, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/VALLE MUÑIZ, J.M. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pág. 624. SILVA SANCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", pág. 363.

¹⁵⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L./CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal*, pág. 57. En este sentido, por ejemplo, el art. 194 menciona expresamente la que "podrá decretarse en la *sentencia condenatoria* su clausura temporal o definitiva"; el art. 271 se refiere a que se "podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento *del condenado*"; esta misma redacción se reitera en el art. 276.2.

lado, otra parte de la doctrina se ha expresa en sentido opuesto¹⁵¹. No sólo se reconoce que la persona jurídica no puede ser sujeto de una pena, sino que tampoco puede serlo de una medida de seguridad postdelictual. Sin embargo, se debe reconocer que las personas jurídicas pueden ser en cierta medida "peligrosas" y que la prevención del delito requiere de algún tipo de medidas contra tales entes¹⁵². Ante la imposibilidad de aplicar otras consecuencias penales parece -según este sector doctrinal- adecuado recurrir al criterio de fundamentación tales reacciones jurídicas (como son las consecuencias accesorias) basándose en el concepto de "*peligrosidad objetiva o de la cosa*"¹⁵³. Este criterio no se refiere a la peligrosidad de una persona física determinada, sino a la peligrosidad de *una cosa*, en este caso de la peligrosidad de la persona jurídica, que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ellas, las cuales serían un síntoma de peligrosidad. Por la forma de organización específica que caracteriza a una persona jurídica, ésta se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas y allí radica esa peligrosidad objetiva de la persona jurídica¹⁵⁴.

¹⁵¹ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 457. En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, A., "Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español", *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, nr. 25, 1996, pág. 50.

¹⁵² GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 457. Esta manifestación no parece consecuente respecto de GRACIA MARTIN, quien siempre ha sostenido, de forma consecuente, que dado la incapacidad de acción de las persona jurídicas no existe posibilidad de responsabilidad ni penal ni administrativa respecto de las personas jurídicas. Confr. GRACIA MARTIN, L., *El actuar en nombre de otro en el Derecho penal*, tomo I, págs. 7 ss; el mismo, "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal"; el mismo, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas".

¹⁵³ GRACIA MARTIN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona, 1986, págs. 104 ss. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 457. Igualmente, JORGE BARREIRO, A., "Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español", pág. 50.

¹⁵⁴ GRACIA MARTIN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, págs. 104 ss. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 457.

El legislador tampoco ha sido claro respecto de la naturaleza que le ha querido dar a la incorporación de estas consecuencias accesorias, toda vez que en la Parte especial hace referencia a las mismas llamándolas casi exclusivamente "medidas"¹⁵⁵; así, por ejemplo, en los artículos 288, 294, 298, 302, 327, 366. A su vez, el mismo tipo de medidas han ido cambiando de nombre en los distintos proyectos: el Proyecto de Código Penal de 1980 llamaba medidas de seguridad a exactamente las mismas consecuencias jurídicas; la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 las comienza a denominar consecuencias accesorias; y si nos remitimos al Derecho comparado podemos ver como el Nouveau Còde Penale francés las establece en su art. 132 como penas. ¿Debe ello llevar a la conclusión de que la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias depende, en realidad, sólo de cómo las quiera denominar el legislador?

La respuesta más profunda al respecto la ha dado ZUGALDIA, cuyos argumentos se exponen a continuación. En opinión de este autor la respuesta a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas requiere ante todo ser acorde con los principios constitucionales que rigen respecto del Derecho sancionador en el Estado de Derecho y ello exige que la aplicación de dichas consecuencias esté revestida de las correspondientes garantías¹⁵⁶. En este sentido, la única forma de lograr cumplir con las garantías constitucionales es considerar que las denominadas consecuencias accesorias no son sino *penas* (en sentido estricto)¹⁵⁷. La razón de esta afirmación los siguientes fundamentos:

¹⁵⁵ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 665

¹⁵⁶ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 4. En el mismo sentido, RODRIGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", págs. 3 s.

¹⁵⁷ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 5.

En primer lugar, las consecuencias accesorias no son instrumentos reparatorios civiles, dado que su finalidad no es reequilibrar el patrimonio y, por otro lado, la responsabilidad civil ex delicto tiene carácter de ley ordinaria, de acuerdo a lo previsto en la Disposición Final 6 del Código penal, mientras que el art. 129 del mismo tiene carácter de Ley Orgánica¹⁵⁸.

En segundo lugar, las consecuencias accesorias tampoco pueden revestir el carácter de sanciones administrativas, porque si bien el juez penal puede imponer sanciones administrativas, "extrañas" serían las sanciones administrativas previstas en la Ley penal como consecuencia de una infracción penal¹⁵⁹.

En tercer lugar, tampoco se las puede calificar de consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas sin naturaleza de sanción, ya que de ser así no tendrían que estar protegidas por las garantías constitucionales que requiere una sanción y ello sería inadmisibile¹⁶⁰.

En cuarto lugar, tampoco le parece correcto a este autor considerarlas sanciones que únicamente privan a la persona física del instrumento del delito, pues eso supondría afirmar que la persona jurídica es un "objeto" y de ser así la consecuencia accesoria sólo debería afectar a la persona física a través de sanciones profesionales, pero en ningún caso debería afectar a terceros. En este caso, la persona jurídica es un tercero que en su opinión, como ya hemos visto, tiene su propia culpabilidad¹⁶¹.

¹⁵⁸ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 5.

¹⁵⁹ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 5.

¹⁶⁰ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 5.

¹⁶¹ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 5.

Ante este panorama, ZUGALDIA considera, correctamente, que la única calificación posible de las consecuencias accesorias es la de sanciones penales. Por lo tanto, o son penas o son medidas de seguridad. En este sentido, considera las penas como aquellas sanciones penales cuyo presupuesto y límite es el principio de culpabilidad. Por consiguiente, las consecuencias accesorias son auténticas penas toda vez que, como ya ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, la sanción a una persona jurídica exige su propia acción (al tener éstas capacidad infractora) y su propia culpabilidad. En definitiva, afirma ZUGALDIA, que si la aplicación de las consecuencias accesorias tiene como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica, estas consecuencias no pueden ser ninguna otra cosa que verdaderas penas¹⁶².

Esta afirmación, la refuerza con los siguientes argumentos: ZUGALDIA no considera que estas consecuencias puedan ser medidas de seguridad, dado que éstas no exigen culpabilidad. En este sentido, si se entendiera que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad sería necesario redefinir, no ya el concepto de culpabilidad, sino el concepto de peligrosidad basado en un fundamento bio-psicológico para dar lugar a un concepto de peligrosidad objetivo específico para la persona jurídica¹⁶³. Por otro lado, al estar reguladas en el mismo Título que el comiso -de quien nadie ha dudado hasta ahora sobre su carácter de pena-, la cercanía de las consecuencias accesorias al mismo le parece evidente¹⁶⁴. A mayor abundancia, también le llama la atención de la existencia de otra pena a las personas jurídicas establecida en el art. 262 CP¹⁶⁵, al que ya hemos hecho referencia. Por último, alega

¹⁶² ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 5.

¹⁶³ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 6.

¹⁶⁴ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 6.

¹⁶⁵ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 6.

que ni la referencia del art. 129.3 CP a los fines de prevención especial de estas consecuencias, ni su carácter facultativo de aplicación las convierte en medidas de seguridad, pues también las penas cumplen fines preventivo-especiales y tampoco se ejecutan si no resultan necesarias desde un punto de vista de prevención especial, ya que su ejecución se puede suspender¹⁶⁶. Por todo lo expuesto, ZUGALDIA no puede sino concluir que las consecuencias accesorias del art. 129 CP son verdaderas penas y que su aplicación debe revestir las mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual. Esta opinión se considera la más acertada, pues es la única forma de poder exigir el cumplimiento de las garantías debidas de la imposición de una sanción, de la que las personas jurídicas deben gozar como sujetos de Derecho.

b) Presupuestos de aplicación de las consecuencias del art. 129.

El art. 129 CP establece ciertos requisitos para la aplicación de las consecuencias accesorias contenidas en el mismo.

b1) Sistema de *numerus clausus*.

En primer lugar, el texto del artículo hace referencia a que el Juez o Tribunal podrá aplicar las consecuencias "en los supuestos previstos en el Código". Esta referencia significa para algunos autores que las consecuencias accesorias del art. 129 sólo se podrán aplicar siempre y cuando el tipo penal en cuestión prevea expresamente dicha posibilidad, estableciendo así un sistema de *numerus clausus* que, por imperativo del principio de legalidad, no permite interpretación analógica¹⁶⁷.

¹⁶⁶ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 6.

¹⁶⁷ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 666. MAZANARES SAMANIEGO, J.L./CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal*, pág. 57. MIR PUIG, S., *Derecho* (continúa...)

Con anterioridad los proyectos de reforma del Código Penal no habían hecho referencia en la regulación de la cláusula general a una remisión en la Parte especial. Esta referencia expresa a la Parte especial se inicia en el art. 134 del Anteproyecto de Código Penal de 1992. Tanto el art. 108 del Borrador de Código Penal de 1990, como el -sustancialmente idéntico- art. 138 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 parecían concebir la posible imposición de tales consecuencias con fundamentos de carácter autónomo: "(...) si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos, (...)".

En este sentido, merece la pena ser resaltado que el legislador ha hecho referencia expresa al art. 129 -como cláusula general- dentro de la Parte especial sólo en tres ocasiones: en los artículos 288 (delitos contra el mercado y los consumidores), 294.2 (delitos societarios) y 520 (delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución). Sin embargo, en todos los demás supuestos -en los que se contienen consecuencias idénticas a las contenidas en el art. 129- se mencionan las medidas sólo por su nombre sin invocar la cláusula general del art. 129¹⁶⁸. Por otro lado, cuando el legislador ha hecho mención expresa al art. 129 en la Parte especial, tampoco ha especificado cuál de las medidas del art. 129 en concreto se ha de aplicar. Con lo cual, parece evidente que si la referencia al art. 129 es genérica, el Juez o Tribunal deberá decidir cuál es, en su opinión, la medida más apropiada en esos casos. Ello, no parece en absoluto

¹⁶⁷(...continuación)

Penal - Parte General, pág. 790. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 460. JORGE BARREIRO, A., "Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español", pág. 50. PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 624. ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa) pág. 7.

¹⁶⁸ Confr. arts. 194, 221.3, 257, 262, 271, 276.2, 298.2, 299, 302, 303, 370, 371.2, 430, 515.3.

acertado, si se tiene en cuenta que las distintas medidas mencionadas en el art. 129 tienen diferente gravedad (no es lo mismo que se decrete la disolución o que se decrete una suspensión temporal). En este sentido, ello parece quedar al libre criterio racional del juez.

Es evidente, que el legislador no tiene claro los presupuestos que quiere exigir, pues no se ha hecho en ningún caso una regulación al menos coherente. De todos modos, parece poder afirmarse que el legislador no pretende que la regulación del art. 129 sea una cláusula de carácter general, sino que dichas consecuencias se deben contemplar a su vez de forma expresa en el tipo de la Parte especial en cuestión. De ahí, que parte de la doctrina cuestione la conveniencia del adelantamiento de este catálogo de medidas en la Parte general del Código, en vez de haberlo dejado como ya lo contemplaba el anterior Código penal¹⁶⁹. En este sentido, también sería conveniente -de cara a las garantías que la aplicación de cualquier consecuencia deba tener en relación al sujeto que se le aplican- que las consecuencias idénticas a las del art. 129 mencionadas en la Parte especial sin expresa mención de dicho artículo deban reunir las mismas normas de aplicación que éstas.

b2) Audiencia previa.

En segundo lugar, el art. 129 establece como requisito para la aplicación de cualquiera de las consecuencias en el contenidas la necesidad de que el Juez o tribunal competente deberá dar "*audiencia previa a los titulares o a los representantes legales*" de la empresa, sociedad, asociación o fundación.

Este requisito procesal parece ser superfluo, ya que no añade nada nuevo a las reglas de cualquier procedimiento. Aunque este requisito no se hubiese mencionado expresamente es una consecuencia directa de la garantía constitucional

¹⁶⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El comiso", en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XIV, vol. 1, Madrid, 1992, pág. 17.

recogida en el artículo 24.2 de la Constitución y, por otro lado, dicho cumplimiento es obligatorio en todo acto de injerencia estatal¹⁷⁰. Por lo tanto, ello supone que la persona jurídica haya sido parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado y, consecuentemente, la imposición de las consecuencias accesorias se encuentran sometidas al principio acusatorio¹⁷¹.

Algun autor, evidentemente sin tener en cuenta el significado penal de estas consecuencias jurídicas, considera que dicho requisito se entenderá cumplido si el trámite se ofrece a los interesados, con independencia de que éstos comparezcan o no ante la Autoridad judicial¹⁷². Por el contrario, es necesario que hayan sido realmente parte en el proceso.

b3) Disposición de carácter facultativo.

En tercer lugar, el art. 129 establece que el Juez o Tribunal "podrá" imponer algunas de las consecuencias. Según algunos autores esta expresión se debe entender en el sentido de que dicha aplicación será posible siempre y cuando se den los presupuestos que fundamentan las mismas, a saber: la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos¹⁷³. Sin embargo, si así se hubiese de entender esta expresión, la ley siempre se debería referir a la posibilidad de imponer una pena con la expresión "podrá" aplicar una pena o consecuencia que fuese, en vez de "impondrá" o "será castigado con..", como de hecho hace el Código en los demás preceptos del mismo. Tal

¹⁷⁰ En otro sentido, GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 461, para quienes este requisito es una consecuencia derivada del art. 105 c) de la Constitución, entendiéndose que se trata de una garantía del procedimiento administrativo.

¹⁷¹ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 13.

¹⁷² GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 666.

¹⁷³ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 462.

interpretación de la expresión "podrá" hace pensar que el legislador le está recordando al Juez que no podrá imponer una consecuencia si no se da el supuesto de hecho contemplado por la ley, cuestión que no se entiende porqué lo haría aquí y no en todos los demás preceptos del Código. Por otro lado, es evidente que nunca se podrá aplicar ningún tipo de medida, consecuencia o sanción si no se da el supuesto de hecho previsto por el tipo penal en cuestión.

En este sentido, hay quienes entienden que esta disposición se debe interpretar en el sentido de que "estamos aquí en presencia de una regulación de carácter facultativo"¹⁷⁴, lo que en definitiva no aporta mucho a clarificar la situación.

El carácter *facultativo* no significa otra cosa y se debe entender en el sentido de que, al igual que cualquier otra pena, la ejecución de esta pena puede, en determinadas circunstancias, ser suspendida¹⁷⁵.

b4) Motivación de la resolución.

En cuarto lugar, se establece que la imposición de dichas consecuencias ha de tener lugar de forma "*motivada*". En cierto modo, también esta referencia a un requisito procesal parece estar demás, dado que toda resolución judicial ha de estar debidamente motivada como surge del reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva contemplada en el art. 24 CE, así como del art. 120.3 CE.

Sin embargo, existen al respecto distintas interpretaciones. Para unos autores, la motivación de la imposición de una consecuencia accesoria se debe referir a la finalidad de las mismas establecida en el apartado tercero del art. 129. En dicho apartado se menciona que las consecuencias accesorias estarán orientadas a prevenir la

¹⁷⁴ También en este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho Penal - Parte General*, pág. 790. PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 627.

¹⁷⁵ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 7.

continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Por lo tanto, según esta interpretación la motivación de la resolución ha de pivotar sobre el fundamento que debe orientar su imposición¹⁷⁶. Cabe llamar la atención aquí que la redacción dada en este art. 129 .3 relativo a la fundamentación de la aplicación de estas consecuencias accesorias varía respecto de sus anteriores redacciones. Ahora se trata de *prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma*. Se evita determinar al sujeto concreto de la actividad delictiva de quién se refiere, pero completa con los *efectos de la misma*.

En otro sentido, se interpreta que el contenido de la motivación que se ha de reflejar en la decisión judicial debe ser la fundamentación de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica¹⁷⁷. En cualquier caso, parece una referencia superflua, toda vez que de lo contrario una sentencia en la que no se motivara la imposición de una consecuencia accesoria vulneraría lo regulado en los arts. 142 y 900 de la LECrim, ya que en ambos se establece la obligación de la motivación de la sentencia. En cualquier caso, si eso fuese así, siempre cabría interponer recurso de casación por infracción de ley (art. 849 LECrim).

Por lo tanto, parecen más acertadas las opiniones que entienden que este requisito se habría de interpretar más bien en relación con la fundamentación de las consecuencias accesorias establecidas en el art. 129.3, es decir, en la necesidad de motivar debidamente la necesidad prevención de la continuidad de la actividad delictiva de la persona jurídica¹⁷⁸.

¹⁷⁶ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 667. PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 628.

¹⁷⁷ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 462.

¹⁷⁸ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 14.

c) **Las consecuencias accesorias como medidas cautelares.**

Por último, se establece en el art. 129.2 la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias como *medida cautelar*. En concreto, se establece dicha posibilidad respecto de la *clausura temporal* del subapartado a) y de la *suspensión* del subapartado c). La limitación de la función como medida cautelar sólo a estas dos figuras es lógico, toda vez que aquellas consecuencias accesorias de carácter definitivo, como la clausura definitiva o la disolución, no pueden nunca ser impuestas de forma cautelar. Sin embargo, no parece razonable la exclusión de las demás consecuencias accesorias con carácter temporal, como la prohibición de realizar determinadas actividades y la intervención, que podrían cumplir perfectamente con la función de medida cautelar¹⁷⁹.

Por otro lado, como hemos dicho con anterioridad, la regulación del art. 129 no tiene carácter general y su aplicación debe estar expresamente prevista en la Parte especial. Por lo tanto, también habrá que entender en este sentido que la aplicación de estas consecuencias accesorias con carácter de medida cautelar sólo se podrá llevar a cabo en los casos de la Parte especial que remiten con carácter general al art. 129, es decir, los arts. 288, 294.2, y 520. En los demás casos, sólo se prevé la aplicación de medida cautelar en la clausura temporal prevista en el art. 194. Por lo tanto, habrá que entender que sólo en estos supuestos concretos las consecuencias accesorias podrán ser adoptadas con dicho carácter¹⁸⁰.

¹⁷⁹ GUINARTE CABADA, G., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 669.

¹⁸⁰ En otro sentido, GUINARTE CABADA, G., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 669, quien entiende que al no tratarse en las medidas cautelares de una modalidad de sanción, no es preciso su reiteración en la Parte especial, siendo admisible en todos los casos en que proceda imponer alguna de las consecuencias del art. 129.1 a) (clausura temporal) y 129.1 c) (suspensión).

Sin embargo, si ello es así, no se entiende porqué el legislador ha optado por enunciar expresamente su concurrencia en el supuesto típico del art. 194. Si se entiende, como parece ser la única posibilidad, que estamos ante una cláusula de *numerus clausus*, entonces parece razonable pensar que la referencia en la Parte especial debe concurrir siempre. Por otro lado, es cierto que la exigencia de "*en los supuestos previstos en este Código*" se refiere a lo dispuesto en el párrafo primero del art. 129 y
(continúa...)

Como toda medida cautelar, también las consecuencias accesorias del art. 129 se deben ajustar los requisitos generales exigibles a las medidas cautelares. En este sentido, nos parece oportuno detenernos brevemente en tres cuestiones generales relativas a las medidas cautelares a fin de determinar el correcto funcionamiento del apartado segundo del art. 129: 1) el concepto y la función de la medida cautelar, 2) sus presupuestos y 3) elementos.

c1) Concepto y función de la medida cautelar.

Por medidas cautelares cabe entender, con carácter general, las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional competente, que se pueden adoptar contra el presunto responsable de la acción delictiva como consecuencia, por un lado, del surgimiento de su calidad de imputado y, por otro lado, de su (posible) ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia¹⁸¹.

Por lo tanto, su función está dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia resultante del juicio. Dado que el juicio oral no se puede llevar a cabo el mismo día de la incoación del procedimiento penal, ya que su preparación requiere una primera fase instructora, la cual suele tener lugar durante un período de tiempo excesivamente dilatado y durante el cual el imputado podría ocultarse u ocultar

¹⁸⁰(...continuación)

podría pensarse que esta regulación de *numerus clausus* sólo se exige respecto de éste. Sin embargo, el párrafo segundo del art. 129 se refiere concretamente a los supuestos del párrafo primero, de modo que parece lógico pensar que también en estos supuestos siguen rigiendo los presupuestos generales del 129. 1, es decir: a) la regla de *numerus clausus*, b) la necesidad de audiencia previa a los titulares o de representantes legales, c) la facultatividad de la disposición y, por último, d) la necesidad de motivación de la resolución.

¹⁸¹ GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./ALMAGRO NOSETE, J./CORTES DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso penal*, 3. ed. revisada y actualizada, Valencia, 1991, págs. 353 s. PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al nuevo Código Penal*, pág. 629.

pruebas a la actividad de la justicia, se suelen adoptar tales medidas cautelares a fin de no frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia¹⁸².

En este sentido, también hay que resaltar que la adopción de las consecuencias accesorias como *medidas cautelares de contenido real* y no personal en el ámbito del procedimiento penal, siempre han suscitado una intensa polémica en torno a su fundamentación. La fundamentación de medidas cautelares de contenido real en el proceso penal se ha entendido en función de asegurar la responsabilidad civil surgida del delito¹⁸³. Por ello, se entiende en general que las medidas cautelares en un procedimiento penal suelen tener siempre una base personal y sólo excepcionalmente lo son de carácter real. Por lo tanto, el fundamento de este tipo de medidas cautelares es el contenido en los arts. 13 y 615 y 619 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en dichos preceptos se contempla precisamente la función que deben cumplir las medidas cautelares: es decir, asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia¹⁸⁴.

En el caso concreto de las consecuencias accesorias como medidas cautelares, éstas deben cumplir estos mismos presupuestos, es decir, ser tendentes a garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia derivada del proceso y, en definitiva

¹⁸² GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 353. PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 630.

¹⁸³ PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 629.

¹⁸⁴ Artículo 13 LECrim: "Considérense como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente y detener en su caso a los reos presuntos."

Artículo 615 LECrim: "Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad, o en su defecto embargará con arreglo a lo dispuesto en el título IX de este libro los bienes que sean necesarios."

Artículo 619 LECrim: "Para todo lo relativo a la responsabilidad civil de un tercero y los incidentes a que diere lugar la ocupación y en su día la restitución de cosas que se hallaren en su poder se formará pieza separada, pero sin que por ningún motivo se entorpezca ni suspenda el curso de la instrucción".

como establece el propio art. 129 en su párrafo tercero, *prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*. Es decir, que cumple, de alguna forma, con la misma finalidad que tiene la medida cautelar por excelencia del procedimiento penal: la detención provisional.

c2) Presupuestos.

Dos son los presupuestos de toda medida cautelar: a) el *fumus boni iuris* y b) el *periculum in mora*.

a) El *fumus boni iuris* o apariencia y justificación del derecho subjetivo, que en el proceso civil suele ir ligado a la titularidad de un documento justificativo del derecho subjetivo material, en el proceso penal se concreta precisamente en la *razonada atribución del hecho punible* a un sujeto determinado. Es, por tanto, presupuesto material de toda medida cautelar la existencia de una *imputación*. Sin imputado no existe posibilidad alguna de adoptar una medida cautelar, ya sean personales o reales¹⁸⁵. Es decir, que no basta con la mera existencia de un hecho delictivo, sino que será siempre necesaria la imputación de un delito a un persona física.

En relación, a la existencia de un imputado es necesario recordar que para creer a una persona posible responsable de un delito en calidad de tal, es necesario la existencia de *indicios racionales de criminalidad*, como lo establece el art. 384 LECrim para dictar un auto de procesamiento, del cual surge la calidad de imputado. Respectos de los límites de los indicios de criminalidad, conviene tener en cuenta que

¹⁸⁵ GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 354. Resulta importante la opinión de este mismo autor en relación con la cuestión del órgano competente para adoptar las medidas cautelares. En este sentido, sostiene que dado que el juicio de probabilidad acerca de la presunta participación de una persona en un hecho punible, presupuesto de la medida cautelar, entraña un "prejuzgamiento" en torno a su culpabilidad, sería aconsejable de *lege ferenda* que la autoridad competente para la adopción de las medidas cautelares se desligará de la función del instructor y se las atribuyera, por ejemplo, al Ministerio Fiscal, como se hace en Alemania, a fin de objetivizar en mayor medida tales resoluciones. PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 630.

la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁸⁶ no estima suficiente para dictar dicho auto lo actuado en el atestado policial por no tener éste valor de prueba, sino de mera denuncia. Por lo tanto, han de haber motivos bastantes para determinar a una persona como posible responsable del delito y para operar como equivalente al *fumus bonis iuris* del proceso civil¹⁸⁷.

b) El *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado en el procedimiento penal por el *peligro de fuga* o de ocultación personal o patrimonial del imputado. Este peligro se suele acrecentar en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por lo tanto, la pena a imponer sea más grave. De aquí que el *periculum in mora* en el procedimiento penal ofrezca un carácter cuantitativo. Si el hecho punible no lleva aparejada una pena privativa de libertad o puede en un futuro beneficiarse el condenado de la remisión condicional, habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga, por lo que decaerá la necesidad de la medida cautelar¹⁸⁸.

También este presupuesto general de las medidas cautelares se debe dar a la hora de imponer una consecuencia accesoria como medida cautelar. En este sentido, se presenta el problema de si las medidas cautelares pueden ser impuestas independientemente de la existencia de una persona (física) imputada, dado que la persona jurídica misma no puede ser imputada.

¹⁸⁶ SSTS de 3 de octubre de 1985, de 28 de octubre de 1985, de 30 de octubre de 1985, de 23 de enero de 1987, de 6 de febrero de 1987, de 24 de febrero de 1987, de 17 de mayo de 1988, de 9 de julio de 1988, entre otras.

¹⁸⁷ PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 630.

¹⁸⁸ GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 354.

c3) Elementos de las medidas cautelares.

Los elementos constitutivos de las medidas cautelares son la jurisdiccionalidad, la instrumentalidad, la provisionalidad y la homogeneidad.

En primer lugar, las medidas cautelares se encuentran sometidas al principio de *jurisdiccionalidad*, conforme al cual sólo puede acordarlas el órgano jurisdiccional competente. En este sentido, debido a la prohibición constitucional que tiene la Administración de imponer medidas restrictivas de derechos (art. 25.3 CE), a la vigencia del principio del juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y al de exclusividad jurisdiccional para la imposición de penas (art. 117.3 CE), las medidas cautelares -que en cierta medida anticipan los efectos de una pena- únicamente pueden ser adoptadas por el juez ordinario. Por ello, y a fin de prevenir ulteriores infracciones del principio *non bis in idem*, la Autoridad gubernativa -ante la incoación de un procedimiento penal sobre el mismo objeto- habrá de suspender las medidas provisionales adoptadas en el correspondiente procedimiento administrativo (por ejemplo, la suspensión en un procedimiento administrativo sancionador) y recabar del juez penal las oportunas medidas cautelares¹⁸⁹.

Como consecuencia del principio de jurisdiccionalidad, las medidas cautelares son *instrumentales* y han de estar supeditadas a un proceso penal en curso (principio de instrumentalidad). Tales medidas, bien han de estar preordenadas a un procedimiento penal, bien han de decretarse en el curso de un proceso¹⁹⁰.

Al ser instrumentales de un procedimiento penal, habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiéndose sus efectos o transformándose en

¹⁸⁹ GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 355.

¹⁹⁰ GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 355.

medidas ejecutivas. En este sentido, es indiferente que el procedimiento termine mediante sentencia o auto de sobreseimiento¹⁹¹.

Por esta misma razón, las medidas cautelares han de ser siempre *provisionales* y como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, siempre que se modifiquen los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción. Las medidas cautelares se encuentran, por lo tanto, sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, es decir, sólo deben permanecer en tanto subsistan las razones que han justificado su adopción¹⁹².

Sin embargo, en determinadas ocasiones el legislador ha determinado que las medidas cautelares sean, además de provisionales, *temporales*¹⁹³. En estos casos la ley establece un plazo máximo de duración de la medida. Esta es también el caso de las consecuencias accesorias aplicadas en su calidad de medidas cautelares, ya que tanto la clausura como la suspensión se prevén con duración temporal (no pudiendo superar el plazo de cinco años, tal cual lo establece art. 129.1 en sus subapartados a) y c)) y su adopción con carácter de medida cautelar también debe respetar dicho plazo (art. 129.2).

Por último, las medidas cautelares reúnen el carácter de ser *homogéneas*, aunque no necesariamente idénticas con las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar. Sin embargo, debido al hecho de estar destinadas a garantizar los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa de las medidas ejecutivas¹⁹⁴. En este

¹⁹¹ GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 355.

¹⁹² GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 356.

¹⁹³ GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 356.

¹⁹⁴ GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, pág. 356.

sentido, la duración de las consecuencias accesorias como medida cautelar también se debería tener en cuenta -al igual que lo que ocurre con la duración de la prisión provisional respecto del cómputo total de la ejecución de la pena- en la ejecución de la consecuencia accesoria que se adopte.

Por lo tanto, cuando las consecuencias accesorias se adopten como medida cautelar, deberán reunir todos aquellos presupuestos generales a los que se deben ajustar todas las medidas cautelares que se determinen en un procedimiento penal.

d). Cuestiones de aplicación no determinadas.

A pesar de mencionar algunos requisitos de aplicación de las consecuencias accesorias, el legislador no ha abordado las cuestiones fundamentales que se deben tener en cuenta y que se podrían haber evitado con un estudio de los modelos que en este marco existen en otros ordenamientos jurídicos de la Unión europea, dejando abierta numerosas cuestiones.

En este sentido, no surge del texto legal si la aplicación de dichas consecuencias debe depender o no de la existencia de una sentencia en la que se imponga una pena o medida de seguridad a una persona física. Como no podía ser de otra manera, también hay en este punto diferentes puntos de vista. Para algunos, la característica de *accesorias* de estas consecuencias reside precisamente en tener que acompañar siempre a una pena o medida, más allá de su previsión específica, ya que su imposición no es posible al margen de una pena o medida y sólo se podrán decretar en caso de una sentencia en la que se imponga a una persona física alguna pena o medida de seguridad de las previstas en el Código Penal¹⁹⁵. Esto significa entonces

¹⁹⁵ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, págs. 665, 666. MANZANARES SAMANIEGO, J.L./CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal*, pág. 57. MIR PUIG, S., *Derecho penal - Parte general*, pág. 789.

que la aplicación de una consecuencia accesoria debe ir unida a la suerte que sufra la pena impuesta a la persona física. Si ello fuese así, entonces no será posible la aplicación de ninguna consecuencia accesoria, si no hay un sujeto individual imputado y sancionado. Por lo tanto, las consecuencias accesorias se deben imponer en el fallo condenatorio de la sentencia y nunca en fase de ejecución, ya que las sentencias deben ser ejecutadas en sus términos, sin que sea lícito que pudieran ser ampliadas¹⁹⁶.

Por el contrario, hay quienes sostienen que exigir que la imposición de una consecuencia accesoria tenga que ir unida a la imposición de una pena a una persona física no sólo no se encuentra establecido en la ley, sino que ello sería además contrario al fundamento mismo de dichas consecuencias¹⁹⁷. El fundamento de estas medidas debe ser ajeno a la culpabilidad del autor individual del hecho y reside precisamente en la peligrosidad objetiva de la organización de medios materiales o de las concretas actividades que se llevan a cabo a través de la organización o de la empresa y no del poder punitivo¹⁹⁸. De acuerdo con ese fundamento, que es común a todas las consecuencias accesorias, -prosigue GRACIA MARTIN- bastará para su aplicación con que en el curso de la actividad de la persona jurídica se haya realizado un hecho típico y antijurídico, sin que sea preciso que ese hecho sea, además, culpable. En todo caso el hecho de conexión no será el fundamento de la aplicación de la medida, sino sólo un síntoma de peligrosidad objetiva de aquella¹⁹⁹. GRACIA entiende que aunque sólo el art. 300 del Código Penal establece la posibilidad, como veremos más adelante, de aplicar las consecuencias accesorias aún cuando el autor o el cómplice del

¹⁹⁶ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 13.

¹⁹⁷ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 461.

¹⁹⁸ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 462.

¹⁹⁹ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 462.

hecho fueran irresponsables o estuvieran personalmente exentos de pena, esta misma regla debe ser aplicable a todos los demás supuestos, salvo -entendiendo- en aquellos en los que la ley expresamente habla de sentencia condenatoria. Sin embargo, es dudoso que pueda considerarse como una disposición de carácter general, toda vez que sólo dispone su aplicación a los supuestos del capítulo XIV del Título XIII.

Tampoco los preceptos de la Parte especial precisan nada al respecto. Sin embargo, en alguna ocasión aluden a su imposición en la "*sentencia condenatoria*", como lo hace, por ejemplo, el art. 194 o la referencia en los arts. 271 y 276.2, donde se establece que "se podrá decretar el cierre del establecimiento del condenado". Sin embargo, hay que concluir, una vez más, que la aplicación de una consecuencia accesoria a una persona jurídica no puede tener lugar sin las debidas garantías y, por lo tanto, sólo deberán ser aplicables en caso de sentencia condenatoria²⁰⁰, salvo -claro- los supuestos en que operan como medida cautelar.

Todas estas imprecisiones por parte del legislador se podrían haber evitado con la inclusión de una regulación al respecto, como lo hace, por ejemplo, el § 30 (4) OWiG, en el que se establece que "si no se inicia o si se suspende un procedimiento penal o sancionador administrativo por la comisión de un delito o de una infracción administrativa o se suspende la ejecución de la pena, se podrá no obstante imponer una multa independiente a la persona jurídica, salvo que el delito o la infracción administrativa no puedan ser perseguidas por razones jurídicas"²⁰¹. Se trata

²⁰⁰ ZUGALDIA, J.M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 13.

²⁰¹ § 30 (4) OWiG: "Wird wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt oder wird von der Strafe abgesehen, so kann die Geldbuße selbständig festgelegt werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann; § 33 Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt".

en el modelo alemán de responsabilidad "propia indirecta"²⁰² de las personas jurídicas, toda vez que en determinados casos, en que el delito haya sido cometido por una persona física, puede ser también imputado a la persona jurídica con sanciones específicas para ésta. En el marco de esta forma de exigir responsabilidad a la persona jurídica se discuten fundamentalmente los criterios de imputación que permiten tal atribución admitiéndose el de actuar en la esfera de la persona jurídica, el de que la acción de la persona física sea realizada en el contexto social de la misma y el de haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica²⁰³. En opinión de ZUGALDIA este es el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas que ha seguido el Código penal de 1995 en su art. 129.

Desde una perspectiva procesal también se han quedado sin resolver otras cuestiones, como si se les debe aplicar a las consecuencias accesorias las reglas generales referentes a la prescripción (art. 133 CP), si el incumplimiento de las consecuencias accesorias da lugar al delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP, vía el art. 31 CP) o si la condena de una persona jurídica a una consecuencia accesoria hace derivar su responsabilidad civil directa (art. 116 CP) en el delito en el que traiga su causa. Todas estas tres cuestiones son respondidas afirmativamente por ZUGALDIA²⁰⁴.

e) Las medidas del art. 129 en particular.

e1) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos.

Es esta la consecuencia accesoria contemplada con mayor frecuencia en

²⁰² ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 8.

²⁰³ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 9.

²⁰⁴ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), págs. 14 s.

los preceptos de la Parte especial, pues, además de poder ser aplicada en los casos en los que se hace referencia expresa del art. 129 (es decir, en los arts. 288, 294.2, y 520), se encuentra prevista en numerosos preceptos:

- Dentro del **Título VIII dedicado a los *delitos contra la libertad sexual*** el art. 194 prevé la clausura temporal o definitiva de los establecimientos, locales, abiertos o no al público, en los cuales se realizaran los supuestos tipificados en los capítulos IV ("*De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*": arts. 185 y 186) y V ("*De los delitos de prostitución*": arts. 187-190).

- Dentro del **Título XII dedicado a los *delitos contra las relaciones familiares***, el art. 221.3 establece que se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos utilizados en el supuesto tipificado en art. 221.1 sobre alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

- Dentro del **Título XIII sobre los *delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico***, el Capítulo XI sobre los *delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores* establece en la Sección primera relativa a los *delitos contra la propiedad intelectual* establece en su art. 271 b) que se podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

En este mismo Título, pero en la Sección segunda del Capítulo XI sobre los *delitos relativos a la propiedad industrial*, el art. 276.2 también prevé el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

Por último, dentro de este Capítulo XI la Sección cuarta, relativa a las *disposiciones comunes* de dicho capítulo, se establece en el art. 288 que se podrán acordar las medidas previstas en el art. 129 del Código.

- En dicho Título, el Capítulo XIII relativo a los *delitos societarios* contempla en el tipo del art. 294.2 la aplicación de alguna de las medidas del art. 129.

- En el **Capítulo XIV sobre la receptación y otras conductas afines** los arts. 298.2, 299.2 y 302 b) en relación con el supuesto típico del art. 301 también prevén la posibilidad de adoptar la clausura temporal o definitiva del establecimiento, local. En este sentido, se debe resaltar que el art. 300 de dicho Capítulo establece una importante regla de carácter procesal, según la cual las disposiciones de dicho capítulo se aplicarán aún cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fueran irresponsables o estuvieran personalmente exentos de pena.

- En el **Título XVI de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente**, Capítulo III sobre los *delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente*, el art. 327 prevé para las conductas típicas de los arts. 325 y 326, la posibilidad de acordar la clausura del art. 129.

- En el **Título XVII de los delitos contra la seguridad colectiva**, el Capítulo III sobre los *delitos contra la salud pública*, el art. 366 establece que se podrá imponer para las conductas tipificadas en los arts. 359-365 la clausura temporal del establecimiento, fábrica, laboratorio o local y, en los casos de *extrema gravedad*, se podrá decretar el cierre definitivo conforme a lo establecido en el art. 129. En este mismo capítulo el art. 370 también prevé esta consecuencia accesoria para los casos tipificados en los arts. 369.2, 369.6 y 371.

- También se prevé esta consecuencia accesoria en el **Título XIX sobre los delitos contra la Administración pública**, Capítulo VI relativo al *tráfico de influencias*, en el art. 430 con un plazo más breve (de seis meses a tres años) que la clausura temporal ordinaria del art. 129.

- Finalmente, en el **Título XXI de los delitos contra la Constitución**, Capítulo IV, Sección Primera sobre los *delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución*, también se prevé la adopción de la clausura y demás consecuencias accesorias del art. 129, en el art. 520 en relación con la conducta típica del art. 515 relativo a las asociaciones ilícitas.

En algunos de estos supuestos en que se contempla la clausura se introducen ciertas variantes a la denominación y se habla de "cierre" (arts. 271, 276.2). También se aprecian cambios en los establecimientos que pueden ser clausurados. En ciertas ocasiones se habla de "industria" (arts. 271, 276.2), de "fábrica o laboratorio" (art. 366) o, por último, de "dependencias abiertas al público" (art. 430). A pesar de tales variaciones nada parece hacer pensar que se trata de medidas diferentes a las contempladas con carácter general en el art. 129.

La clausura puede ser, a su vez, *definitiva o temporal*, en cuyo caso no podrá exceder de los cinco años. En los preceptos de la Parte especial en las que hace mención a esta consecuencia, parece dejarse al arbitrio del Tribunal la elección por una u otra modalidad²⁰⁵. La elección de la clausura definitiva podría determinarse en función de que la agrupación desarrolle actividades ilícitas desde el principio, pero no para aquéllas que realizan actividades lícitas en el curso de las cuales, no obstante, se realiza algún hecho delictivo²⁰⁶. Sin embargo, nada dice el texto legal para poder establecer tal interpretación. Sólo en el art. 366 se establece de forma expresa que la clausura definitiva sólo se podrá imponer en "supuestos de extrema gravedad". Por otro lado, el art. 298.2 también hace referencia a la gravedad del hecho, pero deja abierta la elección de la consecuencia al arbitrio del Tribunal: "atendiendo a la gravedad del

²⁰⁵ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 669.

²⁰⁶ GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, pág. 462.

hecho y a las circunstancias personales del delincuente se podrá acordar la clausura temporal o definitiva".

e2) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

La disolución de la persona jurídica es, a pesar de figurar en segundo lugar, sin lugar a duda la consecuencia más grave que se puede imponer a una persona jurídica, pues supone la denomina "muerte civil" de la misma²⁰⁷. Esta consecuencia aparece singularmente prevista en los arts. 288, 294.2 y 520 por su remisión general a cualquiera de las medidas del art. 129 y en los arts. 302 y 370 a) en relación con las conductas típicas de los arts. 369.2 y 369.6 -ya comentadas detenidamente en el apartado anterior-.

Su utilización se debería reservar -según algunos autores-, al igual que la clausura definitiva sólo para casos de organizaciones con actividad ilícita²⁰⁸. En cualquier caso la imposición de tal consecuencia deberá llevar implícito las formalidades legales necesarias prescritas en cada caso para la disolución de una persona jurídica (como, por ejemplo, la cancelación de la inscripción en el Registro mercantil o en el de Fundaciones, etc.)²⁰⁹.

e3) Suspensión de actividades de la persona jurídica.

Esta consecuencia es por definición del texto legal una consecuencia de carácter temporal, ya que de ser definitiva entrañaría prácticamente la disolución de la persona jurídica. Su duración no podrá superar los cinco años. Aparece con diversos matices contempladas en los arts. 288, 294.2 y 520 por su remisión general al art. 129, conductas ya analizadas en el apartado correspondiente a la clausura, y singularmente

²⁰⁷ GRACIA MARTIN, L./BOLODOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, pág. 463.

²⁰⁸ GRACIA MARTIN, L./BOLODOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, pág. 463.

²⁰⁹ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 668.

en los art. 302 b), 370 b) y 430, preceptos éstos también ya comentados en relación a la consecuencia accesoria de la clausura.

e4) Prohibición de realizar actividades, operaciones o negocios determinados.

La prohibición de realizar determinadas actividades puede ser también definitiva o temporal, en cuyo caso no podrá exceder de los cinco años. Contendida por su referencia general al art. 129 en los ya comentados arts. 288, 294.2 y 520, se la menciona explícitamente en los arts. 302 c) y 370 c). En ninguno de ambos preceptos se especifican las actividades prohibidas, haciéndose una genérica referencia a las que hubiesen favorecido o encubierto el delito. Por lo tanto, las actividades prohibidas tienen que tener relación con los delitos que se hayan cometido y con los que se quieran prevenir²¹⁰.

En este contexto, es donde el legislador debería haber introducido la *pena de inhabilitación* que ha contemplado en el art. 262, ya que dicha inhabilitación se podría encajar perfectamente como una prohibición de realizar una determinada actividad, sobre todo si tenemos en cuenta que no ha tomado ninguna posición respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

e5) Intervención de la empresa.

La intervención de la empresa es una consecuencia que, a contrario de las demás ya analizadas, no siempre fue contemplada entre las consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Esta consecuencia había sido contemplada tanto en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 como en el Borrador de Código Penal de 1990. Sin embargo, su mención había desaparecido en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 y en el Proyecto de Código Penal 1992, siendo recuperada por el Anteproyecto

²¹⁰ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 668. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, pág. 463.

de Código Penal de 1994.

Mención expresa de aplicación de esta consecuencia sólo se contempla en el **Título XVI**, Capítulo III relativo a los *delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en su art. 327. Por lo demás, sólo se podrá aplicar en aquellos preceptos en que se hace referencia general a las consecuencias del art. 129, es decir, en los arts. 288, 294.2 y 520.

La intervención se podrá imponer como consecuencia única o al tiempo de otras cuya aplicación no resulte recíprocamente excluida, como puede ser el caso de la clausura definitiva o la disolución de la empresa. En todo caso, se trata de una consecuencia temporal (período no superior a cinco años). Por otro lado, la aplicación de este supuesto requerirá el nombramiento de uno o varios administradores por parte de la Autoridad Judicial, quien deberá fijar sus cometidos y el límite de sus actuaciones. En este sentido, se debería tener en cuenta la regulación existente sobre la administración judicial en el embargo de empresas contemplada en los arts. 605 ss. LECrim y Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre²¹¹.

Por último, mencionar que esta consecuencia accesoria prevé además para su adopción una finalidad en particular, diferente a la establecida con carácter general en el art. 129.3: este supuesto parece que sólo cabe imponerse cuando su finalidad sea la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, como ya se contemplaba en los Proyectos de Código Penal de 1994 y 1995, ampliándose como novedad la fundamentación de la intervención también a otro supuesto: *el derecho de crédito de los acreedores*²¹².

²¹¹ GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 669.

²¹² En este sentido, PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 628.

VI. CONCLUSIONES

En primer lugar, se puede constatar que la opción de derivar la responsabilidad de la persona jurídica al Derecho administrativo no evita la necesidad de revisar los conceptos que se refieren a la responsabilidad de la persona jurídica, pues tanto el ámbito del Derecho penal, como el del Derecho administrativo están regidos por los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad²¹³.

Después de lo expuesto, podemos concluir que tanto se trate de sanciones administrativas, de penas (o consecuencias accesorias, como ha querido el legislador llamar las penas aplicables a las personas jurídicas) o medidas de seguridad deberán regir los mismos principios garantistas. Por lo tanto, no es cuestión de la denominación de la consecuencia jurídica, sino de si es posible o no responsabilizar a la persona jurídica y de los presupuestos que se deben cumplir.

En relación a las consecuencias accesorias previstas por el nuevo Código Penal, se trata pues de verdaderas sanciones de carácter penal, en particular de *penas*, aunque se las intente presentar como consecuencias accesorias. En efecto, la clausura o disolución definitiva son una consecuencia, como se ha dicho con frecuencia, paralela a la pena de muerte; la única diferencia está en la naturaleza del sujeto jurídico. En ambos casos, sin embargo, el sujeto desaparece.

Por otro lado, la consecuencias accesorias plantean problemas de aplicación, no sólo en el ámbito del Derecho penal, donde todas las circunstancias que excluyen la punibilidad del órgano excluyen también (aunque sean personales) la responsabilidad de la sociedad o persona jurídica en general (como ser, por ejemplo, la muerte del representante responsable).

²¹³ ZUGALDIA, J. M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", págs. 85 s.

También en el ámbito del Derecho procesal el proceso no se puede seguir independientemente contra la persona jurídica (por ejemplo, en el caso de desaparición o rebeldía del órgano representante)²¹⁴.

Por otro lado, el *principio de legalidad* excluye la posibilidad de dejar totalmente indefinido y en manos de los tribunales la aplicación de consecuencias jurídicas penales.

Como hemos ido señalando en distintas partes de esta exposición los modelos existentes en el Derecho comparado se han inclinado por palear estas dificultades, sin embargo, se ha intentado establecer criterios de imputación más claros que los establecidos por nuestro legislador. En este sentido, por ejemplo, el § 30 OWiG prevé que el hecho (delito o infracción administrativa) debe haber sido cometido por a) el órgano o miembro de dirección, b) debe importar una infracción de deberes que le incumben a la sociedad, c) debe importar un enriquecimiento para la persona jurídica o que ésta se hubiera tenido que enriquecer. También el art. 51 del Código Penal holandés exige: a) que la persona esté relacionada a la persona jurídica en una relación de servicio o de otra naturaleza y b) aunque la persona individual no reúna todos los elementos del tipo. Es decir, que otras legislaciones han establecido al menos criterios de aplicación para las sanciones impuestas a las personas jurídicas, mientras que la regulación del art. 129 NCP no aporta más que confusión. Ni se han establecido criterios mínimos de imputación, ni tampoco es la regulación del art. 129 una regla de carácter general que permita hablar de un modelo de responsabilidad directa de las personas jurídicas.

²¹⁴ TIEDEMANN, K., "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", pág. 1171. Por otro lado, en Alemania la 2. Ley para combatir la criminalidad económica (2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität) de 1986 introdujo una modificación estableciendo el § 30. 4 OWiG, por medio del cual es posible aplicar directamente una sanción a la persona jurídica y permite dirigir el procedimiento independientemente contra la persona jurídica. En el mismo sentido se establece en la Ley holandesa de delitos económicos.

En resumen se puede sostener:

1) La decisión político-criminal de introducir, de alguna forma, la responsabilidad de las personas jurídicas, es correcta²¹⁵.

2) Pero la técnica legislativa es deficiente:

a) En primer lugar, no hay ideas claras sobre la distinción entre el ámbito sancionatorio penal y el administrativo.

b) Es imprescindible aclarar bajo qué presupuestos una persona jurídica puede ser objeto de sanciones penales (*principio de legalidad y tipicidad*).

c) También resulta necesario establecer bajo qué condiciones la persona jurídica puede sufrir tal sanción sin vulnerar el *principio de culpabilidad*.

En este sentido, recientemente ZUGALDIA²¹⁶ ha elaborado, dentro de marco teórico de la pena, los criterios (objetivos) de imputación que a su entender se deben tener en consideración para poder llevar a cabo una aplicación garantista del art. 129 respecto de las personas jurídicas y que, dada su importancia, se expondrán a continuación:

La *acción de la persona jurídica* se determina en función de los siguientes criterios: 1) la persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario; 2) la acción de la persona física ha de aparecer en el contexto social como de la persona jurídica; 3) la persona física debe

²¹⁵ En este mismo sentido MUÑOZ CONDE, F., "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", págs. 265 ss. ZUGALDIA, J. M., "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", pág. 724.

²¹⁶ ZUGALDIA, J. M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), págs. 13 ss.

haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica.

En virtud del *principio de culpabilidad* no se podrá imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica si: 1) la persona jurídica no ha omitido la adopción de ninguna de las medidas de precaución previstas para garantizar el desarrollo legal de la actividad de la empresa; 2) el órgano actuante no ha sido elegido por la persona jurídica, sino impuesto por un tercero (por ejemplo, en el curso de una intervención judicial); 3) si en la realización del hecho no ha habido ni dolo ni culpa de la persona jurídica. Por otro lado, también se deberá tener en cuenta la culpabilidad de la persona jurídica en el momento de individualización de la pena. En este sentido, y siguiendo los mismos criterios que la jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza respecto de las personas físicas, ZUGALDIA sostiene que se deberá valorar: 1) la gravedad del delito en el que traen su causa; 2) si la persona jurídica actuó con dolo o imprudencia; 3) en caso de que haya actuado imprudentemente, la gravedad de la imprudencia; 4) la mayor o menos exigibilidad a la persona jurídica del respeto del Derecho y, por último, 5) los motivos que llevaron a la persona jurídica a tomar la decisión ilícita.

Por último, afirma ZUGALDIA que las *consecuencias accesorias son "accesorias" en el sentido de la participación criminal*, lo que significa que se puede imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica si el órgano actuante actúa de forma ilícita pero no culpable, siempre que la persona jurídica haya actuado al menos de forma culpable. Por otro lado, si la persona física que comete el delito actúa con dolo y la persona jurídica interviene en el mismo delito sólo a título de imprudencia (in vigilando o in eligendo), la imposición de la consecuencia accesoria a la persona jurídica sólo será posible, dada la regulación de la nueva imprudencia, si el delito en cuestión es punible en su modalidad imprudente.

Esta nueva perspectiva de la cuestión resulta muy importante para establecer *un sistema de responsabilidad directa de las personas jurídicas*. Las

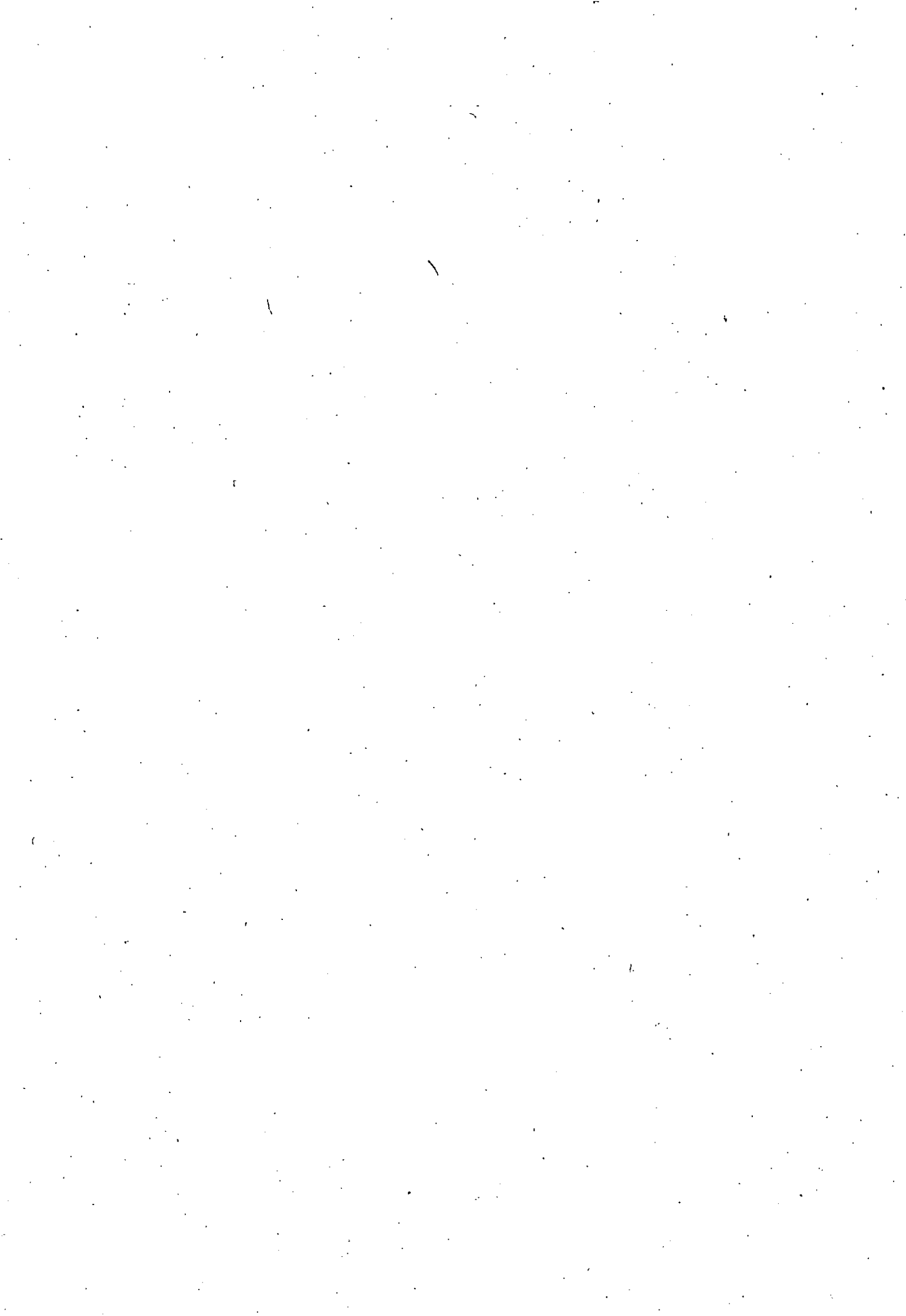
consideraciones que hasta ahora se han hecho al respecto no permitían la aplicación de una sanción a la persona jurídica si no había un autor (persona física), cuya acción fuese típica, antijurídica y *culpable*. Entendiendo que la aplicación de una pena a las personas jurídicas es accesoria en el sentido de la participación criminal, este problema se resuelve de forma favorable y aportando, a su vez, una sólida base argumental.

3) Como hemos afirmado es hoy en día posible sostener la capacidad de acción y la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica tanto respecto del derecho administrativo sancionador como del Derecho penal.

4) En definitiva, no se trata de establecer sólo la consecuencia jurídica, sino de afirmar con anterioridad si la persona jurídica es o no penalmente responsable, es decir, si puede o no ser un *sujeto de imputación del Derecho penal*. Sin tomar una postura clara ante esta cuestión cualquier intento de solución legislativo se quedará a mitad de camino sin poder ofrecer una solución satisfactoria, como lo demuestra el art. 129 del CP.

5) Por último, es importante resaltar la falta de imaginación que ha demostrado el legislador al establecer las consecuencias penales aplicables a las personas jurídicas. En este sentido, no se han considerado mínimamente las propuestas de la doctrina en el marco de esta cuestión en el Derecho comparado. Como afirma ZUGALDIA disposición legal del art. 129 CP se hubiese podido ver notablemente enriquecida si se hubiesen tenido en consideración sanciones como la pérdida de beneficios fiscales, la pena de multa, la amonestación pública o privada, la caución de buena conducta, la aplicación de beneficios económicos a fines sociales, la publicación de la sentencia, entre otras²¹⁷.

²¹⁷ ZUGALDIA, J.M., "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 7.



CAPÍTULO V:

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO -especialmente en los Estados Miembros de la UE-

I. INTRODUCCIÓN

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

- 1) Estados miembros que no aceptan la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*)
 - a) Bélgica
 - b) Italia

- 2) Estados miembros que aceptan una responsabilidad directa de las personas jurídicas (*societas delinquere potest*)
 - a) Estados en los que el principio de culpabilidad no es un límite constitucional.
 - a1) Holanda
 - a2) Francia
 - a3) Reino Unido
 - a4) Finlandia
 - a5) Irlanda
 - a6) Dinamarca

 - b) Estados miembros en los que el principio de culpabilidad opera como un límite constitucional.
 - b1) Alemania
 - b2) Portugal

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMUNITARIO

IV. CONCLUSIONES



CAPITULO V:
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL
DERECHO COMPARADO
-especialmente en los Estados Miembros de la UE-

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se abordará la exposición de una panorámica del tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho comparado, haciendo especial hincapié en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la Unión Europea. El análisis de esta cuestión aquí sólo pretende dar una visión ejemplificativa de las distintas políticas criminales y soluciones seguidas en relación a este tema en los países de nuestro entorno.

En la actualidad, prácticamente, no se discute la necesidad político-criminal de introducir dicha responsabilidad de las personas jurídicas, pero lo que sí se discute es la cuestión de su compatibilidad con los principios que rigen la imputación de actos en el Derecho penal.

En este sentido, se podrá apreciar que a pesar de las discusiones relativas a la legitimidad de imponer sanciones a las personas jurídicas, las legislaciones que han introducido dicha responsabilidad se basen, fundamentalmente, en principios pragmáticos. Así, por ejemplo, uno de los primeros ordenamientos jurídicos en introducir la responsabilidad de las personas jurídicas fue el Derecho comunitario en

materia de Derecho de la competencia (arts. 85 y 86 TCE, Reglamento nº17 de 6. 2. 1962).

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha adquirido además una notable significación en otros sectores del marco del Derecho comunitario: especialmente, en materia de fraudes a los intereses financieros de la CE, dado que gran parte de los sujetos, cuyo comportamiento puede incurrir en tales fraudes, son precisamente personas jurídicas.

Para exponer la situación en el Derecho comparado comenzaremos dando una visión del tratamiento de esta cuestión en cada uno de los países miembros de la Unión Europea que tienen modelos jurídicos más significativos y, finalmente, haremos una remisión del estado de la cuestión en el Derecho comunitario.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

1) Estados miembros que no aceptan la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*)

Dentro de los países que excluyen toda posibilidad sancionatoria de carácter penal de las personas jurídicas se encuentran Bélgica e Italia, si bien en ambos países se admite la responsabilidad de las persona jurídicas por infracciones administrativas.

a) Bélgica

En Bélgica rige el principio *societas delinquere non potest, sed puniri non potest*¹. Es decir, que no sólo se excluye la posibilidad de delinquir, sino también toda posibilidad de sanción. Ello, sin embargo, no significa que no sean posible las sanciones por infracciones administrativas: las sanciones administrativas son aplicables tanto a las personas físicas como a las jurídicas².

A pesar de la vigencia de dicho principio se encuentran algunas leyes en las que se menciona a la persona jurídica como sujeto capaz de recibir sanciones. Así, por ejemplo, el "arreté-loi" de 29 de junio de 1946³, concerniente a la intervención injustificada de intermediarios en la distribución de productos y mercancías, se refiere en su primer artículo a los destinatarios de la norma mencionando a "toda persona física o moral"⁴. Sin embargo, la doctrina es unánime en considerar esta única

¹ DERUYCK, F., "Societas delinquere non potest ... en wat dan nog? Over het ontbreken van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen naar Belgisch recht", *Panopticon*, 1991, pág. 253; el mismo, "Over de problematiek van de rechtspersonen (en ermee gelijkgestelde groeperingen) in het strafrecht naar belgisch en duits recht: de administratieve weg?", *R.W.*, 1990-1991, pág. 1251; el mismo, *Verbandsdelikt und Verbandssanktion. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach belgischem und deutschem Recht*, Gießen, 1990; el mismo, "Probleme der Verfolgung und Ahndung von Wirtschaftskriminalität im deutschen und belgischen Recht", *ZStW* 103 (1991), pág. 705. HENNAU-HUBLET, C., "La criminalisation du comportement collectif", en TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, 1996, pág. 130.

² DE NAUW, D./DERUYCK, F., "Étude comparative des systèmes de sanctions administratives", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, National Reports, Vol. I.; Commission of the European Communities, Luxembourg, 1994, pág. 25.

³ *M.B.* de 4.7.1946. DE NAUW, D./DERUYCK, F., "Étude comparative des systèmes de sanctions administratives", pág. 25.

⁴ Art. 1: "est punie des peines prévues à l'article 4 toute personne physique ou morale qui intervient dans la distribution des produits ... et qui ne remplit pas ... une des conditions suivantes".

El art. 4 prevé las penas de multa y de prisión. Por otro lado, este artículo 4 de la ley reenvía a los capítulos II y III de la ley de 22 de enero sobre la reglamentación económica y de precios (la antigua arreté-loi concerniente a la represión de las infracciones relativas al aprovisionamiento del país (*M.B.* 21. 1. 1945), modificada por la ley de 30 de julio de 1971 sobre la reglamentación económica y de precios (*M.B.* 31. 8. 1971).

disposición legal excepcional como un "un error del legislador nacional"⁵.

Por otro lado, también se encuentra una segunda excepción al principio general en la Ley sobre accidentes de trabajo, Ley de 10 de abril de 1971⁶, modificada por "arreté-royal" n° 39 de 31 de marzo de 1982⁷, en cuyo art. 91, apartado 4, se establece que "la infracción cometida por una persona moral será sancionada, de ahora en adelante, por la persecución de la persona física que haya actuado por la persona moral".

También en la doctrina jurídico-penal belga se discute intensamente sobre la posibilidad de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina tradicional⁸ persiste en la idea de negar dicha responsabilidad argumentando, fundamentalmente, sobre la incapacidad de la persona jurídica para manifestar el elemento moral de la infracción, es decir, el dolo o la culpa. Dicho en otras palabras, y desde esa perspectiva, por su incapacidad de culpabilidad.

Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que mayoritariamente acepta la existencia de una cierta forma de culpabilidad de la persona jurídica⁹ advirtiendo a

⁵ COLAES, J., "De onderneming: een uitdaging voor het recht", RW, 1979-1980, pág. 2299. CONSTANT, J., *La responsabilité pénale non individuelle*, Liège, 1978, pág. 10. DELATTE, P., "La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge", RDP, 1980, pág. 219. MATTHIJS, J., "Een dwingend noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", RW 1975-1976, pág. 386. TROUSSE, P.E., "Sanctions pénales et personnes morales", RDP, 1975-1976, pág. 726. Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les états membres des Communautés Européennes, vol. II, Rapports de synthèse, Luxembourg, 1994.

⁶ *Loi sur les accidents du travail*, M.B., 24. 4. 1971.

⁷ M.B. 3. 4. 1982.

⁸ Por todos, BODSON, P.-L., *Manuel de droit pénal - Principes généraux de la répression*, Faculté de droit de Liège, Liège, 1986, pág. 344.

⁹ COLAES, J., "De onderneming: een uitdaging voor het recht", pág. 2321. CONSTANT, J., *La responsabilité pénale non individuelle*, pág. 29. DELATTE, P., "La question de la responsabilité pénale (continúa...)

su vez sobre la necesidad de adaptar las sanciones penales para la misma. Es evidente que la pena privativa de libertad no es imaginable para este sujeto, pero la pena de multa, como existe en la actualidad en el derecho belga, contemplada en el artículo 40 del Código penal belga, se puede aplicar acompañada inclusive de una pena subsidiaria privativa de libertad¹⁰. En este sentido, también hay un sector doctrinal que sostiene incluso la aplicación de una única pena de carácter patrimonial como puede ser el sometimiento a curatela de la sociedad, la prohibición de contratar en el extranjero o la prohibición de concluir cierto tipo de contratos, así como la clausura temporal o definitiva¹¹.

Dentro de este sector doctrinal que admite la responsabilidad de las personas jurídicas, algunos autores se inclinan, sin embargo, por la aplicación de sanciones no penales y prefiriendo la aplicación de sanciones civiles, fiscales o administrativas¹².

Por otro lado, la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* ha mantenido constantemente la vigencia del principio *societas delinquere non potest* de acuerdo a las reglas generales del Código penal belga de 1867 basado fundamentalmente sobre la

⁹(...continuación)

des personnes morales en droit belge", pág. 223. DE SWAEF, M., "Over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", RW, 1985-1986, pág. 1852. D'HAENENS, J., "Sanctions pénales et personnes morales", RDP, 1975-1976, págs. 739 s. MATTHIJS, J., "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", págs. 393-396. TROUSSE, P.E., "Sanctions pénales et personnes morales", pág. 728.

¹⁰ TROUSSE, P. E., "Sanctions pénales et personnes morales", pág. 720.

¹¹ COLAES, J., "De onderneming: een uitdaging voor het recht", pág. 2313. DE SWAEF, M., "Over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", pág. 1851. MATTHIJS, J., "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", págs. 394 ss.

¹² D'HAENENS, J., "Het economisch strafrecht", TPR, 1979, págs. 868 ss. HANNEQUART, Y., "Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes morales et aux biens á l'occasion des activités de l'entreprise", RDP, 1968-1969, pág. 487. MESSINNE, J., "Le role du juge pénal belge en presence des problèmes économiques", JT, 1970, 431.

responsabilidad individual¹³, como no podía ser de otra manera por la época de su elaboración. Tanto el principio de individualización de las penas¹⁴ como el principio de culpabilidad ha sido la base para negar la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas.

Sin embargo, la Cour de Cassation ha admitido desde su sentencia de 8 de abril de 1946¹⁵ la posibilidad de que una persona jurídica pueda cometer una infracción ("*une personne morale a commis l'infraction*"). Esta afirmación, sin embargo, se entiende en el sentido de que la persona jurídica puede cometer una infracción por medio de sus órganos. En este sentido, la Cour de Cassation ha tenido siempre una posición muy clara y continúa reafirmado su opinión, sostenido ya en su sentencia de 16 de diciembre de 1948¹⁶, sobre la vigencia del principio *societas delinquere non potest sed punire non potest*¹⁷. Si la persona jurídica ha cometido un delito por haber omitido realizar un deber impuesto de forma legal a la misma, la responsabilidad penal por ese hecho se imputa a la persona física, a sus órganos o a sus órganos de vigilancia que hayan omitido cumplir con las obligaciones respecto de la persona jurídica a la que representan¹⁸.

¹³ HENNAU-HUBLET, C., "La criminalisation du comportement collectif", pág. 129.

¹⁴ Numerosas sentencias de la Cour de cassation han reiterado la vigencia del principio general de la individualización de las penas, expresamente previsto en el art. 39 del Código penal belga: Cass., de 10 de octubre de 1979, *Pas.*, 1980, I, 177. Cass., de 12 enero de 1989, *Pas.*, I, 509. Cass., de 4 de febrero de 1992, *Pas.*, I, 491. Cass., de 3 de noviembre de 1992, *Pas.*, I, 1231.

¹⁵ *Pas.* 1946, I, 136.

¹⁶ Cass., de 16 de diciembre 1948, *Pas.*, I, 724.

¹⁷ DE NAUW, D./DERUYCK, F., "Étude comparative des systèmes de sanctions administratives", págs. 26 s.

¹⁸ Así últimamente en las sentencia Cass., de 25. 4. 1989, *Pas.* 1989, I, 884; Cass., de 16 de octubre de 1992, *Pas.*, I, 1162.

Esta solución es considerada por gran parte de la doctrina penal belga como una solución incoherente. En este sentido, van den BRANDEN de REETH, A., "La responsabilité pénale des personnes morales", R.D.P.C., 1953-1954, págs. 627 ss. BODSON, P.L., Manuel de droit pénal, pág. (continúa...)

La jurisprudencia de la *Cour de Cassation* se puede resumir en los siguientes puntos fundamentales en esta materia:

- una persona jurídica puede cometer una infracción¹⁹;
- sin embargo, no es posible aplicarle ninguna sanción²⁰;
- por el contrario, la persona física, por medio de la cual ha obrado la persona jurídica, o a la que incumbía una obligación legal por cuenta de ésta y haya omitido hacerla, deberá ser perseguida y penada²¹.

Esta solución es, en cierta medida, parecida a la hipótesis del "actuar en nombre de otro" (p. ej., art. 15 bis CP español, § 14 StGB, § 9 OWiG, art. 12 CP portugués). En tales casos no se trata, en realidad, como ya hubo oportunidad de decir, de la responsabilidad de las personas jurídicas, sino de la del representante por hechos que requieren una especial cualificación del autor que sólo se da en la persona jurídica representada.

Por último, hay que mencionar algunos casos especiales en la legislación belga de "despenalización parcial", en los que se aplican sanciones a la persona física que actuó en nombre de la persona jurídica:

- art. 55 de la Ley de 14 de julio de 1971 sobre práctica que afectan al mercado: orden de "cessation" de un acto previsto para faltas que afectan a las prácticas de comercio;

¹⁸(...continuación)

343. HENNAU-BUBLET, C./VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, Bruxelles, 1991, págs. 844 ss. DE NAUW, A., "La delinquance des personnes morales et l'attribution de l'infracción à une personne physique par le judge", R.C.J.B., 1992, págs. 557 ss.

¹⁹ DELATTE, P., "La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge", pág. 200.

²⁰ Arret de la cour de cassation de 10 de octubre de 1979 (*Pass.* 1980, I, 177).

²¹ Sentencia Cass. de 25 abril de 1989, *Pass.* 1989, I, 884.

- Ley de 27 de mayo de 1960 sobre la ^{protección} protección contra el abuso de poder económico: que prevé una orden similar para el procedimiento de los abusos de poder económico.

En ambos casos, el incumplimiento es penalmente sancionado, pero dicha sanción sólo puede ser aplicada a la persona física.

b) Italia

El sistema jurídico italiano tampoco admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, dado que el único sujeto capaz de sufrir sanciones es sólo la persona física²². La base jurídica para negar toda responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra, fundamentalmente, en el art. 27, párrafo I, de la Constitución italiana de 1948, según el cual la responsabilidad penal es siempre "personal"²³. Por otro lado, el párrafo tercero del art. 27 de la Constitución recoge el principio de rehabilitación y refuerza así el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad como obstáculo fundamental para admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁴.

Por lo tanto, cualquier incriminación penal supone necesariamente la existencia de "una persona" capaz de culpabilidad para no vulnerar los principios

²² GRASSO, G., "Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, National Reports, Vol. 1., Commission of the European Communities, Luxembourg, 1994, pág. 279. PALIERO, C.E., "Criminal liability of corporations", en TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, 1996, pág. 270.

²³ CRESPI, "Mauvaises pensées et autres sulle disposizioni penali del progetto di riforma delle società", *Rass. penale*, 1929, pág. 628.

²⁴ PALIERO, C.E., "Criminal Liability of Corporations", pág. 255.

constitucionales²⁵. En este sentido, la doctrina jurídico-penal italiana mayoritaria tampoco admite la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁶.

En el ámbito del Derecho administrativo se ha producido cierta evolución hacia a la responsabilidad de las personas jurídicas. En este sentido, la vigencia del art. 6, apartado III, Ley n° 689, de 24. 11. 1981, de Modificación del sistema penal, ha supuesto un gran paso adelante, pues introduce al menos la responsabilidad solidaria de la empresa²⁷:

"Si la infracción ha sido cometida por el representante o dependiente de la persona jurídica o de un ente carente de personalidad jurídica o, en cualquier caso, de un empresario en el ejercicio de las funciones propias de su incumbencia, la persona jurídica o el ente o el empresario están obligados solidariamente con el autor de la infracción al pago de la suma debida por éste".

Esta disposición no hace más que establecer una obligación indirecta y, por lo tanto, accesoria de la persona jurídica por la infracción cometida. Se trata, en realidad, de una *responsabilidad solidaria* de la persona jurídica a fin de poder asegurar el pago de la sanción pecuniaria impuesta al representante por la comisión de una infracción en el ejercicio de sus funciones²⁸.

²⁵ PALIERO, C.E., "Criminal Liability of Corporations", pág. 255. ALESSANDRI, "Art. 27, Commentario della Costituzione", en *Rapporti civile*, vol. IV, 1989, pág. 146; el mismo, *Reati di impresa e modello sanzionatori*, Milano, 1984, pág. 58.

²⁶ Por todos, BRICOLA, F., "Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenome societario", *Revista italiana di diritto procesal penale*, 1970, pág. 951; el mismo, "Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano", en *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, pág. 235.

²⁷ PALIERO, C.E., "Criminal Liability of corporations", págs. 266 ss.

²⁸ GRASSO, G., "Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien", pág. 280. PALIERO, C.E., "Criminal Liability of corporations", pág. 267, quien además critica esta solución advirtiendo que no es ninguna solución real para el problema en cuestión. TESAURO, "Le persone giuridiche quali destinatari del diritto penale", *Foro penale*, 1962, pág. 237.

Sin embargo, en esta situación adversa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han comenzado a surgir modelos de responsabilidad directa de las personas jurídicas en leyes especiales reguladoras fundamentalmente del mercado económico: regulación en el marco del derecho de la competencia, insider-trading o telecomunicaciones.

En este sentido, la Ley no. 287 de 10 de octubre de 1990, sobre protección del mercado y de la competencia, establece en su art. 19 que si una empresa viola las reglas de concentraciones o de monopolio, la autoridad administrativa (*Autorità garante*) podrá imponer multas administrativas. Se recoge así la responsabilidad de la empresa dentro del Derecho administrativo²⁹.

En relación al insider-trading la Ley no. 157 de 17 de mayo de 1991 contempla en su art. 7 sanciones de astringentes y de multa aplicables directamente al sujeto a quien se le atribuye la infracción, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica³⁰.

Por último, la llamada "*Ley Mammì*" (Ley no. 223 de 6 de agosto de 1990) que regula el ámbito de las telecomunicaciones no sólo contempla sanciones administrativas aplicables directamente a la empresa, sino que establece en su art. 33 otro tipo *ad hoc* de sanciones exclusivamente aplicables a empresas: la obligación de venta de la empresa o de las participaciones, lo que puede llegar a implicar, en definitiva, la disolución de la misma³¹.

Tanto el sistema belga como el italiano regulan consecuencias jurídicas indirectas sobre la persona jurídica de las infracciones cometidas por personas físicas

²⁹ PALIERO, C.E., "Criminal liability of corporations", pág. 269.

³⁰ PALIERO, C.E., "Criminal Liability of Corporations", pág. 269.

³¹ PALIERO, C.E., "Criminal Liability of Corporations", pág. 269.

en el seno de aquellas. El inconveniente de este carácter accesorio es la necesidad de establecer previamente la responsabilidad penal de la persona física para poder vincular luego ciertas consecuencias con la persona jurídica.

La introducción de sanciones administrativas a la persona jurídica no hace más que poner de manifiesto la necesidad real de afrontar un problema que requiere una solución jurídica, mostrando además la crisis del sujeto y la incapacidad por buscar una solución más profunda.

2) Estados miembros que aceptan una responsabilidad directa de las personas jurídicas (*societas delinquere potest*)

Dentro de los países que aceptan la responsabilidad directa de las personas jurídicas es necesario hacer una diferenciación entre (1) aquellos en los que el legislador no se encuentra limitado por mandatos constitucionales que regulan el *principio de culpabilidad* y (2) aquellos en los que el principio de culpabilidad tiene un rango constitucional, asignándole un carácter obligatorio para el legislador ordinario en materia penal.

Como ya hemos dicho, el *principio de culpabilidad* tradicionalmente supone que la persona a la que se le reprocha un injusto penal tuvo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto y que pudo haberse motivado de acuerdo a ese conocimiento. Dicho de otra manera, una persona es capaz de motivarse por el Derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico-penal y si además pudo motivarse por la misma.

En este sentido la doctrina clásica ha admitido casi unánimemente que la persona jurídica como tal no puede delinquir, dado que carece de los presupuestos

de inteligencia y voluntad imprescindibles para sufrir el reproche propio de la infracción penal.

Por lo tanto, aquellos países en los que dicho principio tiene un reconocimiento con rango constitucional se ven con mayores dificultades a la hora de incorporar a sus legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

a) Estados en los que el principio de culpabilidad no es un límite constitucional

a1) Holanda

Holanda es quizás el país más ilustrativo del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El art. 51 del Código penal holandés admite la comisión de delitos tanto por personas físicas como por persona jurídicas. Rige, por lo tanto, en el ordenamiento penal holandés la máxima: "*societas delinquere potest*"³².

El primer antecedente legislativo que contiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue la *Wet op de Economische Delicten (WED)*³³ (Ley de delitos económicos) de 22 de junio 1950, que según la reforma introducida por la Ley de 24 de mayo de 1976, incorporó el art. 15 que permitía la responsabilidad directa de las personas jurídicas o de la sociedad, asociación o patrimonio de afectación, o de aquellos que hubieran tenido la dirección de hecho de la acción u omisión prohibida, o contra ambos. Este art.15 fue derogado, pero su contenido fue recogido por el art.

³² DE DOELDER, H., "The system of the administrative and penal sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, National Reports, Vol. I., Commission of the European Communities, Luxembourg, 1994, pág. 307. TORRINGA, R. A., *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arhem, 1984; el mismo, *De rechtspereon als dader - strafbaar leiding geven aan rechtspersonen*, Arhem, 1988.

³³ Act of 22 June 1950, Stb K 258.

51 del Código penal holandés (WvS) que entró en vigor en 1976. La pena que establece esta disposición es de multa hasta 1 millón de gulden³⁴.

Según el art. 51 CP también las personas jurídicas pueden ser autores de un ilícito penal:

- "1. Los delitos pueden ser cometidos por persona físicas o por personas jurídicas.
2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, pueden ser perseguidas y sancionadas:
 1. la empresa, o
 2. la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o
 3. cualquiera de los sujetos a la vez."

Es condición para poder imputar el injusto a la persona jurídica que una o varias personas físicas hayan actuado en la esfera de la misma. La opinión dominante sostiene al respecto que un injusto sólo puede ser imputado a una persona jurídica, si ésta tenía el poder de disponer sobre el comportamiento punible (el llamado *criterio de poder*) y además aceptó o solía aceptar ese comportamiento (el llamado *criterio de aceptación*)³⁵. Tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran además que la decisión de un órgano de la empresa no es suficiente para fundamentar la autoría de la persona jurídica. Por el contrario, resulta suficiente que el hecho aparezca realizado dentro del *contexto social*³⁶ como una acción de la persona jurídica. El criterio de

³⁴ DE DOELDER, H., "Criminal liability of Corporations", en TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, 1996, págs. 291 s. MULDER, A., *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983, págs. 17 ss.

³⁵ van DE REYT, I., "Landesbericht Niederlande", en ESER A./HUBER, B. (Ed.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 4*, Landesberichte 1989/1992, Teil 2, Freiburg, 1993, pág. 959, 960.

³⁶ Es decir, que se está aquí limitando el ámbito de acciones que pueden ser consideradas como propias de la empresa. DE DOELDER, H., "Criminal Liability of Corporations", pág. 292. En este (continúa...)

imputación es pues que la acción se entienda dentro del *contexto social* como una acción propia de la persona jurídica.

El art. 51 CP sólo establece pautas mínimas de los requisitos de imputación de un injusto a la persona jurídica. Por otro lado, la *jurisprudencia* también ha establecido algunos criterios adicionales. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de La Haya (sentencia de 13. 2. 1988, NJ 1989, 707) admitió la autoría de una persona jurídica porque las acciones de su empleador se tienen en cuenta en el tráfico societario como una acción propia de la persona jurídica y, además, ésta era la que obtenía indiscutiblemente los *beneficios* de aquella acción.

La jurisprudencia también ha admitido la responsabilidad penal de *personas jurídicas de Derecho público*, siempre que no actúe en el marco del desarrollo de deberes establecidos legalmente en el sentido del capítulo VII de la Constitución holandesa³⁷.

El art. 51 CP prevé, como también lo hacía el art. 15 WED, la posibilidad de la *persecución penal de la persona física* que haya tenido la dirección de la acción prohibida. Lo decisivo para poder imputar la acción también a la persona física es que ésta haya tenido un "rol determinante" en la realización de la acción punible.

³⁶(...continuación)

mismo sentido, se ha expresado algún sector de la doctrina; confr. al respecto STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 299. VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", págs. 432 s.

³⁷ Por ejemplo, sentencia del Hoge Raad de 23.10.1990, NJ 1991, 496: en este caso el municipio había destruido una especie de pájaros contraviniendo así el art. 8 de la Ley de aves. Pero el municipio no pudo ser perseguido penalmente, porque había actúa de acuerdo a la ley municipal para la conservación de espacios verdes.

Por el contrario, en la *Lex Mulder (Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften)*³⁸ no se encuentra ningún precepto expreso de sanciones administrativas a las personas jurídicas. Sin embargo, la opinión dominante es que existe competencia para castigar a las personas jurídicas³⁹. En la legislación tributaria también existió siempre esa posibilidad. Por lo tanto, la opinión dominante así como la jurisprudencia admiten la posibilidad de imponer una sanción a la persona jurídica tanto por un delito penal como por una infracción administrativa⁴⁰.

Recientemente, en el marco de las sanciones administrativas el nuevo Código General de Derecho Administrativo⁴¹ no establece diferencias entre la persona física y la jurídica como sujeto de las infracciones administrativas. El art. 1:2 define al sujeto responsable simplemente como "la parte interesada", pudiendo ésta ser tanto una persona física como jurídica. A su vez, el art. 1:2, párrafo tercero, menciona expresamente el interés de una empresa: como posible factor de interés general y colectivo. Esto reafirma la posibilidad de imponer la (clásicas) sanciones administrativas también pueden imponerse a las personas jurídicas⁴².

a2) Francia

Tradicionalmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba excluida en Francia del ámbito del Derecho penal, pero ha sido admitida por el

³⁸ La ley fue proyectada por MULDER de quien obtuvo el nombre por la que se la llama. Confr. DE DOELDER, H., "The system of the administrative and penal sanctions", pág. 301. MULDER, A., *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983, págs. 17 ss.

³⁹ KONING-DE JONG, E.M., "De totstandkoming van de Wet Mulder", en DE DOELDER, H./ROGIER, L.J.J./van RUSEN GOREN, P.M. (Ed.), *De Wet Mulder in perspectief*, Arnhem 1990, págs. 13 ss.

⁴⁰ DE DOELDER, H., "La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda", en SUAREZ GONZÁLEZ, C./SCHÜNEMANN, B., (Ed.), *Hacia un Derecho penal económico*, Madrid, 1995, pág. 499.

⁴¹ *De Algemene wet bestuursrecht*, de 4 de junio de 1992, Stb. 1992, 315.

⁴² DE DOELDER, H., "Criminal Liability of Corporations", pág. 295.

Parlamento en su Proyecto de Código penal⁴³ y la posterior sanción del nuevo Código Penal.

Actualmente se admite en Francia, desde la sanción del Nuevo Código Penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El *Nouveau Code pénal*⁴⁴, en vigor desde el 1. de marzo de 1994, contiene las disposiciones referentes a este tema. Quizás sea ésta la mayor novedad, en el marco de la parte general, de este nuevo Código penal.

Los antecedentes de esta nueva incorporación se remontan al *Avant-Project (definitiv) de Code Pénal de 1978*⁴⁵. En los arts. 37-39 del Avant-Project se extendían las reglas de la responsabilidad penal a "toda agrupación cuya actividad sea de naturaleza comercial, industrial o financiera" (art.37). Además de esta declaración general de responsabilidad se precisaba en el art. 38 las condiciones o requisitos necesarios para poder imputar un delito a una persona jurídica: a) que el delito haya sido cometido por voluntad deliberada de sus órganos, b) que fuese cometido en su nombre y c) que fuese en interés colectivo. Finalmente, el último párrafo de este artículo disponía que "cuando el delito no haya sido cometido en interés colectivo, serán penalmente responsables de la infracción los miembros de la agrupación, personas

⁴³ *Rapport Sapin, Commission mixte paritaire*, de 2 de abril de 1991, doc. Ass. nat. n° 1945, en el que se afirma: "Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalment, selon les distinctions des articles 121-4 à 127-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants". Confr. DELMAS-MARTY, M./TEIGEN-COLLY, C., "Vers un droit administratif pénal?", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, National Reports, Vol. I., Commission of the European Communities, Luxembourg, 1994, pág. 202. BOULOC, B., "La criminalisation du comportement collectif", en TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, XIVE Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, 1996, pág. 235.

⁴⁴ Lois du 22 juillet 1992.

⁴⁵ DELMAS-MARTY, M., "Strafbarkeit und Strafhaftung multinationaler Unternehmen", en TIEDEMANN, K., *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980, págs. 73 ss. DELMAS-MARTY, M./TEIGEN-COLLY, C., "Vers un droit administratif pénal?", pág. 175.

físicas o grupos, por cuya voluntad y por cuyo interés los hechos hayan sido realizados". Por otro lado, sólo se incluía dentro de estas disposiciones a las "personnes morales", excluyendo a las que carecían de tal personalidad, así como a las personas físicas que hubiesen actuado por su cuenta (por ejemplo, las personas jurídicas aún en fase de constitución).

De este importante antecedente nacen las disposiciones que hoy contiene el *Nouveau Code pénal* (NCP) en sus arts. 121 y ss.

Antes de referirme a estos preceptos, hay que señalar que en Francia no parecen existir impedimentos de índole constitucional para poder contemplar este tipo de responsabilidad. Ni el *Conseil Constitutionnel* ni el *Conseil d'Etat* han apreciado ningún inconveniente constitucional en los dictámenes que ambos debieron elaborar sobre el NCP⁴⁶ antes de su sanción por el Parlamento.

Según el art. 121-2 NCP las personas jurídicas son punibles como autoras o partícipes tanto de una acción como de una omisión, siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida expresamente por la ley y que el hecho haya sido realizado por un órgano o representante de la misma en su propio beneficio⁴⁷.

⁴⁶ Decisión del Conseil constitutionnel de 30.7.82, en que se dice que: "No existe ningún principio constitucional que prohíba imponer sanciones pecuniarias o multas a las personas jurídicas". También en este sentido, DELMAS-MARTY, M., "Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code Pénal", en SCHÜNEMANN, B./SUAREZ GONZALEZ, C., (Ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, Madrid-symposium für Klaus TIEDEMANN, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, pág. 305 ss. KOCH, B., "Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen Französischen Code pénal", en ZStW (107), 1995, pág. 406.

⁴⁷ En este sentido, también se encuentran sometidas al Derecho penal francés y, por lo tanto, son punibles de acuerdo con lo establecido en art. 121-2 NCP francés, las personas jurídicas *extranjeras*. Ello es consecuencia directa del reconocimiento del principio de territorialidad recogido en el art. 113-2 NCP. Se considera que un delito ha sido cometido en Francia, cuando allí se haya realizado un elemento del tipo -la acción o el resultado-. Sin embargo, antes de poder proceder contra una persona jurídica extranjera, el juez deberá comprobar, si de acuerdo con el derecho extranjero se le reconoce a la empresa capacidad jurídica. Confr. en este sentido, DELMAS-MARTY, M., "Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code Pénal", pág. 309. BOULOC, B., "La criminalisation du comportement collectif", pág. 238.

En primer lugar, en relación a quiénes pueden ser sujeto según este precepto, se establece que toda persona jurídica puede ser responsable penalmente, es decir, tanto una persona jurídica de Derecho privado como de Derecho público, con excepción de Estado⁴⁸. Dentro de las personas jurídicas de Derecho privado se excluye la responsabilidad penal respecto de aquellas que aún se encuentren en fase de constitución. En tal caso, tampoco será responsable la persona jurídica posteriormente constituida de forma legal por hechos cometidos por sus fundadores durante dicha fase. También se excluyen aquellas personas jurídicas que se encuentren en fase de liquidación. Según el art. 133-1 NCP la sanción penal respecto de las mismas se extingue con su liquidación. Sin embargo, si se le hubiese impuesto una pena de multa antes de la liquidación deberá pagarse aunque ya se encuentre liquidada.

La mayor novedad dentro de este mismo tema lo constituye la inclusión de la responsabilidad penal de las *personas jurídicas de Derecho público*⁴⁹. Si bien en la doctrina no se discute que de existir una responsabilidad penal de la persona jurídica ésta ha de ser siempre de derecho privado, la inclusión de personas jurídicas de derecho público plantea numerosas discrepancias. A favor de la punibilidad de las mismas se esgrimen dos argumentos: 1) se parte del hecho de que la persona jurídica de derecho público puede delinquir, ya que es capaz de formar una voluntad unitaria y 2) se tiende a hacer referencia a la realidad criminológica, en la que éstas tienen un gran poder en ámbitos de gran importancia como ser la economía, la salud pública, medio ambiente, legislación de carácter social, etc. Para que la persona jurídica de derecho público pueda ser responsable existe, sin embargo, una limitación: sólo es punible si el delito se lleva a cabo dentro de un servicio público que por medio de un acuerdo pueda ser

⁴⁸ BOULOC, B., "La criminalisation du comportement collectif", pág. 238.

⁴⁹ BOULOC, B., "La criminalisation du comportement collectif", pág. 239.

transferido a otra persona ("*dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public*"⁵⁰).

En segundo lugar, el art. 121-2 NCP hace referencia a que dicha responsabilidad debe estar establecida legalmente. Es decir, no se regula automáticamente dicha responsabilidad con carácter general. Es necesario que dicha punibilidad esté contenida expresamente en una ley (*loi*) o en un reglamento (*règlement*⁵¹). Por lo tanto, rige aquí el *principio de especialidad*. Ello significa que no existe principio de igualdad entre la persona jurídica y la persona física para la imputación de un delito. Sin embargo, son numerosos los delitos que expresamente pueden cometer las personas jurídicas. Así, por ejemplo, dentro del ámbito de los delitos contra las personas (libro 2. NCP), se recogen los siguientes delitos: homicidio imprudente (art. 221-7) y lesiones imprudentes (art. 222-21) que tengan lugar dentro de accidentes de trabajo; tráfico de drogas (art. 222-42), experimentos llevados a cabo con personas (art. 223-9), delito de discriminación (art. 225-4), delitos de prostitución (art. 225-12), trabajos en condiciones inhumanas (art. 225-16) y el delito de calumnia (art. 226-12).

Dentro de los delitos contra el patrimonio (libro 3. NCP) se prevé que casi todos pueden ser realizados también por personas jurídicas (hurto (art. 311-16), robo con amenazas (art. 312-5), estafa (art. 313-9), administración desleal (art. 314-2), daños (art. 322-17), etc.).

⁵⁰ Por ejemplo, un Municipio puede ser punible por una infracción cometida en el marco de la recogida de basuras, porque ésta es una actividad que puede ser realizada por otra persona.

⁵¹ Se trata de una limitación a la cláusula general del art. 121.1 NCP francés similar a la contenida en la disposición española del art. 129 CP, en el cual también se limita la aplicación de las consecuencias accesorias a la persona jurídica sólo a aquellos tipos de la Parte especial que expresamente lo contemplen. Confr. en relación a la aplicación de las consecuencias accesorias en el Derecho Penal español, Capítulo IV.

Por último, también se prevén algunos delitos contra la Nación, el Estado y el orden público (libro 4. NCP): acciones de terrorismo (art. 422-5), ataques contra la autoridad del Estado (art. 431-20), corrupción (art.433-25), etc.

Por otro lado, también se contiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en otras leyes: por ejemplo, la *Ley de derechos de autor*, la *Ley sobre investigaciones biomédicas*, la *Ley de protección del medio ambiente* o la *Ley del agua*.

Para que sea posible imputar el delito a la persona jurídica es necesario, por último, que la acción haya sido llevada a cabo por un órgano o representante legal en beneficio de la persona jurídica ("*pour leur compte*"). Es decir, que se requiere, pues, la actuación de una persona física. Es necesario un hecho de conexión y, además, se debe dar como elemento objetivo y subjetivo un beneficio para la persona jurídica⁵².

En resumen, la imputación de un delito a una persona jurídica se encuentra, de acuerdo al Nouveau Code Pénal, sometido a las siguientes criterios:

- a) *sujetos*: personas jurídicas de Derecho privado y público;
- b) *acción*: de un órgano o representante legal de la persona jurídica;
- c) que se realice con el propósito de obtener un beneficio para la misma y que dicho beneficio se pudiese dar.

Por último, mencionar que la existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye en absoluta la responsabilidad penal en la que haya incurrido la persona física que actuó.

Las *sanciones* que se contemplan son de índole penal, correccional y contravencional. Se encuentran contenidas en el art. 131-39 y así se prevén, por

⁵² BOULOC, B., "La criminalisation du comportement collectif", pág. 244.

ejemplo, penas de multa, la clausura, la prohibición temporal o definitiva de realizar una determinada actividad empresarial.

Por el momento, dado la inminencia de la entrada en vigor de este NCP, no existe aún jurisprudencia del *Tribunal de Cassation* al respecto.

a3) Reino Unido

Uno de los modelos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas más antiguo en Europa lo tiene, probablemente, el Reino Unido. La idea de la empresa como sujeto del Derecho penal está firmemente afianzada⁵³. Sin embargo, esta aceptación que fue producto de una evolución paulatina no tuvo lugar de forma sistemática⁵⁴. En este sentido, la capacidad de la persona jurídica para poder estar representada en un juicio por un representante o la aceptación de la necesidad de la intervención de una persona natural para llevar a cabo acciones en nombre de la empresa se remonta recién al *Criminal Justice Act* de 1925 que recoge en su s. 33 dicha posibilidad⁵⁵. Por otro lado, los tribunales también han sido siempre favorables a admitir la *vicarious liability* de la empresa por hechos cometidos por sus empleados o por sus agentes del mismo modo que se admite la responsabilidad de la persona física⁵⁶.

⁵³ SMITH, J.C./HOGAN, B., *Criminal Law*, 7. ed., 1992, págs. 178 ss. WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, 2. ed., 1983, capítulo 44. LEIGH, L.H., "The System of Administrative and Penal Sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, National Reports, Vol. I., Commission of the European Communities, Luxembourg, 1994, pág. 354.

⁵⁴ HARDING, C., "Criminal Liability of Corporations", en TIEDEMANN, K/ de DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, 1996, pág. 369.

⁵⁵ HARDING, C., "Criminal Liability of Corporations", pág. 369.

⁵⁶ *Great North of England Railway Co.* (1846) 9 QB 315; *Griffiths v Studebakers Ltd.* (1924) 1 KB 102.

En este sentido, la evolución más significativa ha sido la de la doctrina judicial de la "identificación" (*doctrine of "identificacion"*), basada en el reconocimiento de que toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma y éstas pueden ser consideradas como su *alter ego*. Por lo tanto, todo hecho cometido por dichas personas -incluido cualquier delito de carácter penal- puede ser imputado como un hecho de la empresa⁵⁷.

Por un lado, la *teoría de la identificación* ha supuesto una flexibilización posibilitando la imputación de responsabilidad penal a las empresas incluso en situaciones en las que la responsabilidad penal se basa en un comportamiento "calculado" por la mente del sujeto (se refiere a los delitos que suponen la existencia de *mens rea*). Y, por otro lado, ha tenido un efecto limitador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exigiendo el descubrimiento de una persona física *específica* que ha ejercido el control de la empresa. En este sentido las personas jurídicas suelen responder penalmente por hechos relacionados con la *esfera de actividad específica (typical sphere of activity)*⁵⁸. La mayoría de los casos de responsabilidad penal de personas jurídicas se presentan en el marco del Derecho penal

⁵⁷ *ICR Haulage Co Ltd* (1944) KB 551. *Lennards Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd* (1915) AC, pág. 713, en donde se expresa de forma muy gráfica la idea rectora de esta teoría: "... a corporation is an abstraction. It has no mind of its own, any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the corporation".

Esta doctrina se ve obligada a establecer una continua comparación entre la persona física y la jurídica e intenta encontrar la "mente" y el "cuerpo" de ésta última; así se ve en los argumentos empleados en las sentencias, por ejemplo, *H L Bolton (Engineering) Co Ltd v T J Graham & Sons Ltd* (1957) 1 QB 159, pág. 172: "A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company and control what it does. The state of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such".

Como se puede observar estos argumentos no difieren en gran medida de los utilizados ya por Gierke en la fundamentación de su *teoría de la personalidad real* de la persona jurídica.

⁵⁸ HARDING, C., "Criminal Liability of Corporations", pág. 370.

económico o de supuestos típicos reguladores de la actividad empresarial. Ello, a su vez, se encuentra determinado por el propio tipo de la actividad empresarial relacionada con intereses económicos y, por lo tanto, posibilitando también la clásica sanción pecuniaria⁵⁹.

Por esta razón, la prueba necesaria para poder imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica es la existencia de una persona física que "represente de forma directa la mente y la voluntad" de la persona jurídica⁶⁰. Es decir, que para el Derecho inglés es determinante el descubrimiento de la persona que ejerce el control (*controlling person*), estableciendo así la diferenciación entre el "cerebro" o "centro nervioso" ("brain" o "nerve centre") de las "manos" ("hands") -no existente en la doctrina de la identificación-, debido al hecho de que la actual división del trabajo existente en una empresa -dependiendo naturalmente del tipo de empresa que se trate-, por regla general, no permite reconducir un hecho a una única persona. En este sentido, fue de suma importancia el *leading case Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* en el que dicha distinción quedó expresamente establecida⁶¹. Sin embargo, a pesar del esfuerzo de los jueces, también en este caso por establecer dicha diferenciación, se vieron limitados por la teoría de la identificación para separar estas dos cuestiones. En cualquier caso, la importancia de esta sentencia reside en la manifestación de fomentar que el "control" de la empresa deba estar recogido en el estatuto de la misma a fin de

⁵⁹ HARDING, C., "Criminal Liability of Corporations", pág. 371.

⁶⁰ *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* (1972) AC 153, pág. 171.

⁶¹ *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* (1972) AC 153, pág. 171: "Normally, the board of directors, the managing director and perhaps other supervisor officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of direction. But the board of directors may delegate some part of their functions of management giving to their delegate, full discretion to act independently of instructions from them. I see no difficulty in holding that they have thereby put such a delegate in their place so that within the scope of their delegation he can act as the company".

Sobre este caso, muy interesante el comentario de FISSE, B./BRAITHWAITE, J., "The Allocations of Responsibility for Corporate Crime", *Sydney Law Review* 11 (1988), págs. 504 s.

evitar actos de delegación ambiguos y no definidos⁶².

A pesar de la aceptación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho inglés algunos autores tienen sus dudas sobre la efectividad de dicha responsabilidad, toda vez que las sanciones son de carácter económico y pueden ser calculados como parte de los gastos de la empresa⁶³.

Además de la extensa recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia, dicha responsabilidad se encuentra recogida en numerosas leyes. Uno de los ejemplos más reciente es la ley Natural Heritage (Scotland) Act 1991 (c. 28) (27. 6. 1991). Se trata aquí de una ley sobre la protección del medio ambiente y la naturaleza. Los preceptos de carácter penal que contiene dicha ley se refieren al uso indebido de aguas para riego (s. 16) y contravenciones sobre las ordenanzas relativas a la sequía. Esta ley fundamenta además de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también la responsabilidad de los directivos, directores o altos empleados de las mismas, si el delito fuera cometido con su consentimiento⁶⁴.)

a4) Finlandia

El Código penal finlandés de 1889 (39/1889) no contiene ninguna disposición legal para la "incriminalización" de las personas jurídicas y, en principio, sólo son punibles las personas físicas⁶⁵, si bien las personas jurídicas pueden ser

⁶² HARDING, C., "Criminal Liability of Corporations", pág. 373.

⁶³ SMITH, J.C./HOGAN, B., *Criminal Law*, págs. 184 s. HARDING, C., "Criminal Liability of Corporations", pág. 382.

⁶⁴ HUBER, B., "Landesbericht Großbritannien", en ESER, A./HUBER, B., *Strafrechtsentwicklung* 4, *Landesberichte 1989/1992*, Teil 1, Freiburg, 1993, pág. 635.

⁶⁵ JOUSTEN, M., *The Criminal Justice System of Finland: A General Introduction*, Ministry of Justice, Helsinki, 1990. UOTILA, J., (Ed.), *The Finnish Legal System*, Helsinki, 1985. PELLINEN, T., "The Finnish System of Penal sanctions and Its Reform", en *Towards a Total Reform of Finnish Criminal* (continúa...)

sancionadas en virtud de numerosas leyes⁶⁶. En este sentido, se pueden nombrar a título de ejemplo las siguientes: *Company Act* (734/78), *Cooperative Banks Act* (247/54), *Associations Act* (503/89), *Bookkeeping Act* (904/85), *Small Business Act* (88/389).

Pero la discusión en torno a este tema ha sido muy debatido en los últimos años. La discusión tomo cierta entidad a partir de la publicación del proyecto del *Penal Code Task Force* sobre "Criminal Liability of Corporate Bodies" en 1987. Siguiendo esta propuesta el Gobierno presentó al Parlamento en junio de 1993 un Proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (*Bill on corporate criminal liability*)⁶⁷.

En este sentido, la segunda etapa de la reforma global del Derecho penal finlandés (*Total reform of criminal law*) prevé la introducción de preceptos específicos de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito haya sido cometido como parte de una actividad corporativa ("as part as corporate activity"). Por lo tanto, también en Finlandia existe la intención de incorporar en breve disposiciones respecto de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas⁶⁸.

⁶⁵(...continuación)

Law, Department of Criminal Law and Judicial Procedure (Ed.), University of Helsinki, 1990, pág. 159. RIIHIJÄRVI, M., "Criminal Liability of Corporations", en TIEDEMANN, K/ de DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, 1996, pág. 204.

⁶⁶ RIIHIJÄRVI, M., "Criminal Liability of Corporations", pág. 206.

⁶⁷ Oikeushenkilön rangaistusvastuu. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 13/1987 ("The Criminal Liability of Corporate Bodies", Publication 13/1987 of the Legislative Department of the Ministry of Justice); posteriormente publicada como Laintarkastuskunnan lausunto 3/1990 (Publication 3/1990 of the Commission for the Examination of Legislation); y finalmente, publicada como Bill 95/93.

⁶⁸ JOUSTEN, M., "Landesbericht Finnland", en ESER, A./HUBER, B., (Ed.), *Strafrechtsentwicklung 4, Landesberichte 1989/1992*, Teil 1, Freiburg 1993, pág. 425.

a5) Irlanda

La regla general que se aplica en Irlanda en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que en la medida en que un delito pueda ser imputado a una persona de la empresa, sea un directivo o cualquier otro trabajador, la empresa puede ser punible también con una pena de multa. La responsabilidad que se le imputa a la persona jurídica tiene lugar en base a los principios de la *vicarious liability*⁶⁹.

Como ejemplo, la s. 503 (*section*) de la *Income Tax Act 1967* prevé en el marco de infracción relativas a impuestos la pena de multa para cualquier tipo de persona ("a body of person"), lo que incluye a la persona jurídica que cometa el ilícito⁷⁰.

a6) Dinamarca

Según el Código penal danés sólo son punibles las personas físicas⁷¹. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo tanto, no está admitida como principio general.

Sin embargo, está recogida en numerosos textos legales⁷². Así, por ejemplo, desde 1991 la *Ley de protección del Medio Ambiente*, n° 358 de 6.6.1991 en la que se prevé la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Dentro de éstas puede ser responsable el órgano que tomo la decisión y también la persona física.

⁶⁹ KLUMPE, "Landesbericht Irland", en ESER, A./HUBER, B., (Ed.), *Strafrechtsentwicklung 4*, Landesberichte 1989-1992, Teil 1, Freiburg, 1993, pág. 745.

⁷⁰ HANDOLL, "The System of Administrative and Penal Sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*, vol. I, Luxembourg, 1994, pág. 250.

⁷¹ GREVE, V./GULMANN, C., "The System of Administrative and Penal Sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*, Vol. I., Commission of the European Communities, Luxembourg, 1994, pág. 75.

⁷² GREVE, V./GULMANN, C., "The System of administrative and Penal Sanctions", pág. 75.

Incluso se admitido la posibilidad de la responsabilidad penal del Estado en la Ley de seguridad y salud en el trabajo (*Safety and Health at Work Act*)⁷³.

b) Estados miembros en los que el principio de culpabilidad opera como un límite constitucional

b1) Alemania

En Alemania tampoco se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El impedimento es el mismo que el que se invoca en nuestro ordenamiento: la vigencia y reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad⁷⁴.

Pero, ello no impide que haya un reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de infracciones administrativas. Así el *Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)* de 1968 (Ley de contravenciones o infracciones administrativas) recoge en su § 30, es su redacción modificada por la 2. WiKG de 1986 (Ley de criminalidad económica), la responsabilidad directa de las personas jurídicas. Esta responsabilidad presupone, en primer lugar, que alguien haya actuado como órgano con poderes de representación de una asociación, como miembro de la dirección o como socio de una sociedad comercial de personas y, en segundo lugar, que en dicha actuación haya cometido un delito o una contravención al orden. Es decir, que es necesario un hecho de conexión llevado a cabo por una persona física o por un órgano de la persona jurídica. Además el § 30 exige que se den las siguientes condiciones:

- que la acción del órgano hayo vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación; y,

⁷³ VESTERGAARD, "Landesbericht Dänemark", en ESER/HUBER Ed.), *Strafrechtsentwicklung* 4, Teil 1, Freiburg, 1993, pág. 87. GREVE, V./GULMANN, C., "The System of administrative and Penal Sanctions", pág. 75.

⁷⁴ Por todos JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, págs. 225, 227. WEIGEND, T., "The System of Administrative and Penal Sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, National Reports, vol. I., Commission of the European Communities, Luxembourg, 1994, págs. 103 s.

- que por medio del delito o la contravención la persona jurídica o asociación se haya enriquecido o se hubiese debido enriquecer.

La sanción que se impone por dicha infracción es de multa.

Por otro lado, el mismo § 30 también establece en el párrafo 4 una norma procesal importante, según la cual "si por el delito de la contravención no se incoa procedimiento penal o administrativo, o se suspende la imposición de la pena, la multa administrativa se podrá imponer independientemente". Si dicha multa se aplica, el párrafo 5, dispone además que en tal caso no tendrá lugar el comiso de las ventajas patrimoniales obtenidas mediante el hecho punible o la contravención que se prevén en los §§ 73 StGB o 29a OWiG.

La doctrina alemana ha criticado en relación a esta regulación la limitación del círculo de autores que pueden realizar el hecho que sólo contemplaba a un órgano o a un miembro de dirección de la persona jurídica, entendiendo que sería necesario la ampliación a los que "de cualquier otra manera sean responsables de la dirección de la empresa"⁷⁵.

También se debe resaltar que en Alemania se recoge la figura del *actuar en nombre de otro* tanto en el § 14 StGB como en el § 9 OWiG.

Por otro lado, el BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) también ha afirmado ya desde 1966 (BVerfGE 20, 323) que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional y que sus consecuencias también son aplicables a la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas.

⁷⁵ BOUJONG, K., *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, CRAMER, P., § 30, NM 18; SCHÜNEMANN, B., "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", pág. 49.

b2) Portugal

En el Derecho portugués también se encuentra recogido con rango constitucional el principio de culpabilidad (arts. 1, 5 y 13 de la Constitución portuguesa), por lo cual el legislador se ve sometido a los límites ya expuestos. Por lo tanto, el Código Penal portugués establece en su artículo 11 la responsabilidad individual: "salvo disposición en contrario, solamente son susceptibles de responsabilidad penal las personas físicas"⁷⁶.

Portugal dispone, a su vez, del *Decreto-Lei n° 433/82, de 27 de octubre (Institui o ilícito de mera ordenacao social)*, similar a la Ley de contravenciones alemana (OWiG), que en su art. 7 establece la "responsabilidad de personas colectivas o equiparadas". De acuerdo con esta disposición "las multas administrativas (coimas) son aplicables tanto a las personas colectivas o equiparadas a ellas, así como a las asociaciones sin personalidad jurídica". Asimismo, se establece en el art. 7 que las personas colectivas o equiparables a ellas serán responsables por las contravenciones realizadas por sus órganos en el ejercicio de sus funciones.

Las sanciones se establecen en el art. 17.3 y son multas cuya gravedad dependerá según que se trate de una infracción dolosa o culposa.

Al igual que en España y en Alemania, en el Código penal portugués también se prevé en su art. 12 la figura del actúa en nombre de otro, que permite aplicar la sanción a "los órganos de una persona colectiva, sociedad o mera asociación de facto".

⁷⁶ LOBO MOUTINHO, J./SALINAS MONTEIRO, H., "La criminalisation du comportement collectif", en TIEDEMANN, K/ DE DOELDER, H., *La criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, 1996, pág. 319.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMUNITARIO.

En el Derecho comunitario se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas. En particular, los arts. 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE) establecen dentro del marco del Derecho de la competencia que se prohíben acciones de determinados sujetos. De forma breve, se puede decir que los sujetos son las empresas y las asociaciones de empresas; las acciones que se prohíben consisten en *restringir, impedir o falsear la competencia por medio de acuerdos (entre empresas), decisiones (de asociaciones de empresas) o prácticas concertadas*.

Las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición que contiene el art. 85 TCEE se encuentran en parte contenidas en la misma disposición en su párrafo 2, según la cual tales acuerdos o decisiones serán nulos.

El TCE prevé expresamente en el art. 87.2 a) la posibilidad de reforzar las prohibiciones contenidas en los arts. 85 y 86 mediante multas y astreintes establecidas en reglamentos o directivas. Estas disposiciones deben ser adoptadas por el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo (art. 87. 1). El Consejo ha hecho uso de tal facultad dictando el *Reglamento n° 17* de 6.2.1962 ("Primer reglamento de aplicación de los art. 85 y 86 de Tratado"). (DOC 204/62, de 21.2.1962)⁷⁷, en cuyos art. 15 y 16 se establecen las multas que la Comisión puede aplicar a las empresas o asociaciones de empresas.

El art. 15 prevé dos tipos *infracciones sancionables* con multa de 100-5000 ECU:

⁷⁷ EE 08 V 1, pág. 22. Confr. con ulteriores detalles, DIEZ-HOCHLEITNER, J./MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario europeo - Tratados y otros textos anotados. Jurisprudencia básica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1996, art. 85 TCCE, págs. 82 ss.

- las infracciones de la prohibición de los arts. 85 y 86 TCEE (Art. 15.2 a);
- las infracciones que lesionan deberes impuestos por el propio reglamento nº 17 (arts. 15. 1 y 15.2 b).

Las infracciones que establece el propio Reglamento nº 17 se refieren al "deber de informar o declarar ante la Comisión en forma correcta, completa y dentro del término establecido (arts. 15.1 a) y 15.2 b) y además al cumplimiento de las instrucciones de que puede estar acompañada la autorización de un acuerdo, autorización, decisión, etc. (art. 8.1 Rgto. nº 17) (art.15.2 b).

El sistema de sanciones se completa en el art.16 del Reglamento nº 17, que prevé la posibilidad de imponer *multas coactivas (coercitivas)* a razón de 50-1000 ECU por día de retraso para las empresas o asociaciones de empresas que:

- 1) no cesen en una práctica prohibida por los arts. 85 y 86 del Tratado que haya sido intimada por la autoridad,
- 2) que no cesen en la ejecución de acciones prohibidas por la Comisión en virtud del art. 8.1 del reglamento,
- 3) no presenten un informe solicitado por la Comisión,
- 4) no quieran tolerar una investigación ordenada por la Comisión (ordenación de investigación en virtud del art. 14.3 del Reglamento).

Por otro lado, es necesario mencionar que el art. 85.3 TCE contempla una *causa de justificación* o una "*exención individual*", en cuyo caso no se apreciará una vulneración de los art. 85 o 86⁷⁸. La exención se da cuando cualquiera de las acciones prohibidas del art. 85 (acuerdos, decisiones o prácticas concertadas) tengan por

⁷⁸ Por otra parte, mediante el Reglamento 19/65, de 2. 3. 1965 (EE 08 V1, pág. 85), el Consejo habilitó a la Comisión para adoptar reglamentos de "exención por categoría", que benefician a todos los acuerdos o prácticas que correspondan a las condiciones enunciadas en los mismos, sin necesidad de notificación previa. DIEZ-HOCHLEITNER, J./MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario europeo*, pág. 83.

finalidad mejorar la producción o la distribución de los productos o fomentar el progreso técnico o económico, siempre y cuando no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar dichos objetivos y ofrezcan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos que se trate. Es decir, que tales prácticas se encontrarán justificadas cuando tengan dichos objetivos⁷⁹ y, en todo caso, sólo se admite por tiempo limitado⁸⁰. La posibilidad de apreciar tal exención es una competencia exclusiva de la Comisión respecto de las prácticas que entran en el ámbito del apartado 1 del art. 85 y que se ejerce, salvo excepciones, previa notificación formal del acuerdo o práctica siguiendo el procedimiento establecido para ello en el Reglamento n° 17/62.

Para la correcta aplicación de estos preceptos conviene analizar el concepto de "empresa" al que se refieren los arts. 85 y 86. Este concepto no se encuentra definido ni en el Tratado (arts. 85 y 86) ni tampoco en el Reglamento n° 17. Por ello, se ha ido forjando por las decisiones de la propia Comisión. La Comisión opera con un concepto de "empresa", según el cual "se considera como tal a toda unidad que desarrolla una actividad comercial"⁸¹. Este concepto que se maneja en el

⁷⁹ A los objetivos contemplados en el art. 85 TCCE, tanto el TJCE como la Comisión han añadido otros como el mantenimiento del empleo o la necesidad de asegurar el aprovisionamiento de energía. Confr. DIEZ-HOCHLEITNER, J./MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario europeo*, pág. 83.

⁸⁰ DIEZ-HOCHLEITNER, J./MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario europeo*, pág. 83.

⁸¹ BACIGALUPO, E., *Estudios sobre la Parte especial del Derecho Penal*, Madrid, 1991, págs. 234 ss. De acuerdo con DIEZ-HOCHLEITNER, J./MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario europeo*, págs. 82 s., el término *empresa* comprende a cualquier sujeto de derecho (persona física o jurídica) que ejerza de forma autónoma una actividad económica en el mercado. De tal forma, que se puede tratar de empresas privadas (sociedades, asociaciones profesionales, cooperativas y comerciantes) o públicas. Ello es consecuencia directa de lo previsto en el art. 90.1 TCCE sobre el principio de igualdad de tratamiento de las empresas pública y de aquellas a los que los Estados Miembros de la Unión Europea acuerden derechos especiales y exclusivos, tengan o no personalidad distinta del Estado. En este sentido, la STJCE de 16. 6. 1987 *Comisión c. Italia*, (as. 118/85, Rec. págs. 2599 ss.), en la que se especifica que la igualdad de tratamiento se refiere a todas las disposiciones del Tratado. Por lo tanto, el término *empresa* comprende también al Estado mismo (sus entes regionales y locales, así como a los organismos de Derecho público), cuando actúa *iure gestionis*.

derecho europeo de la competencia no siempre coincide con el que se opera en los ordenamientos nacionales. La Comisión lleva a cabo una interpretación funcional y llega así a un concepto económico de empresa. Ello supone que el concepto de empresa es muy amplio para poder abarcar así casi todas las finalidades de los arts. 85 y 86. Dado que estos artículos contienen una expresión amplia es posible llevar a cabo tal interpretación, de manera que no se está cometiendo ninguna prohibición de analogía. Por "actividad comercial" se entiende toda actividad independiente, no necesariamente privada, que tiene por finalidad el intercambio de mercancías o servicios. No es importante el fin con que se obtienen los beneficios. Por lo tanto, esta interpretación permite incluir tanto al comerciante particular como a un grupo multinacional, incluso a empresas públicas⁸². Es decir, que la Comisión ha tomado en consideración un concepto de empresa que procura resolver los problemas relativos a las relaciones entre empresas en el marco de una asociación de empresas, que atiende en primer lugar a factores de naturaleza económica. Desde este punto de vista "empresas" son tanto las personas jurídicas como naturales, así como las sociedades y las asociaciones sin capacidad jurídica. Por lo tanto, no se trata aquí de un comportamiento individual de determinadas personas, sino únicamente de estructuras objetivas dentro de la empresa. Por lo tanto, no resulta necesario determinar la acción de una persona física concreta para dar lugar a la responsabilidad de la empresa⁸³.

También hay que tener en cuenta lo que el Tribunal de Justicia de las CE entiende por "empresa". La jurisprudencia del TJCEE entiende por "empresa": "un conjunto unitario de factores personales, materiales e inmateriales correspondientes a

⁸² HAMANN, H., *Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht*, Pfaffenweiler, 1992, pág. 80 ss.

⁸³ DANNECKER, G./FISCHER-FRITSCH, J., *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, Köln/Berlin, 1989, págs. 279, 288 s. DANNECKER, G., "Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teils im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft", en SCHÜNEMANN, B./SUAREZ GONZALEZ, C., *Bausteine eines europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, Köln/Berlin/bonn/München, 1994, págs. 331 ss.

un sujeto jurídico no dependiente, mediante el cual se persigue un determinado fin económico con permanencia"⁸⁴.

El Derecho comunitario se aparta de la mayoría de los ordenamientos nacionales (Alemania, Francia, España, Holanda, Portugal) al no contener ninguna disposición sobre el "actuar en nombre de otro" (art. 15 bis CP español, art. 12 CP portugués, 14 StGB, 9 OWiG), ni tampoco se contempla ninguna figura que permita sancionar al titular de una empresa por el incumplimiento de deberes de vigilancia de la actividad empresarial misma⁸⁵. Por lo tanto, en el Derecho comunitario no se sanciona al autor individual que obra en nombre de una persona jurídica. La exclusión de la responsabilidad de la persona natural conduce en opinión de algunos autores muy probablemente a una considerable reducción del efecto intimidatorio de la sanción, dado que son las personas naturales las que realizan y deciden la acción, pero es la persona jurídica la única en sufrir la sanción. Sin embargo, hay opiniones que consideran que precisamente un sistema como el establecido por el Derecho comunitario tiene "un fuerte efecto preventivo indirecto"⁸⁶, dado que de esta manera se refuerzan los controles internos de la empresa con la finalidad de evitar tales sanciones que pueden afectar a ésta.

En favor de la no responsabilidad de la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica se sostiene que de lo contrario se vulneraría el principio *ne bis in idem*, pues ello significaría un doble castigo por la misma acción⁸⁷.

⁸⁴ Así en la sentencia Grundig/Consten - SSTJ 1966, pág. 337.

⁸⁵ Lo que en opinión de algunos autores no es en absoluto positivo. En este sentido, SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, págs. 227 ss. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993, págs. 232 ss.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 238.

⁸⁷ SIOHL, U., *Die Schuld festgestellt beim Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Rahmen des Art. 15 VO 17 zum EWG-Vertrag*, 1986, pág. 176; SCHMITT, R., "Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes", en *Festschrift für Richard LANGE*, Berlin/New York, 1976, pág. 877.

El Derecho comunitario también se aparta de los ordenamientos penales nacionales en la equiparación del dolo y la culpa. En este sentido, art. 15 del Reglamento nº 17, dice: "... las sanciones serán aplicables cuando la acción se haya llevado a cabo "deliberadamente o por negligencia"). Si bien es posible que esta equiparación surja del texto mismo de la disposición, ello no debería conducir necesariamente a una indiferencia a la hora de aplicar una sanción. Sin embargo, tanto la práctica de la Comisión con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sostiene dicha equivalencia. Como ejemplo de esta situación, parece interesante resaltar algunas sentencias o decisiones importantes al respecto:

1) En el caso "*Farbstoffe*"⁸⁸ la Comisión consideró suficiente para aplicar la sanción comprobar que "la empresa supo o tuvo que saber que tales comportamientos constituyen infracciones contra el art. 85 TCEE y que, por lo tanto, eran aplicables las sanciones previstas en el art. 15.2 del reglamento nº 17.

2) En el caso "*Bayo-n-ox*"⁸⁹ la Comisión consideró suficiente los siguientes argumentos: "La asociación tiene que haber sabido que la obligación de proveer un 100% supone o podría suponer una limitación de la competencia"⁹⁰.

Últimamente, las sentencias reproducen sistemáticamente una fórmula aún más, en virtud de la cual "la empresa ha actuado dolosamente o, al menos, de forma negligente"⁹¹.

⁸⁸ STJCE de 24. 7. 1969, Abl. 1967 L 175, págs. 11 ss.

⁸⁹ STJCE de 13. 12. 1989.

⁹⁰ STJCE de 20. 10. 1988. Con idéntica formulación ya había argumentado en el caso *Dansk Pelsdyravlerforening*.

⁹¹ Así, por ejemplo, en STJCE de 22. 1. 1987 (caso *Eurofix-Bauco/Hilti*), STJCE de 13. 7. 1987 (caso *Sandoz*).

En todos estos casos se trata de una reiteración de la fórmula "supo o hubiera debido saber". Precisamente, allí se encuentra la diferencia entre el dolo y la culpa. La dificultad de operar con conceptos formulados a partir del modelo del sujeto individual lleva a resultados tan poco satisfactorios como éstos.

En este mismo sentido, también resulta importante los criterios que se utilizan en la práctica de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas respecto de las sanciones que se pueden aplicar a una "asociación de empresas". Es decir, los criterios para imputar el hecho de una empresa a la asociación. Para llevar a cabo la aplicación de una sanción a la asociación se exige que entre la empresa y la asociación exista una unidad empresarial⁹². Precisamente, se trata del mismo concepto de *unidad económica* el que permite llevar a cabo una interpretación del concepto "asociación de empresas". También aquí se debe comprobar que entre las empresas exista tal unidad económica. En relación a este concepto son importantes las sentencias: Christiani&Nielsen de 18.6.1969, Farbstoffe de 24.7.1969, Continental Can de 9.12.1971, Zoja/ICI 14.12.1972, Hoffmann La Roche de 9.6.1976, Hugin/Liptons de 18.12.1977, Johnson&Johnson de 25.11.1980, Moet et Chandon de 27.11.1987, AEG de 6.1.1982, Zinc Producer Group de 6.8.1984, entre otras).

Por otro lado, el Consejo de Europa ha elaborado numerosos documentos en la que se recomienda a los Estados miembros incorporar a sus ordenamientos nacionales la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- *Resolución (77) 28* sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente: esta Resolución sugiere en su párrafo 2º el reexamen de los principios de la responsabilidad penal de las personas

⁹² En cuanto al concepto de las asociaciones de empresas, éste abarca toda agrupación de empresas, cualquiera sea la forma que adopte y, a juicio de la Comisión, aún cuando carezca de personalidad jurídica. Confr. DIEZ-HOCHLEITNER, J./MARTINEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario europeo*, pág. 83.

jurídicas a fin de examinar especialmente la introducción de ciertos casos de responsabilidad penal de las personas morales privadas o públicas.

- *Recomendación R (81) 12* sobre criminalidad de los negocios: estudia en su párrafo III. 2 la posibilidad de instituir la responsabilidad penal de las personas morales o crear, al menos, otras medidas aplicables a las infracciones de los negocios tendentes al mismo fin.

- *Recomendación R (82) 15* sobre el papel del Derecho penal de protección del consumidor: en su párrafo 6º considera la oportunidad de introducir en su legislación la responsabilidad penal de las personas morales o de otras instituciones que tengan los mismos fines.

- *Recomendación R (88) 18*: también sugiere a los EEMM introducir en sus ordenamientos nacionales la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Dada la importancia que reviste la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un tema de especial importancia para la UE, como es la protección de los intereses financieros de la UE, la Comisión ha elaborado una propuesta de Reglamento para la protección de los intereses financieros de la UE, en el cual también se establece a la persona jurídica como sujeto susceptible de recibir una sanción por prácticas de fraudes a la UE.

IV. CONCLUSIONES

El análisis que se ha presentado de los distintos ordenamientos jurídico de los Estados miembros de la Unión Europea permiten extraer algunas conclusiones.

Si bien, en general, la doctrina jurídico-penal de los Estados miembros considera muy discutible la incorporación de la responsabilidad penal de las personas

jurídicas, siendo éste un tema que suscita gran polémica al respecto, se puede apreciar en primer lugar los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros entienden que los sujetos penalmente imputables por delitos cometidos en el marco de una persona jurídica son sus órganos o sus representantes que hayan actuado en su nombre y en su beneficio. Las condiciones sobre la extensión de la responsabilidad difiere de un Estado a otro, pero, por regla general, no se puede decir que existan diferencias sustanciales. De esta misma afirmación se puede también ver cómo en algunos ordenamientos la imposibilidad de imputación de un delito o de una infracción a una persona física, es decir, al representante o al órgano que haya actuado en su nombre, no tiene porqué excluir la imputación del hecho y la aplicación de una sanción correspondiente a la persona jurídica. En este sentido, el mejor ejemplo legislativo es, probablemente, el seguido en Alemania y regulado en el § 30 OWiG, donde se establece la posibilidad de una sanción a la persona jurídica, aunque no se haya abierto un proceso contra una persona física, siempre y cuando se reúnan naturalmente las demás condiciones de imputación.

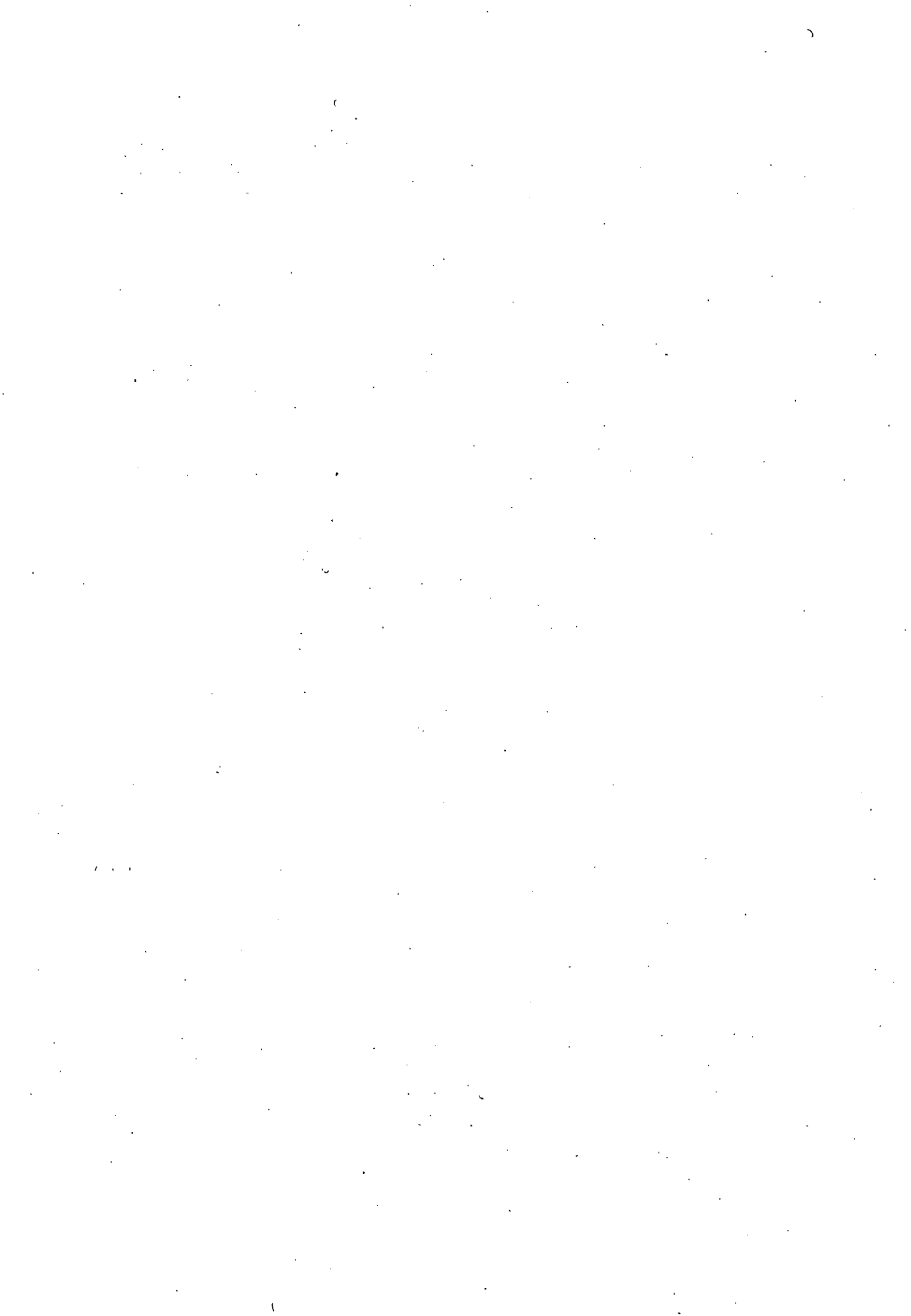
En segundo lugar, se puede concluir en relación a las responsabilidades penal de las personas jurídicas, que el Derecho comunitario ha operado con criterios fundamentalmente pragmáticos, sin apreciar ningún tipo de dificultad para llevar a cabo tales medidas.

En este sentido se pueden resumir sus principios en los siguientes puntos:

1. El Derecho comunitario se refiere expresamente a "empresas o asociaciones de empresas" (art. 85 y 86 del TCEE, así como el art. 15 del Reglamento nr. 17 de 1962), sin mencionar a las personas jurídicas en general. La estructura de imputación de responsabilidad es similar a la de imputación de actos a personas individuales, pero en este caso se ha de tratar de personas unidas por una determinada forma jurídica y, fundamentalmente, económica.

2. Las sanciones que se prevén son de multas.

3. No se contempla de modo alguna la responsabilidad de las personas individuales que actuaron en nombre de las empresas o asociaciones de empresas. En este sentido, el Derecho comunitario se aparta incluso de aquellos ordenamientos que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como Holanda y Francia, en los que la punibilidad de la persona física también tiene lugar.



CAPÍTULO VI:

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE UNA PERSPECTIVA LEGISLATIVA

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FINALIDAD DE UNA NORMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
- III. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*
 - 1) Destinatarios de la ley penal
 - a) Personas jurídicas de Derecho Civil
 - a1) Asociaciones de Derecho Civil
 - a2) Fundaciones
 - b) Personas jurídicas de Derecho Mercantil
 - c) Personas jurídicas de Derecho Público
 - d) Sociedades en fase de constitución y sociedades de hecho (irregulares)
 - d1) Sociedades en fase de constitución.
 - d2) Sociedades de hecho (irregulares)
 - e) Presupuestos de responsabilidad en caso de transformación de la sociedad
 - e1) Momento de la acción
 - e2) La *identidad* de la sociedad
 - 2) Presupuestos de la responsabilidad
 - a) Presupuestos de la imputación de la acción del representante a la persona jurídica
 - a1) Representación en el Derecho privado y exclusión de la voluntad como fundamento para sufrir consecuencias jurídico-penales: el principio de responsabilidad de las penas
 - a2) Ámbito de personas con capacidad de representación
 - aa) Personas jurídicas de Derecho civil
 - aa1) Asociaciones
 - aa2) Fundaciones
 - bb) Personas jurídicas de Derecho mercantil
 - bb1) Compañías colectivas
 - bb2) Sociedades comanditarias simples
 - bb3) Sociedades anónimas
 - bb4) Sociedad comandataria por acciones
 - bb5) Sociedad de responsabilidad limitada
 - cc) Personas jurídicas de Derecho público
 - dd) Otras personas competentes

- a3) Hecho de conexión (Anknüpfungs-/Bezugstat)
 - aa) Vulneración de obligaciones
 - bb) Enriquecimiento de la persona jurídica
 - cc) Presupuestos de la acción de la persona competente
 - dd) Cuestiones concursales
- 3) Determinación de la culpabilidad
- 4) Consecuencias jurídico-penales particulares

CAPITULO VI:
PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS DESDE UNA PERSPECTIVA LEGISLATIVA

I. INTRODUCCIÓN

Una vez llevado a cabo el estudio de las diferentes etapas que han determinado la idea del sujeto del Derecho penal y las cuestiones que han afectado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, este último capítulo concluirá con la elaboración de una posible propuesta de *lege ferenda* a la luz de las conclusiones obtenidas en esta investigación. La propuesta legislativa que se presenta pretende aportar una serie de criterios que permitan la imputación de un delito a las personas jurídicas mismas y así cumplir con las necesidades de política-criminal para la lucha contra la *criminalidad de empresa* reconocidas ampliamente por la doctrina. La propuesta intentará ser compatible también con aquellas opiniones, aún mayoritarias, que no compartan los puntos de partida metodológicos de esta investigación. Sin embargo, no cabe duda, que la aceptación del modelo propuesto facilita notablemente la posibilidad de considerar a las personas jurídicas o a los entes colectivos como posibles sujetos del Derecho penal. Por otro lado, la propuesta se orientará en toda la experiencia recabada en el estudio del Derecho comparado sobre este problema.

Desde un punto de vista práctico, la propuesta pretende también orientar los presupuestos de responsabilidad que se deberían tomar en consideración a la hora

de imponer una sanción a las personas jurídicas, como son las consecuencias previstas en el art. 129 del Código penal, así como las sanciones administrativas que pueden ser aplicadas a una persona jurídica en virtud de la responsabilidad que pudiera derivar en virtud del art. 130 LRJPAC.

II. FINALIDAD DE UNA NORMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Según la doctrina dominante la finalidad que persigue la institución de una norma que contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, en primer lugar, impedir los beneficios o ventajas que pueda obtener una persona jurídica por la comisión de un delito llevado a cabo en su interés. En segundo lugar, la posibilidad de imponer una sanción a las personas jurídicas tiene por finalidad fomentar que los órganos directivos de las mismas impidan dentro del ámbito de la empresa la comisión de infracciones, la vulneración de deberes del empresario o que las empresas se enriquezcan por medio de la comisión injustos¹. Sin embargo, como ya se ha tenido oportunidad de expresar en numerosas ocasiones a lo largo de esta investigación, la finalidad de la imposición de una pena no se puede guiar por criterios basados en la comparación o en la pretensión de igualación de las personas jurídicas con las personas físicas².

En este sentido, el modelo de la teoría del delito basado, fundamentalmente, sobre la finalidad preventivo-general de la pena, en el sentido de

¹ GÖHLER, E., *Verhandlungen zum 49. Deutschen Juristentag*, tomo II, München, 1972, M 106 s. DEMUTH, H./SCHNEIDER, T., "Die Bedeutung des Gesetzes für Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen", BB 1970, pág. 650. POHL-SICHTERMANN, R., *Geldbuße gegen Verbände*, Bochum, 1974, pág. 41.

² En este sentido, constantemente y por todos SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 235.

prevención general positiva, facilita considerablemente la introducción de las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal. No cabe duda, que esta finalidad dará lugar, en cierta medida; a que tengan lugar algunos aspectos de la prevención especial. Sin embargo, el *fin primordial que la imposición de la pena* -de acuerdo a los puntos de partida metodológicos de esta investigación- *a una persona jurídica, al igual que a una persona física, debe de cumplir es el restablecimiento de la vigencia de la norma vulnera.*

Sin embargo, desde otros puntos de vista, más cercanos al mantenimiento de la configuración dominante y tradicional de las categorías del delito y de la pena, se ha propuesto la elaboración de nuevos conceptos de acción y de culpabilidad exclusivamente válidos para las personas jurídicas. En esta línea se han aplicado, como ya hemos visto, los principios inspiradores y las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata para afirmar la existencia de capacidad de acción de las personas jurídicas y, por otro lado, aplicando los principios inspiradores y las reglas generales de la *actio libera in causa* y de los delitos impropios de omisión, se ha afirmado la capacidad de culpabilidad propia de las personas jurídicas orientada en categorías sociales y jurídicas (TIEDEMANN). Por otro lado, se ha propuesto establecer un nuevo criterio de legitimación para, sin alterar los principios sobre los que se base el sistema de imputación del Derecho penal individual, fundamentar la aplicación de una sanción a las personas jurídicas sin la existencia de culpabilidad (SCHÜNEMANN). Por último, se ha presentado una propuesta de un sistema de responsabilidad penal específico para las personas jurídicas fundamentado sobre principios de imputación elaborados a partir de las características específicas de las personas jurídicas (HEINE):

Sea cual sea el sistema que se prefiera, la imposición de una sanción a las personas jurídicas debe permitir establecer un equilibrio a fin de que las personas jurídicas, que sólo pueden actuar por medio de sus órganos o personas competentes, se vean beneficiadas de las ventajas producidas por la comisión de un delito y, a su vez, evitar -ante la falta de posibilidad de imputación del hecho- que no sufran ninguna

consecuencia perjudicial que debería tener lugar por no respetar el ordenamiento jurídico, quedando el hecho delictivo impune por falta de determinación de un autor individual concreto.

En este sentido, actualmente las personas jurídicas se encuentran frente al individuo en una situación más favorable al no ser consideradas como sujeto posible del Derecho penal, lo que conlleva resultados político-criminales no deseables. Sin embargo, no se duda en establecer severas sanciones (administrativas o las del art. 129 CP) contra las personas jurídicas sin las garantía que exige la aplicación de una sanción, ya sea penal o administrativa, en un Estado de Derecho. Por lo tanto, es importante que la aplicación de sanciones a las personas jurídicas tenga lugar revistiendo las debidas garantías constitucionales.

Se trata en esta cuestión de permitir que sean justiciables los nuevos problemas de las modernas sociedades de riesgo. Las dificultades penales en el trato con procesos técnicos colectivos y situaciones de riesgo surgen, fundamentalmente, por la pérdida de una situación de responsabilidad determinable temporal y personalmente. Los casos perturbadores dentro de la empresa son el resultado de una evolución defectuosa sistemática que no se puede reconducir de forma puntual a una única decisión, sino que tiene lugar, por lo general, debido a un déficit de conciencia de riesgo y prevención del mismo durante un prolongado periodo. Por lo tanto, el resultado no se puede determinar en función de los principios de imputación del Derecho penal individual. En esos casos el Derecho penal individual se encuentra al final de sus posibilidades³. Los elementos de responsabilidad del Derecho penal clásico resultan ante esta situación disfuncionales.

Ante la pérdida de dicha racionalidad del sistema existen dos posibilidades: bien exigir un Derecho penal específico de las personas jurídicas o bien la reformulación de las categorías dogmáticas tradicionales. Cualquiera de las dos

³ HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pág. 307.

situaciones permitirá que el Derecho penal pueda responder a los conflictos sociales que se le presentan y que se pueda adaptar, en la medida de lo racionalmente posible, a las nuevas situaciones.

III. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Los presupuestos que se deben cumplir para la imputación de un injusto a las personas jurídicas abarcan varias cuestiones: en primer lugar, ¿a quiénes se debe dirigir la ley penal? a) ¿a qué colectivos?, b) ¿qué vinculación debe existir entre el que actúa y la persona jurídica?, es decir, cuestiones relativas a los *destinatarios de la ley penal*. En segundo lugar, ¿cuáles son los presupuestos de la responsabilidad?, a) presupuestos de la imputación del representante a la persona jurídica, b) cuestiones de personalidad y realización de "propia mano", es decir, los *presupuestos de la responsabilidad*.

La propuesta que se presenta puede ser compatible con cualquiera de los dos sistemas posibles de responsabilidad directa de la persona jurídica que se han mencionado, si bien nos inclinamos, como ha quedado expuesto a lo largo de esta investigación, por un sistema orientado en un marco teórico de la pena considerada desde aspectos de la prevención general positiva.

1) Destinatarios de la ley penal

El primer requisito que se debe cumplir es la determinación de las personas jurídicas como destinatarias de la ley penal. En este sentido, establecer los destinatarios de la ley penal en relación a las personas jurídicas obliga en primer lugar a diferenciar los diferentes tipos de personas jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico. En este sentido, se puede distinguir tres grandes tipos de personas jurídicas:

a) las personas jurídicas de Derecho privado (art. 35 ss. Código civil), b) las personas jurídicas de Derecho mercantil (art. 116 Código de Comercio) y c) las personas jurídicas de Derecho público.

a) Personas jurídicas de Derecho civil

Por personas jurídicas, en general, se entienden todas las realidades sociales a las que el Estado reconoce y atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y de deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes⁴. Se trata, pues, de todas las organizaciones a las que el ordenamiento jurídico les reconoce personalidad jurídica propia, independientemente de que actúen dentro del marco del Derecho privado o del Derecho público.

El Código Civil reconoce en su art. 35 las siguientes figuras jurídicas como personas jurídicas: 1) las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones de interés público *reconocidas por la ley* y 2) las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley *conceda una personalidad propia*⁵.

⁴ DIEZ-PICAZO, L./GULLON, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I: Introducción, Parte general y Derecho de la persona, Disciplina general de los contratos y obligaciones, Contratos en particular, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual, Madrid, 1995, pág. 371.

⁵ La enumeración de distintas clases de personas jurídicas puede hacer pensar que el Código Civil se refiere a las mismas como si de distintas personas jurídicas se tratase. Ello es así en relación a la asociación y la fundación. En este sentido, la asociación tiene su sustrato en la agrupación de personas que quieren alcanzar un fin común. Por el contrario, la fundación tiene su sustrato en la existencia de un patrimonio adscrito al cumplimiento de un fin de interés general. Sin embargo, la corporación también responde a un sustrato personal como la asociación, siendo la unión de personas para la consecución de fines comunes (corporaciones locales, corporaciones profesionales). La diferenciación existente entre la asociación y la corporación es de carácter formal: según el Código Civil la corporación es creada o reconocida por ley (o por otra disposición estatal), mientras que la asociación nace por la voluntad de los miembros integrantes de la misma. Así se deduce -según DIEZ PICAZO, L./GULLON, A., *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, pág. 376- del art. 37 del Código Civil, en virtud del cual las corporaciones se rigen por las *leyes que las han creado o reconocido*, mientras que las asociaciones lo hacen por sus *estatutos*.

a1) Asociación de Derecho civil

Una asociación de personas se caracteriza, en general, por funcionar de forma organizada con un estatuto y un órgano directivo (un Consejo de administración, reunión de socios..), actuar como una unidad bajo un nombre determinado -cuya existencia es independiente del posible cambio de miembros- con una actividad programada para una larga duración temporal y cuya actividad principal no se orienta necesariamente a la obtención de beneficios económicos procedentes del tráfico mercantil.

En este sentido, de acuerdo al Código Civil la asociación es un conjunto de personas que se unen para alcanzar un fin común y es considerada como persona jurídica *distinta a sus miembros*. Las características de esta persona jurídica son: a) la pluralidad de miembros, b) el fin para cuya consecución se unen, que ha de ser lícito y determinado y c) una organización⁶. En este sentido, la diferencia entre la asociación y la sociedad es que ésta última es una unión que persigue la obtención de lucro. Precisamente, por ello se excluye de la normativa legal de las asociaciones a las sociedades civiles o mercantiles (art. 2 LA).

La razón por la cual estas asociaciones de carácter civil deben ser destinatarias de la ley penal se debe, entre otras razones, a que el uso de un patrimonio destinado a una determinada finalidad le permite al órgano de administración o Consejo de administración de una asociación (por ejemplo, sindicatos, clubs deportivos, etc.) desarrollar una importante actividad económica. Si un miembro del Consejo actúa en contra del ordenamiento jurídico a favor de la sociedad, las ganancias repercutirán en favor de éstas y no de aquél. Por lo tanto, no sería adecuado tener en cuenta en la

⁶ La organización surge del mismo hecho asociativo y representa el carácter estable de la unión. De lo contrario, sólo se estaría ante una pluralidad de personas. La asociación se encuentra organizada cuando tiene órganos que van a posibilitar el cumplimiento del fin.

imposición de una sanción sólo el patrimonio personal del miembro concreto del consejero que cometió el ilícito, sino que se debería de considerar el de la sociedad⁷.

A pesar de no perseguir necesariamente la obtención de beneficios procedentes del tráfico mercantil, la equiparación de este tipo de sociedades a las personas jurídicas que obtienen beneficios económicos en el tráfico mercantil tiene una importante razón político-criminal: la finalidad de la imposición de una sanción a estos colectivos se fundamenta en el importante patrimonio destinado a una determinada finalidad de que disponen tales entes⁸. Por lo tanto, las acciones antijurídicas realizadas por personas con capacidad de decisión dentro de la estructura de la asociación podrán dar lugar a la imputación de una sanción a la asociación, siempre que se cumplan los demás requisitos de imputación.

a2) Fundaciones

Al igual que sucede con las asociaciones el Código Civil no define ni regula las fundaciones y sólo se limita a reconocerlas como personas jurídicas en el art. 35.1. La ley que regula las fundaciones es actualmente, después de la Constitución de 1978, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, *De fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*.

Según su art. 1 son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Por lo tanto, no entra dentro de las finalidades de una fundación las actividades mercantiles e industriales. Así lo prohíbe expresamente el art. 22 de la Ley respecto de la participación en sociedades

⁷ BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., § 30, NM 52.

⁸ REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 1, vor § 30 NNMM 7 ss. BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., § 30, NM 51.

mercantiles en las que pueda llegar a tener que responder de forma personal de las deudas sociales, salvo que las participaciones formen parte del capital dotacional, en cuyo caso la fundación deberá promover la transformación de las sociedades en cuestión a fin de que adopten una forma jurídica en la que se limite su responsabilidad.

Sin embargo, no cabe duda que en toda fundación se presenta un importante movimiento de patrimonio en el tráfico jurídico que puede dar lugar a la comisión de delitos de carácter patrimonial por parte de sus órganos directivos (Patronato) que produzcan un enriquecimiento de la fundación. En este sentido, no parece justificable la exclusión de éstas personas jurídicas del ámbito de destinatarios de la ley penal. Por otro lado, no hay que olvidar que en virtud del artículo 129 del CP también se le pueden imponer a éstas una consecuencia accesoria; con lo cual, de lege lata ya se encuentran contempladas como sujetos, al menos, susceptibles de sufrir una consecuencias de carácter penal.

b) Personas jurídicas de Derecho mercantil

La equiparación de las sociedades mercantiles de personas a las personas jurídicas se justifica dado que su finalidad está determinada por la obtención de beneficios económicos. Sin embargo, se debe tener en cuenta las particularidades de dichas asociaciones en cada caso concreto. En cualquier caso, toda *sociedad mercantil de capital* es decir, toda sociedad que reúna un *capital fijo* y tenga *personalidad jurídica propia* diferente a la de sus miembros, es decir, derechos y obligaciones propios, debe ser considerada destinataria de la norma.

En la mayoría de los casos, sin embargo, el socio con poderes de representación, cuya acción punible determine la imposición de una sanción contra la sociedad también participa del patrimonio de la sociedad. Según algunos autores, por ello, teniendo en cuenta el principio de oportunidad, se deberá comprobar a la hora de imponer una sanción en tales casos si, en virtud de la concreta participación económica

de ese socio, no resulta suficiente sólo proceder contra el socio o sólo contra la sociedad, dado que la sanción contra la sociedad -desde un punto de vista económico- también afectará al socio⁹. En este sentido, existen propuestas para impedir en estos casos la imposición de una doble sanción resolviendo la aplicación de la misma en un mismo (único) proceso llevado a cabo contra el socio y la sociedad¹⁰, de manera tal que el juez a la hora de imponer la sanción pueda tener en cuenta esta situación.

c) Personas jurídicas de Derecho público

Como personas jurídicas de Derecho público se consideran, en primer lugar, las *corporaciones de Derecho público*, es decir, las *Cámaras oficiales* (las Cámaras de comercio, Industria y navegación) y los *Colegios profesionales* (Colegio de Abogados, Médicos, etc.), regulados por las leyes sectoriales respectivas.

En segundo lugar, los *Entes institucionales o Entes instrumentales de Derecho público*. Estos últimos han sido regulados recientemente por la LOFAGE, *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*, y han sido denominados ahora como *Organismos públicos*. Dentro de los Organismos públicos (arts. 41 ss. de la Ley) se distinguen dos tipos: a) *Organismos autónomos* (arts. 45 ss.) y las *Entidades públicas empresariales* (arts. 53 ss.).

La discusión en torno a éstas figuras ha sido de forma muy general, en el sentido de si también se deben incluir dentro del ámbito de los destinatarios de la norma a estas *personas jurídicas de Derecho público*. La cuestión tiene lugar a raíz de que el art. 35 del Código Civil distingue entre las corporaciones, asociaciones y

⁹ Confr. REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 1, vor § 30 NNMM 7 s.

¹⁰ REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 39. BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., § 30, NM 160.

fundaciones de *interés público* y las asociaciones de *interés particular*. Evidentemente, el Código no define lo que se debe entender por interés público. Sin embargo, al identificar a la asociación particular con el contrato de sociedad (art. 36 Código Civil) indica que el interés particular es la obtención de lucro o ganancia partible entre los socios (art. 1.665 Código Civil y art. 116 Código de Comercio). No obstante, el interés público de las asociaciones y fundaciones se debe deducir de la posterior legislación al respecto. En este sentido, la *Ley de Asociaciones* de 1964 abandona la expresión *interés público*, regulando a todas las asociaciones que no persigan fines de lucro partible entre los asociados pudiendo ser declaradas de *utilidad pública* cuando tienden a promover el bien común¹¹.

Sin embargo, la cuestión sobre el interés público no abarca la totalidad del problema sobre las personas jurídicas de Derecho público. En este sentido, se debe determinar si se deben considerar sujetos de la norma penal también aquellas personas jurídicas de carácter empresarial cuyo patrimonio sea estatal.

En este contexto, uno de los argumentos más contundentes para excluir a las personas jurídicas de Derecho público del círculo de destinatarios de la ley penal se refiere a que "el reparto de funciones dentro del poder del Estado"¹² no obliga a ello en virtud de las existentes posibilidades de ejecución del poder, lo que también incluye a los procesos fiscales. Por otro lado, también desde otros aspectos parecen llamar la atención, desde un punto de vista político-criminal, para favorecer la inclusión de las personas jurídicas de Derecho público dentro de los destinatarios de la ley penal. En este sentido, cabe recordar que una gran parte de los servicios prestados a la población (abastecimiento público), es decir, de servicios de "procura existencial"

¹¹ DIEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, pág. 376.

¹² POHL-SICHTERMANN, R., "Die von § 26 betroffenen Verbände und Personen", VOR (Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht) 1973, págs. 411, 413.

(Daseinsvorsorge)¹³, son prestados por empresas públicas (abastecimiento de agua, abastecimiento energético, plantas de tratamiento de residuos sólidos y líquidos, transporte público, etc.) y en virtud de la creciente participación del Estado en la vida económica se ha incrementado en peligro de que órganos de las personas jurídicas de Derecho público puedan cometer las mismas infracciones que se encuentran tipificadas para las personas jurídicas de Derecho privado.

Estas cuestiones ponen de manifiesto la necesidad de poder imponer sanciones, por ejemplo referidas a los delitos contra el medio ambiente, también a ciertas personas jurídicas de Derecho público. En este sentido, se debe incluir dentro de los destinatarios de la ley penal solamente a aquellas personas jurídicas de Derecho público, que se encargan de prestar servicios a la comunidad (Daseinsvorsorge)¹⁴, así como todas aquellas personas jurídicas de Derecho público que realicen actividades que de hecho sean idénticas a las de cualquier otra persona jurídica de Derecho privado, como son las *Entidades públicas empresariales*, para la que se encuentren tipificadas conductas delictivas, *salvo* cuando su actividad sea relativa al ejercicio de potestades públicas. Es decir, siempre que una Entidad pública empresarial cometa una infracción que pudiera ser imputada también a cualquier persona jurídica de Derecho privado, no debe ser relevante la forma jurídica de la misma. De lo contrario, se cometería un tratamiento desigual difícil de justificar.

En esta dirección también se manifiesta la doctrina respecto del Derecho de la competencia sosteniendo que la imposición de una sanción a una persona jurídica

¹³ REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Loseblattkommentar, Stuttgart, Stand 1987, vor § 30, NM 8. BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., München, 1989, § 30, NM 48.

¹⁴ También en este sentido se pronuncia una amplia mayoría REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 3. GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Kommentar, 8. ed., 1987, § 30, NM 2. BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., § 30, NM 45. BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, págs. 194 s. SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, pág. 211.

de Derecho público es, en principio, posible independientemente de su forma jurídica, dado que la actividad empresarial de los poderes públicos se encuentra sometida, al igual que cualquier otro sujeto privado, a la autoridad de las autoridades que han de velar por el cumplimiento del Derecho de la competencia¹⁵.

d) Sociedades en fase de constitución o sociedades de hecho (irregulares)

Las sociedades en fase de constitución y las sociedades de hecho deberán ser consideradas sujetos destinatarios de la ley penal toda vez que de hecho se encuentren organizadas en forma semejante al de una persona jurídica¹⁶. Lo decisivo deberá ser, en este sentido, si y de qué manera la sociedad en fase de constitución y la sociedad de hecho actúa en el tráfico jurídico. La inclusión de este tipo de asociaciones debe responder a la evitación del abuso del "poder de la asociación" en perjuicio de la generalidad y permitir el alcance del Derecho penal en el marco de la criminalidad económica y, especialmente, en su forma característica de la criminalidad de "empresa"¹⁷. Por lo tanto, las sociedades en fase de constitución y las sociedades de hecho deberán tener una forma equiparable al de alguna persona jurídica para poder ser considerada destinataria de la ley penal. Esta idea conlleva el siguiente resultado respecto de estas formas de sociedades:

¹⁵ SCHMIDT, U./HUTH, "Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand in materiell- und verfahrensrechtlicher Sicht", Betriebsberater 1964, pág. 1106.

¹⁶ GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 7. POHL-SICHTERMANN, R., *Geldbuße gegen Verbände*, págs. 79 ss; la misma, "Die von § 26 betroffenen Verbände und Personen", VOR 1973, págs. 411, 415 ss.

¹⁷ POHL-SICHTERMANN, R., "Die von § 26 betroffenen Verbände und Personen", VOR 1973, págs. 417 s.

d1) Sociedades en fase de constitución

Las sociedades en fase de constitución de una sociedad comandita (compañías en comandita, arts. 145 Código de Comercio) se reconocen como sociedades de derecho privado antes de estar constituidas formalmente como tales. Lo mismo sucede respecto de las sociedades sin personalidad jurídica en la medida en que respondan de forma equiparable a alguna forma de sociedad antes de su constitución. Por lo tanto, éstas no deberían ser consideradas destinatarias de la ley penal, quedando sujetas a las reglas del Derecho privado, mientras se encuentran en fase de constitución.

Por el contrario, la sociedad en fase de constitución de una sociedad que debe ser inscrita se debe considerar destinataria de la ley penal, dado que hasta su inscripción son consideradas como sociedades sin capacidad jurídica¹⁸. La sociedad en fase de constitución de una sociedad del derecho mercantil (sociedad anónima, sociedad con responsabilidad limitada, asociación, etc.) se debería considerar como una sociedad de "forma propia" (Sonderrechtstheorie), de manera tal que sólo debe ser considerada como destinataria de la ley penal siempre y cuando la sociedad en fase de constitución responde por su estructura, organización y finalidad a una sociedad sin capacidad jurídica o si en el tráfico mercantil es llevada como una sociedad mercantil¹⁹.

d2) Sociedades de hecho (irregulares)

Las sociedades de hecho o sociedades irregulares son aquellas personas jurídicas cuya actividad como sociedad se basa en una deficiente base jurídica. Las sociedades de hecho aparecen hacia el exterior, es decir, en el tráfico jurídico como sociedades formalmente constituidas, pero carecen de todos los requisitos jurídicos de

¹⁸ PALANDT-HEINRICHS, Bürgerliches Gesetzbuch, 47. ed., München, 1988, § 21, Anm. 2b.

¹⁹ POHL-SICHTERMANN, R., "Die von § 26 betroffenen Verbände und Personen", VOR 1973, págs. 420 ss. REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 9. BOUJONG, K., *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., § 30, NM 54.

su constitución²⁰. En este sentido, tienen sus órganos de administración o consejos directivos que pueden llevar a cabo la vulneración de deberes, así como un enriquecimiento antijurídico de la sociedad de hecho. En el marco de las sociedades de hecho del derecho mercantil existe, a su vez, una regulación positiva al respecto. En cualquiera de los casos lo decisivo es que la sociedad de hecho responda según su estructura, organización y finalidad a una sociedad mercantil constituida²¹.

e) Presupuestos de responsabilidad ante una transformación de una sociedad

El cambio en la forma de la sociedad, es decir, la *transformación* de la sociedad, no debe excluir la imposición de una sanción a una nueva sociedad, aunque el hecho que diera lugar a la imposición de la misma haya tenido lugar durante la vigencia de la anterior sociedad. Sin embargo, esta propuesta sólo debería tener lugar si se cumplieran dos presupuestos: por un lado, la sociedad anterior debe estar contemplada dentro del círculo de destinatarios de la ley penal, dado que por el contrario hubiese sido imposible la aplicación de una sanción incluso a la sociedad anterior. Por otro lado, la nueva sociedad debe ser idéntica con la nueva sociedad. Estos dos presupuestos se deben comprobar de la siguiente manera:

²⁰ Confr. art. 16 LSA que se refiere a las sociedades anónimas que no hayan sido inscritas. Cuando ello sea así, el art. 16 LSA establece que a las operaciones iniciadas o continuadas en tal situación por una sociedad irregular se les aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, quedan sin efecto, a su vez, lo establecido en el art. 15. 3 LSA, según el cual una vez inscrita la sociedad, ésta quedará obligada por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todo los socios respondiendo la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios y respondiendo éstos personalmente sólo hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar, rigiendo pues las normas mencionadas.

²¹ POHL-SICHTERMANN, R., "Die von § 26 betroffenen Verbände und Personen", VOR 1973, pág. 425. REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 9. BOUJONG, K., *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz* - CRAMER, P., § 30, NM 55.

e1) Momento de la acción

En determinadas circunstancias puede resultar difícil establecer si un hecho ha tenido lugar durante la era de la anterior sociedad o de la nueva sociedad. Así, por ejemplo, cuando el enriquecimiento tiene lugar o pueda tenerlo una vez constituida la nueva sociedad mientras que la acción que diera lugar al mismo tuvo lugar durante la vigencia de la anterior. En el caso de que el enriquecimiento realmente tenga lugar una vez constituida la nueva sociedad, la sanción debería ser impuesta a la nueva sociedad, siempre y cuando el delito se encuentre consumado en el momento del enriquecimiento. En este sentido, ello debería ser también posible aunque la sociedad anterior no se encontrara dentro del círculo de destinatarios de la ley penal. Por el contrario, un enriquecimiento esperado, pero no producido no debe ser suficiente para imponer la sanción a la nueva sociedad. Sin embargo, si un socio de una sociedad del Derecho civil comete un acto antijurídico con el fin de enriquecer a la sociedad comandita que con posterioridad se pretende constituir como sociedad mercantil, sólo deberá ser impuesta la sanción siempre y cuando el enriquecimiento haya tenido efectivamente lugar. Por otro lado, si se trata de la infracción de un deber no se podrá imponer una sanción si la acción antijurídica tiene lugar en el momento en que no existe ningún destinatario válido de la ley penal.

e2) La *identidad* de la sociedad

Para determinar si existe *identidad* entre la antigua y la nueva sociedad se debe tener en cuenta el caso concreto, dado que no debe ser determinante la forma jurídica bajo la que se encuentra registrada la denominación de la empresa. Ello debe permitir, al menos, dificultar, dado que no es posible impedirlo, que un cambio circunstancial o manipulado de la forma jurídica de una persona jurídica o de una sociedad distorsione la finalidad que se persigue con la imposición de una sanción. El cambio de la forma jurídica debe ser incluso indiferente cuando la empresa haya sido llevada durante un período por un empresario individual.

Si durante un procedimiento llevado contra una sociedad de Derecho mercantil se transforma en una sociedad de Derecho civil, entonces el procedimiento debe ser continuado al menos contra los socios de la sociedad de Derecho civil siempre y cuando dichos socios también fueran socios titulares de derechos y obligaciones de la anterior sociedad mercantil y la acción ilícita, como hecho de conexión, haya sido realizada por alguno de los mismos socios que forman la nueva sociedad. No es que se debe interrumpir el procedimiento llevado contra la sociedad mercantil, sino que se debe continuar en contra de la nueva sociedad. En este sentido, los socios de la nueva sociedad seguirán estando sometidos a los plazos de prescripción que rigen el procedimiento iniciado contra la sociedad mercantil.

También se deberá apreciar la existencia de identidad cuando entre una sociedad en fase de constitución y la posterior sociedad constituida, ya se trate de una persona jurídica o de una sociedad mercantil, teniendo en cuenta el principio vigente del Derecho civil según el cual tanto la sociedad en fase de constitución como la sociedad con capacidad jurídica debe ser tratada en función de su capacidad jurídica concreta. Por consiguiente la sociedad con capacidad jurídica es la prolongación continuada y, por lo tanto, idéntica con la sociedad en fase de constitución²². En el caso de las sociedades de hecho se puede partir, por regla general, que la sociedad irregular es idéntica con la sociedad cuya situación jurídica es regularizada con posterioridad.

2) Presupuestos de la responsabilidad

Una vez determinado cuáles son los destinatarios de la ley penal, es decir, cuáles son las personas jurídicas y sociedades que se pueden ver afectadas por

²² POHL-SICHTERMANN, R., "Die von § 26 betroffenen Verbände und Personen", VOR 1973, pág. 421.

la imposición de una sanción, es necesario establecer los presupuestos de imputación particulares que darán lugar a la responsabilidad penal y cuya existencia será determinante para el juez a la hora decidir sobre la imposición de una pena a una persona jurídica.

- a) **Presupuestos de la imputación de la acción del representante a la persona jurídica**
 - a1) **Representación en el Derecho privado y exclusión de la voluntad como fundamento de sufrir consecuencias jurídico-penales: el principio de personalidad de las penas.**

En el Derecho privado la *representación* es hoy una de las instituciones prácticamente indiscutibles, aunque no lo ha sido así en todas las épocas. Por ejemplo, "en el Derecho romano sólo se ha reconocido con carácter general en cuanto a la posesión, los negocios reales y, sin duda, también respecto de la adición de la herencia, pero la excluía en cuanto a los negocios obligatorios, sustituyéndola sólo en un modo incompleto por la responsabilidad del representado como accesoria a la del representante"²³. Asimismo, en Alemania la representación se reconoce como *principio* desde el siglo XVII²⁴.

El fundamento de la imputación al mandante de los actos jurídicos celebrados por el representante es la *autonomía de la voluntad*, que ya KANT consideró el "más alto principio de la moralidad (Sittlichkeit)"²⁵. En la medida en la que el representado se autoobliga por su voluntad a aceptar los negocios jurídicos del representante, dicha voluntad se convierte en el fundamento de la imputación de tales negocios jurídicos.

²³ ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Derecho Civil, Parte general I*, vol. II, 3. ed., 1981, pág. 434.

²⁴ ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Derecho Civil, Parte general I*, vol. II, 3. ed., 1981, pág. 434.

²⁵ Confr. KANT, I., *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*, 1785, VALENTINER, Th., (Ed.), 1961, págs. 95 ss. En un sentido similar, HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 72 ss.

Ciertamente, la representación no agota sus formas en los presupuestos que provienen de la voluntad del representado, dado que también existe representación dispuesta por la ley. Pero, ello no invalida lo dicho anteriormente: junto a la voluntad (fundamento *autónomo*), existe también un fundamento *heterónomo* de la imputación (la ley).

Un traslado de estos principios al Derecho penal parece contrario al *principio de personalidad de las penas*²⁶, por un lado, y con el *carácter público* del Derecho penal, por otro.

El *principio de la personalidad de las penas*, sin embargo, carece, en realidad, de autonomía conceptual. En efecto, se trata -más que de un principio por sí mismo- de una consecuencia del principio de culpabilidad, que impide que alguien sufra las consecuencias penales de la culpabilidad de otro. En la medida en la que el principio de culpabilidad puede ser redefinido para alcanzar también a las personas jurídicas, este principio debería también ser redefinido.

En lo referente al *carácter público* del Derecho penal la cuestión se relaciona con el fundamento de la obligatoriedad de las leyes. Desde el punto de vista de la *teoría contractualista* este fundamento es también la voluntad del contrato social (*volonté générale*). Por lo tanto, parece que tampoco aquí existiría ningún problema respecto de la representación²⁷.

²⁶ Principio que la Constitución italiana reconoce expresamente en su art. 27 y que el Tribunal Constitucional español ha considerado implícito en el art. 25.1 CE, confr. SSTC...

²⁷ HEGEL, G., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 258: "Der Staat ist als die Wirklichkeit des substantiellen Willens, die er in dem zu einer Allgemeinheit erhobenen besonderen *Selbstbewußtsein* hat, das an für sich *Vernünftige*".

Por lo tanto, se puede sostener que la acción del representante se puede imponer, en principio, a las personas jurídicas²⁸. Con lo cual, se debe determinar cuál es el *círculo de representantes* que en este sentido puede desencadenar la responsabilidad penal de una persona jurídica o sociedad. Es decir, se debe determinar las personas que pueden ostentar una *representación válida* de una persona jurídica para que cuya posible acción ilícita pueda ser imputada a la persona jurídica.

a2) Ámbito de personas con capacidad de representación

El ámbito de personas que dentro de la estructura de una sociedad tienen capacidad para representarla jurídicamente se encuentra determinada por la ley. En este sentido, se debe considerar con capacidad de representación y, por lo tanto, con capacidad de dar lugar a responsabilidad penal las acciones llevadas a cabo por un órgano o un miembro del órgano de representación de las personas jurídicas, por la Junta General directiva de una sociedad sin capacidad jurídica o por un miembro de la Junta Directiva de una sociedad sin capacidad jurídica o por un socio con capacidad de representación de una sociedad civil. En este sentido, según lo establecido por la ley, las acciones antijurídicas deben ser cometidas en la "esfera de dirección" de una sociedad, puesto que ésta está integrada por los miembros que ostentan capacidad de representación jurídica. En concreto se establece lo siguiente:

aa) Personas jurídicas de Derecho civil

En el caso de las personas jurídicas las personas con capacidad de representación se establece según su forma:

aa1) Asociaciones

En la actualidad rige al respecto la *Ley de Asociaciones (LA)*, de 24 de diciembre de 1964 y por el Decreto de 20 de mayo de 1965, dictado para su desarrollo y aplicación, teniendo en cuenta aquellas derogaciones tácitas que por imperio de la

²⁸ JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6/44.

Constitución de 1978 son obligadas.. Las personas responsables de la organización de la asociación deben estar determinadas en sus estatutos (órganos directivos y de administración). Por lo general, se trata del *Presidente*, de la *Asamblea general* y la *Junta Directiva*. El Presidente ostenta la representación de la misma y deberá ejecutar los acuerdos adoptados por la Asamblea general o por la Junta Directiva (art. 10.2 Decreto de 20 de mayo de 1965).

En cualquier caso, la asociación se rige según la Ley por sus *estatutos*. Estos constituyen, lo que la doctrina llama, un negocio regulador o normativo, es decir, un negocio dirigido a crear la reglamentación de una situación jurídica. En ellos se encontrarán determinados los órganos directivos y la forma de administración de las mismas. Por regla general, el órgano supremo de una asociación lo constituye la *Asamblea general*, integrada por todos sus socios. A su vez, la dirección de la asociación la ostenta la *Junta Directiva*.

La representación de asociación es realizada por su *Presidente*, salvo que los estatutos determinan otra cosa, quien actuará en su nombre y deberá ejecutar los acuerdos adoptados por la Asamblea general o por la Junta Directiva (art. 10.2 Decreto de 1965).

En materia de responsabilidad patrimonial de la asociación no existe ninguna regla específica. Sin embargo, se entiende que como persona jurídica que es, responderá ella y no sus componentes con sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones en virtud del principio de responsabilidad universal del art. 1.911 del Código Civil²⁹. No se encuentra regulada ninguna disposición sobre una posible responsabilidad subsidiaria de sus componentes.

²⁹ DIEZ-PICAZO, L./GULLON, A., *Instituciones de Derecho Civil*, pág. 387.

Por lo tanto, los hechos que puedan dar lugar a responsabilidad penal de la asociación deben haber sido realizados por alguno de esos órganos competentes.

aa2) Fundaciones

En el caso de las fundaciones sus órganos de dirección se encuentran establecidos en los estatutos de las mismas. En este sentido, el art. 12 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, *De fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, determina que las fundaciones se encuentran regidas y representadas por el *Patronato*, quien ostenta la representación legal de las mismas.

Por lo tanto, cualquier actividad del mismo que diese lugar a la comisión de un delito deberá serle imputado a la fundación.

bb) Personas jurídicas de Derecho mercantil

bb1) Compañías colectivas

En las compañías colectivas la representación puede estar delegada en un socio concreto. Si así fuese, éste responderá de las acciones que en su giro se realizaran (art. 132 Código de Comercio). En caso de que no se hubiese limitado por un acto especial a alguno de los socios como socio administrador, todos los socios tendrán facultad de concurrir en la dirección y manejo de los negocios comunes (art. 129 Código de Comercio)³⁰.

Sin embargo, estas sociedades tienen como particularidad que sus socios, sean o no gestores de las mismas, estarán obligados personal y solidariamente con todos sus bienes por las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por la persona autorizada para usarla (art. 127 Código de Comercio). Según el art. 128 del Código de comercio se establece que si el socio que

³⁰ En este sentido, no se deben dejar de tener en cuenta los arts. 1692 y 1695 del Código Civil.

actuó no se encontraba debidamente autorizado para usar la firma social no obligará con sus actos o contratos a la compañía, aunque los ejecuten a nombre de ésta y bajo su firma, en cuyo caso la responsabilidad, civil o penal, que de dichos actos pudiese derivar será exclusivamente personal.

Por lo tanto, al no tratarse de una sociedad cuya característica sea la distinción entre su personalidad jurídica y la de sus socios, *no serán imputables* las acciones antijurídicas y punibles.

bb2) Sociedades comanditarias simples

En las sociedades comanditarias simples se encuentran representadas por todos sus socios. Con lo cual, son los actos de cualquiera de ellos -sean o no gestores (art. 148 Código de Comercio)- los que pueden desencadenar la imputación de la acción a la sociedad (art. 148 Código de Comercio). La responsabilidad personal de los socios comanditarios por obligaciones o infracciones quedará limitada a los fondos que pusieron o se obligaron a poner en comandita (art. 148 Código de Comercio), existiendo así un patrimonio distinto del de sus miembros. En este sentido, no nos encontramos aquí con un Consejo de administraciones o administradores, sino directamente con los socios comanditarios.

Por lo tanto, será imputable a la sociedad comanditaria cualquier acción punible que fuese realizada por cualquiera de los socios que ostenten su representación.

bb3) Sociedades anónimas

Las sociedades anónimas se encuentran representadas en el tráfico jurídico por medio de sus órganos. Estos órganos son la *Junta general* (arts. 93 ss. LSA) y los *Administradores o Consejo de administración* (arts. 123 ss. y 136 ss. LSA).

La *Junta general* se encuentra integrada por los accionistas que tomarán las decisiones de los asuntos propios de la competencia de la junta por mayoría (art.

93.1 LSA)³¹. En este sentido, se encuentran sometidos a los acuerdos de la Junta también los accionistas disidentes y los que no hayan participado en la reunión (art. 93.2 LSA)³².

Los *Administradores* son nombrados por la Junta general (art. 123 LSA). No es necesario que éstos ostenten la calidad de accionista de la sociedad (art. 123.2 LSA). La representación de los Administradores abarca desde la representación en juicio de la sociedad determinada en los estatutos (art. 128 LSA) hasta los actos comprendidos en el objeto social delimitado, a su vez, por los estatutos de la sociedad (art. 129 LSA). En este sentido, la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos que dicha acción sería ineficaz frente a terceros (art. 129.2 LSA). Por otro lado, los Administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deberen desempeñar su cargo (art. 133 LSA). Todos los Administradores responderán, en este sentido, de forma solidaria, menos aquellos que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (art. 133.2 LSA). En ningún caso quedarán exonerados de responsabilidad los Administradores por el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general (art. 133.3 LSA).

Se denomina *Consejo de administración* cuando la administración de la sociedad se confiera a dos o más personas (art. 136 LSA). Las reglas de

³¹ Confr. respecto de los asuntos propios competencia de la Junta General los arts. 25-28, 41, 75, 123, 144, 152, 153, 159, 164, 212, 213, 224, 234.3, 239, 240, 254, 260, 262, 271, 277, 283, 292 y 294 LSA.

³² Los accionistas disidentes podrán impugnar los acuerdos de la Junta que fueran contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o de varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Confr. arts. 115 ss. LSA.

responsabilidad existentes para los Administradores se deben considerar también en relación al Consejo de administración. En este sentido, es también válido lo anteriormente expuesto.

bb4) Sociedad comanditaria por acciones

Las sociedades comanditarias podrán ser simples o por acciones (art. 122 Código de Comercio). En caso de estas últimas se aplicará lo dispuesto para las sociedades anónimas según lo dispuesto en el art. 152 del Código de comercio. Por lo tanto, sus representantes legales serán los *Administradores, el Consejo de administración o Gerentes*. Las acciones antijurídicas de éstos podrá dar lugar a la imputación del hecho punible a la sociedad.

bb5) Sociedad de responsabilidad limitada

Las sociedades de responsabilidad limitada se rigen, en cuanto a sus órganos de administración, análogamente por las mismas reglas que las sociedades anónimas (Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)). Por lo tanto, los órganos representativos de éstas son la *Junta general de accionistas y los Administradores o Consejo de administración*. Las acciones antijurídicas de dichos órganos podrán entonces dar lugar al surgimiento de responsabilidad penal imputable a la sociedad.

La caracterización de dicho tipo de sociedad como de responsabilidad limitada hace referencia a que se trata de una sociedad de riesgo limitado, puesto que los socios no responden personalmente de las deudas sociales (art. 1 LSRL) y cuyo capital se divide en participaciones sociales. De ahí su analogía con las reglas de representación de las sociedades anónimas y, por lo tanto, la sociedad responde, como persona jurídica, ilimitadamente con todos sus bienes presentes o futuros.

cc) Personas jurídicas de Derecho público

En este supuesto sólo cabe tener en cuenta a las Entidades públicas empresariales. Los órganos de representación de estas personas jurídicas de Derecho público surge de cada forma de organización en concreto y, por lo tanto de lo establecido en sus estatutos (por ejemplo, Decreto-ley 18/62, de 7 de julio, modificado por Decreto-ley 2/67, de 16 de febrero, por el que se nacionalizó y reorganizó el Banco de España (BOE núm. 141, de 13 de junio y BOE núm. 49, de 27 de febrero, respectivamente), así como Decreto 2014/1971, de 23 de julio, por el que se aprueban los Estatutos del Banco de España).

dd) Otras personas competentes

El ámbito de personas competentes para dar lugar a la imputación de un hecho a las personas jurídicas relatada se refiere exclusivamente a las establecidas por la ley y, por lo tanto, no cabe duda sobre la idoneidad de dichas personas para dar lugar a una posible responsabilidad penal de una sociedad, pues son éstas quienes ostentan la capacidad jurídica de representación de la misma.

Sin embargo, no se puede dejar de mencionar aquí, al menos al margen, que la doctrina al respecto ha manifestado la necesidad de considerar también a otras posibles personas cuyas acciones suelen ser determinantes en el funcionamiento de una sociedad o empresa, aunque no pertenezcan necesariamente a los órganos directivos y con capacidad jurídica de representación de las mismas³³. Uno de los argumentos más

³³ POHL-SICHTERMANN, R., "Die von § 26 betroffenen Verbände und Personen", pág. 431. SCHMITT, R., "Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes?", Festschrift für R. LANGE, 1976, Berlin, New York, 1976, pág. 880. TIEDEMANN, K., "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für die wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", C 52; el mismo, "Literaturbericht, Nebenstrafrecht, einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht", ZStW 83 (1971), pág. 792; el mismo, "Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27. 8. 1974", JZ 1975, pág. 185; el mismo, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976; el mismo, "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmershaftung", NJW 1986, pág. 481. SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, págs. 142 ss.; el mismo, "Strafrechtsdogmatik und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", wistra 1982, pág. 41. STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmershaftung?", pág. 298. MÜLLER, E., *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1985, págs. 66 ss. SCHROTH, H.-J., (continúa...)

contendientes mencionados al respecto advierten que si sólo se limita la responsabilidad penal de la sociedad o compañía a los representantes legales determinados por la ley, se privilegia a determinadas personas jurídicas por la elección de determinadas formas de sociedades³⁴. En este sentido, el empresario individual no responde por acciones antijurídicas realizadas por sus representantes legales sin que concurra la vulneración de un deber propio, sin embargo en tales casos se debería exigir una posición de garante del titular de la empresa para evitar la comisión de delitos que en su ámbito pudiese ser realizado por personal de la misma³⁵.

En este sentido, el empresario individual corre el riesgo de ser castigado el mismo por delitos cometidos por sus empleados dentro del ámbito de la empresa, mientras que, aún de *lege lata*, las personas jurídicas se encuentran en una situación privilegiada.

La exclusiva limitación del círculo de personas cuyas acciones pueden desencadenar la imposición de una sanción a una persona jurídica a los órganos directivos o administrativos establecidos como representantes legales por la ley, pone de manifiesto la falta de comprensión de la verdadera organización de la dirección de una empresa en la actualidad³⁶. La limitación a los órganos de administración y directivos se orienta en una empresa cuya actividad pueda depender sólo de un Consejo de administración³⁷. Sin embargo, hoy por hoy, nos encontramos cada vez más con

³³(...continuación)

"Der Regelungsgehalt des 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrecht", *wistra* 1986, pág. 158.

³⁴ TIEDEMANN, K., "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für die wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", C 58. FLEISCHER, "Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH", *NJW* 1978, págs. 96 s.

³⁵ MÜLLER, E., *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, pág. 66.

³⁶ MÜLLER, E., *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, pág. 66.

³⁷ BENDER, M., "Die GmbH & Co. als Bußgeldoase", *ZfZ* 1971, pág. 239.

empresas cuyo proceso de rendimientos se encuentran caracterizadas, tanto por una división del trabajo vertical y horizontal, así como por la delegación de deberes.

En este sentido, las empresas económicas modernas, especialmente aquellas que se dedican a diferentes ámbitos de producción, carecen del tradicional estilo monocrático de dirección y se encuentran dirigidas por un "equipo", en los cuales se encuentran muchas personas en calidad de órganos de información, de desarrollo y de ejecución³⁸. Dentro de las empresas de producción se encuentran, por ejemplo, en la esfera horizontal de la división de trabajo una serie de secciones independientes (*Stäbe*) que se encuentran situadas junto a la verdadera escala de autoridad³⁹.

Este sistema de división de trabajo lleva a un sistema de competencias parciales, autorizaciones parciales y, por lo tanto, también a responsabilidades parciales⁴⁰. El *management* de las empresas modernas se encuentra dedicado fundamentalmente a cuestiones de política empresarial y no tanto con la producción y la distribución. La verdadera autoridad dentro de una empresa se encuentra delegada a los directores, a los representantes de ventas y jefes de secciones⁴¹, un círculo de personas cuyas acciones no desencadenarían ninguna responsabilidad penal si ésta se limitase exclusivamente a las acciones de los representantes legales de las mismas.

En este contexto, se expone con frecuencia como ejemplo de estos problemas prácticos la problemática del caso *Contergan*. Como es sabido, el supuesto de hecho del caso *Contergan* era, de forma muy resumida y para lo que aquí interesa,

³⁸ GAUL, "Erfordernisse und Wirkungen einer Aufgabendelegation für den GmbH-Geschäftsführer", *GmbH-Rundschau* 69 (1979), pág. 25. DAHRENDORF, *Industrie- und Betriebssoziologie*, 4. ed., 1967, pág. 78. FÜRSTENBERG, *Wirtschaftssoziologie*, 2. ed., 1970.

³⁹ DAHRENDORF, *Industrie- und Betriebssoziologie*, pág. 79. REHHAHN, "Betriebsleistung und Verantwortung", *Arbeitsschutz* 1977, págs. 243 s.

⁴⁰ REHHAHN, "Betriebsleistung und Verantwortung", *Arbeitsschutz* 1977, pág. 246.

⁴¹ DAHRENDORF, *Industrie- und Betriebssoziologie*, pág. 78.

el siguiente: como consecuencia de la prescripción del medicamento Contergan a mujeres embarazadas que padecían de insomnios los niños nacían con tremendas malformaciones. En este caso fueron acusados los dos directivos (Administradores) de la industria farmatológica *Chemie-Grünenthal GmbH*, un jefe de investigación, un jefe de la sección científico-médica, un jefe de distribución, un representante de ventas encargado de las relaciones (venta de licencias) con el extranjero y un supervisor de la preparación del medicamento Contergan. Los dos directivos de la empresa (Administradores) carecían de todo conocimiento farmacéutico y médico, de manera tal que si se hubiese podido imponer una sanción, a lo sumo se hubiese podido acusar a los representantes legales de un delito de omisión o de un delito de lesión del deber de vigilancia. Sin embargo, la obtención de la prueba en estos casos fracasó con frecuencia dada la escisión en la división de trabajo⁴².

Para vencer tales problemas de prueba y, sin embargo, poder seguir imputando la acción al órgano de representación se propone que el órgano haya podido impedir -al menos con un alto grado de probabilidad- la comisión de la acción punible⁴³. Por otro lado, hay quienes sostienen que el criterio de imputación sea aún más amplio proponiendo, basándose en la *teoría de elevación del riesgo*, la simple comprobación de que la acción contraria a Derecho podría haber sido esencialmente dificultada con la debida vigilancia para evitar el resultado lesivo, debe permitir imputar la acción a la persona jurídica⁴⁴.

⁴² BRUNS, H.-J., Festschrift für HEINITZ, 1972, págs. 316, 329 s. OSTERMAYER, H., "Kollektivschuld im Strafrecht. Der Contergan-Prozess zeigt die Grenzen der Strafjustiz", ZRP (1971), págs. 75 s.

⁴³ TIEDEMANN, K., "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", Gutachten zum 49. Deutschen Juristentag, tomo I, C 58. TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht. Eine Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltskriminalität*, Baden-Baden, 1980, págs. 106, 112 ss.

⁴⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, § 15, NNMM 173 ss.

Sin embargo, estos intentos siguen presentando problemas de pruebas. Por lo tanto, en virtud de las estructuras organizativas en las que se apoyan las empresas en la actualidad, la doctrina, como ya hemos dicho, ha considerado necesario ampliar el círculo de personas cuyas acciones puedan dar lugar a la imputación de la acción antijurídica a la empresa misma, proponiendo una ampliación que debe abarcar a todas aquellas personas cuyas decisiones sean vinculantes en un proceso de producción, lo que se deberá comprobar en cada caso concreto en función de la organización propia de cada empresa.

En cualquier caso parece posible incluir además de los representantes legales de una sociedad a *toda persona o grupo de personas que tengan a cargo una unidad operativa de la empresa*, siempre y cuando ostenten por lo establecido en sus estatutos representación de la misma. Por lo tanto, se ampliaría así el ámbito de responsabilidad a todas aquellas personas que ostentan verdadera capacidad de representación y decisión dentro del proceso de división de trabajo de la persona jurídica.

a3) Hecho de conexión (*Anknüpfungstat/Bezugstat*)

La posibilidad de imponer una sanción a una persona jurídica o a una sociedad presupone la *existencia de una acción antijurídica realizada por alguna de las persona físicas* incluidas dentro del círculo de personas competentes, es decir, bien un órgano de dirección, de representación o cualquiera de los demás que pudiesen tomar decisiones funcionales determinantes establecidas en los estatutos.

El hecho debe haber vulnerado obligaciones que le incumben a la persona jurídica o a la sociedad o bien haberla enriquecido o haberla podido enriquecer.

aa) Vulneración de obligaciones y deberes de la persona jurídica

La vulneración de obligaciones se debe referir a la lesión de obligaciones relacionadas con el giro de la empresa. Es decir, que debe existir una *relación funcional* entre el hecho antijurídico y las obligaciones propias de la empresa. En este sentido, se trata de obligaciones de relación funcional de la empresa en todas aquellas que afecten al ámbito del giro de la misma y que por ello se dirijan en forma de mandatos o prohibiciones a las personas jurídicas o a las sociedades como destinatarias de la norma. Por otro lado, también se deben considerar, aquellos mandatos o prohibiciones que como delitos generales se dirijan a cualquier sujeto.

Al ámbito de los mandatos y prohibiciones relacionadas con el giro de la empresa se refieren cualquier hecho punible, cuya lesión pueda dar lugar a una sanción penal. Por otro lado, también pertenecen a esta categoría todos aquellos hechos punibles que se dirijan a determinadas personas. Las obligaciones que se desprenden de tales preceptos se encuentran, por lo general, relacionadas con el giro de la empresa. En estos casos debe ser indiferente si el autor debe revestir alguna cualidad personal, si se trata de delitos especiales propios o impropios o si la descripción del círculo de autores se desprende de las acciones punibles descritas en el tipo penal. A su vez, también se debe incluir todas las disposiciones del Derecho penal accesorio.

Dentro de las obligaciones que pueden incumbir a cualquier sujeto se encuentran todas las demás disposiciones del Código penal. En este sentido, se encuentran numerosos comportamientos que en relación con la dirección de una empresa puedan dar lugar a otros tipos penales de comisión⁴⁵. También se deben incluir los delitos de omisión propios e impropios, en los que también deberá ser indiferente que la obligación le incumba a un órgano o a la persona jurídica misma.

⁴⁵ REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 29. GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, § 30, NM 20.

En los casos de obligaciones que incumben a la generalidad se deberá comprobar cuidadosamente la existencia de la *relación funcional* con el giro de la empresa. Esta se deberá afirmar siempre que las obligaciones se concreten en el marco del ámbito de actividades de la empresa⁴⁶.

bb) Enriquecimiento de la persona jurídica

Otro posible criterio para imponer una sanción a una persona jurídica es la existencia de un *enriquecimiento o de un posible enriquecimiento* producto de una acción antijurídica realizada por alguna de las personas cuyas acciones pueden desencadenar la responsabilidad penal de las mismas. La finalidad que se persigue al tomar este criterio es la confiscación de las ganancias producidas por el enriquecimiento y, a su vez, impedir tales manipulaciones⁴⁷.

En el enriquecimiento no se debe exigir necesariamente la existencia de una relación funcional con el giro de la empresa⁴⁸. Ello se debe a que una de las finalidades mismas de una sanción a una persona jurídica es la confiscación de las ganancias ilícitamente obtenidas y, en este sentido, resulta indiferente que la acción misma estuviese o no relacionada con el giro de la empresa. Por lo tanto, los hechos de conexión que pueden dar lugar a la responsabilidad de la empresa son todos aquellos delitos independientemente que se trate o no de delitos patrimoniales.

⁴⁶ DEMUTH, H./SCHNEIDER, T., "Die Bedeutung des Gesetzes für Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen", pág. 650.

⁴⁷ DEMUTH, H./SCHNEIDER, T., "Die Bedeutung des Gesetzes für Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen", págs. 650 ss. REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 31. MÜLLER, E., *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, págs. 74 s.

⁴⁸ GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3 30, NM 27. DEMUTH, H./SCHNEIDER, T., "Die Bedeutung des Gesetzes für Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen", pág. 651. POHL-SICHTERMANN, R., *Geldbuße gegen Verbände*, págs. 164 ss.

Si el autor actúa en interés propio entonces se excluirá toda posible imputación del delito a la persona jurídica, aunque el hecho lo haya realizado dentro del giro de la empresa. Estas situaciones se deberán examinar en el caso concreto.

En todo caso, para poder apreciar la existencia de un enriquecimiento, el autor deberá pertenecer al círculo de personas vinculadas a la empresa cuya acción pueda dar lugar a la imposición de una sanción. En este sentido, no se debería prescindir de una relación interna entre el hecho del autor competente y el giro de la empresa⁴⁹.

El enriquecimiento se debe definir como todos aquellos beneficios patrimoniales, es decir, cualquier forma de enriquecimiento, que permita apreciar una mejora en el patrimonio o cualquier aumento de valor económico del mismo. También se deben tener en cuenta los enriquecimientos mediatos que se pueden producir, por ejemplo, por medio de una mejor situación de competencia obtenida a través de la realización de un delito de coacciones, con lo cual la participación en el mercado se traduce en un beneficio inmediato. En este último supuesto, la ventaja misma obtenida debe ser antijurídica y no debe ser suficiente que se haya obtenido por medio de una acción punible; es decir, una ventaja lícita lograda por medio de un delito de coacciones, por ejemplo, no debe dar lugar a la existencia de un enriquecimiento imputable.

Si el enriquecimiento ha tenido efectivamente lugar, no será relevante que éste no se haya querido producir; por lo tanto, será suficiente la efectiva situación

⁴⁹ SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 14, NM 26. LACKNER, *Strafgesetzbuch*, § 14, Anm. 3b. DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, § 75, NM 3. SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 152. GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3 30, NNMM 24 s. ROTBERG, H. E., (Ed.), *Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar*, 5. ed., München, 1975, § 9, NM 14. REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 34.

ventajosa. Se debe considerar la existencia de un hecho que perseguía la obtención de un enriquecimiento, cuando los autores del hecho lo hayan perseguido.

Tampoco se deberá excluir la existencia de un enriquecimiento y, por lo tanto, pretender la exclusión de responsabilidad de la persona jurídica, si el hecho que da lugar al enriquecimiento genere la responsabilidad de la misma frente a terceros, es decir, si la persona jurídica incurre debido al hecho antijurídico en responsabilidad civil frente a terceros. Algunos autores proponen en estos supuestos la posibilidad de que ello sea tenido en cuenta en el momento de la determinación de la pena⁵⁰. Dado que el requisito referente al enriquecimiento no pretende constatar la ganancia (mediata o inmediata) efectivamente obtenida, no es necesario que se pueda determinar exactamente la ventaja patrimonial perseguida o si de la acción del órgano o persona competente ha dado lugar a una ventaja patrimonial, sino que será suficiente con la existencia de un enriquecimiento. En este supuesto sería conveniente tener en cuenta en el momento de la determinación de la pena la gravedad del hecho realizado.

En los casos en los que el *enriquecimiento haya tenido efectivamente lugar*, no será relevante si con la realización del hecho se ha tenido la finalidad de obtener o no un enriquecimiento; en este sentido, es suficiente la comprobación de la existencia de una situación más ventajosa. Lo decisivo, por el contrario, será la existencia de una acción realizada con intencionalidad⁵¹. Por lo tanto no deberá ser suficiente, que el autor reconozca el enriquecimiento como una consecuencia segura de su acción realizada con otra finalidad. En este sentido el hecho de conexión no debe ser necesariamente un delito de enriquecimiento, sino que puede ser también, por ejemplo, un delito de falsedades, cuya finalidad es un engaño en el tráfico jurídico. Incluso

⁵⁰ DEMUTH, H./SCHNEIDER, T., "Die Bedeutung des Gesetzes für Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen", pág. 651. GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, RN 23. ROTBERG, H. E., *Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar*, § 30, RN 8.

⁵¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch*, § 15, NNMM 66 ss.

deberá ser suficiente como hechos de conexión delitos que carezcan de una intencionalidad interna.

Por último, es necesario comprobar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho de conexión y el enriquecimiento. Si efectivamente el enriquecimiento ha tenido lugar, éste deberá ser reconducible al hecho de conexión. En el caso en que se hubiese perseguido un enriquecimiento, entonces el hecho deberá según la representación del órgano o de la persona competente proporcionar una ventaja a la persona jurídica.

Resulta discutible si además se debe exigir la existencia de una relación interna entre el hecho de conexión y el enriquecimiento de tal entidad que ese posible enriquecimiento estuviese dentro del fin de protección de la norma lesionada por el hecho de conexión. Si esto debiese ser así, entonces la finalidad de tal exigencia se encontraría en la evitación de que cualquier comportamiento punible pudiese dar lugar a la imposición de una pena a una persona jurídica. En este sentido, la doctrina discute este problema tomando como ejemplo el siguiente caso: si un miembro de un Consejo de administración conduce con exceso de velocidad para llegar a tiempo a una reunión en la que se tomará una resolución favorable para la persona jurídica, entonces -según la teoría del fin de protección de la norma- este comportamiento no puede ser imputable de ninguna manera a la persona jurídica⁵². Por lo tanto, no toda vulneración de una norma deberá dar lugar a una imputación del hecho de conexión a la persona jurídica, como también ocurre respecto de la imputación individual.

Otro sector doctrinal dominante pretende solucionar este tipo de casos por medio de la aplicación del *principio de oportunidad*⁵³. Si en el caso supuesto el

⁵² ROTBERG, H. E., *Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar*, § 30, NM 9. BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zur Ordnungswidrigkeiten* - CRAMER, P., § 30, NM 106. POHL-SICHTERMANN, R., *Geldbuße gegen Verbände*, pág. 156.

⁵³ Por todos, GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 22.

negocio se lleva a cabo y la persona jurídica obtiene efectivamente un enriquecimiento, entonces parece, desde todo punto de vista, desproporcionado la aplicación de una sanción a la misma⁵⁴. Por otro lado, la aplicación del principio de oportunidad presupone siempre en de hecho se estuviese ante un supuesto que diera lugar a la aplicación de una sanción. Por lo tanto, en el caso de normas que bajo ningún aspecto pueden dar lugar a un enriquecimiento no deberá existir posibilidad alguna de imputación en caso de una acción antijurídica.

cc) Presupuestos de la acción de la persona competente

El autor del hecho deberá haber actuado como órgano o persona competente de la persona jurídica. Ello significa que no se debe limitar a la actuación de quienes ostentan la calidad de representante legal de la misma, dado que deberá ser relevante y suficiente cualquier acción u omisión punible realizada por una persona competente de una unidad productiva que de acuerdo a los estatutos represente a la persona jurídica. La finalidad que se pretende obtener por medio de la exigencia de este requisito de imputación, es que sólo sean relevantes las acciones antijurídicas que las personas competentes lleven a cabo en interés de la persona jurídica, pero no las de cualquier operario ni aquellas acciones que un miembro competente lleve a cabo en interés propio. Por lo tanto, todas aquellas acciones antijurídicas realizadas por miembros competentes de la empresa según su estatuto en su nombre, pero en interés particular, no serán nunca imputables a la misma.

La doctrina sostiene mayoritariamente que existe una acción de una persona competente, cuando entre el hecho de conexión y las obligaciones y deberes de ésta exista una *relación funcional* (objetiva e interna)⁵⁵. Lo determinante, en este

⁵⁴ REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 32.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 152. TIEDEMANN, K., "Welche strafrechtliche Mitteln empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", Gutachten zum 49. Deutschen Juristentag, tomo I, C 58. NOLL, P., "Welche strafrechtliche Mitteln empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität",
(continúa...)

sentido, debe ser si el autor ha actuado consciente de realizar la acción para la persona jurídica, mientras que la mera acción en el ejercicio del cargo no será suficiente. El criterio de la acción "en ejercicio" o "con ocasión" del desempeño de un cargo competente se apoya en el mismo criterio que en el Derecho civil se pretende solucionar las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones por acciones de sus representantes. En ese sentido resulta decisivo si el órgano (o persona competente) ha llevado a cabo la acción antijurídica en ejercicio de su cargo.

Entre la acción de la persona competente y su posición debe existir, por lo tanto, una relación *interna*, es decir, que la acción de ésta se debe corresponder, al menos de forma objetiva, con las finalidades de la unidad de la empresa en cuyo marco ha tenido lugar la acción punible.

Por otro lado, se deben tener en cuenta en este contexto la exclusión de la imputación de la acción de la persona competente, toda vez que ésta no haya actuado en el marco de los deberes que objetivamente le competen. Sin embargo, no toda acción antijurídica realizada en provecho propio lleva directamente a la exclusión de responsabilidad. Si por ejemplo, un miembro de un órgano de una empresa nacional emplea trabajadores extranjeros sin las correspondientes autorizaciones del Ministerio de Trabajo por haber obtenido a cambio una cantidad de dinero, entonces habrá actuado en interés propio y en contra de los intereses de la empresa. Sin embargo, habrá vulnerado en su calidad de persona competente de la empresa el deber que le incumbía a su empresa de solicitar, en su caso, las debidas autorizaciones para emplear a personal

⁵⁵(...continuación)

Referat zum 49. Deutschen Juristentag, tomo II, M 28. STRATENWERTH, G., "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", pág. 299. SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, § 14, NM 26. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, § 14, com. 3b. REBMANN, K./ROTH, K./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 34. GÖHLER, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 24. ROTBERG, H. E., *Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar*, § 9, NM 14. BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz - CRAMER*, P., § 30, NM 109.

extranjero o por no haber empleado a personal con la documentación exigida, de manera tal que la acción le deberá ser imputable a la sociedad y deberá responder.

En este sentido, según algunos autores⁵⁶, también se deberá imponer una sanción a la persona jurídica toda vez que un miembro de un órgano o cualquier persona competente lleve a cabo una acción que se dirija contra la propia persona jurídica. Por ejemplo, en el caso en que la persona competente haga una declaración tributaria falsa a fin de ocultar una apropiación indebida llevada a cabo por él mismo. Sin embargo, esta interpretación resulta discutible, ya que acciones llevadas a cabo en contra de los intereses de la persona jurídica no le aportarán ningún beneficio. El delito de la persona jurídica no se caracteriza por el aprovechamiento del poder de la sociedad por parte del autor, sino, por el contrario, por la influencia del autor como consecuencia del poder de la persona jurídica⁵⁷.

Una *acción de exceso* no es expresión del "poder de la persona jurídica", sino que se trata de los mismos argumentos de explicación que se utilizan en relación con los delitos comunes⁵⁸. No puede ser finalidad de la sanción a una persona jurídica la evitación de acciones de exceso que el autor lleve a cabo con ocasión de su pertenencia a una sociedad⁵⁹. De lo contrario, de estaría creando una especie de "deber de policía auxiliar" (*Hilfspolizeipflicht*) para la persona jurídica que sería injustificada⁶⁰. En este sentido, se debe entender que sólo aquellas acciones realizadas en interés de la personas jurídica deben dar lugar a la imputación de la acción

⁵⁶ REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 30, NM 34.

⁵⁷ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 106. En sentido contrario, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, págs. 135 s.

⁵⁸ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 253.

⁵⁹ MÜLLER, E., *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, págs. 76 ss.

⁶⁰ SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 253.

antijurídica a la misma y quedan excluidas de la imputación a la misma todas aquellas acciones que el autor lleve a cabo en interés propio.

Por las mismas razones, tampoco será imputable la acción del órgano a la persona jurídica, cuando aquél le haya sido impuesto a la persona jurídica, como puede ser el caso en la intervención judicial de una empresa⁶¹.

Por último, se debe tener en cuenta en relación dentro de las acciones de las persona competentes la problemática relativa a la acción de órganos con pluralidad de miembros. En los órganos o unidades competentes compuestos por varias personas no debe ser relevante la división interna de las obligaciones. La sanción a una persona jurídica se debe poder imponer aún cuando el autor de la acción antijurídica actúe sobrepasando su ámbito de competencias⁶². En este sentido, sólo se debe exigir que exista una acción relativa a las obligaciones de la empresa o que tenga o que pueda tener

lugar un enriquecimiento. Si alguna de estos dos requisitos tiene lugar por medio de una acción antijurídica llevada a cabo por un sólo miembro del órgano competente, entonces sólo será decisivo si su acción estaba en relación funcional con el giro de la empresa y si era competente para cumplir obligaciones de la empresa. Es decir, que la responsabilidad de cada persona competente y, por lo tanto, también la de la persona jurídica se deberá mantener, aunque el autor del hecho haya vulnera la división de competencias internas dentro de la empresa (siempre que, dentro de la misma, misma algún cargo competente)⁶³.

⁶¹ JAKOBS, G., *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6/44. ZUGALDIA, J.M., "Las penas previstas en el art. 129 Del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)", (en prensa), pág. 14.

⁶² DEMUTH, H./SCHNEIDER, T., "Die Bedeutung des Gesetzes für Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen", pág. 651.

⁶³ POHL-SICHTERMANN, R., *Geldbuße gegen Verbände*, pág. 170.

Esta problemática sobre la competencia interna dentro de la empresa pueda ser relevante en relación a la vulneración del deber de vigilancia, dado que en el caso de unidades competentes integradas por varios miembros. Por otro lado, también puede tener relevancia en relación con aspectos procesales, cuando la autoridad competente de persecución investigue el hecho respecto del miembro del órgano incompetente y cuando respecto del órgano competente la acción prescriba antes de que se haya resuelto la aplicación de la sanción a la persona jurídica.

X

dd) Cuestiones concursales

En relación a los concursos de delitos se deberán aplicar las mismas reglas existentes en el derecho positivo respecto de los concursos de delitos de sujetos individuales.

En este sentido, la única propuesta que habría que hacer es en relación a la participación en *un mismo delito* de varios órganos o unidades competentes es que sólo deberá ser aplicable una única sanción a la persona jurídica o sociedad⁶⁴.

3) Determinación de la culpabilidad

Una vez establecidos los presupuestos de comprobación de la antijuricidad del hecho, es necesario establecer también los presupuestos de la culpabilidad de la persona jurídica. Como ya se ha tenido oportunidad de exponer, un modelo de culpabilidad basada en aspectos de prevención general positiva facilita notablemente la cuestión. En este sentido, habría que afirmar la existencia de culpabilidad y, por lo tanto, la necesidad de imponer una pena cuando así lo exija el restablecimiento de la vigencia de la norma. El hecho punible consiste en una

⁶⁴ BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*-, CRAMER, P., § 30, NM 122.

comunicación falsa y ese defecto le es imputado al competente como culpa. Para ello habrá que comprobar en cada caso concreto la existencia de un injusto, la existencia de un autor competente, la motivación del autor y también los especiales elementos de culpabilidad que tengan que ver con la competencia del imputable. La explicación de estos elementos se encuentra elaborada en el capítulo tercero de este trabajo.

De lo contrario, es decir, de no compartir estos puntos de partida, y si se opta por un sistema penal elaborado exclusivamente para las personas jurídicas, no cabra más posibilidad que recurrir para la determinación de la culpabilidad a conceptos como el de culpabilidad de organización o a un concepto de culpabilidad fundado en aspectos preventivos especiales, como ya hemos expuesto en el capítulo tercero, en la línea de las argumentaciones de TIEDEMANN o SCHÜNEMANN, o bien estableciendo un sistema específico de responsabilidad penal de las personas jurídicas con categorías exclusivamente elaboradas para las mismas en la línea de lo expuesto por HEINE. Se puede sostener, por lo tanto, que también es posible hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas aún cuando se tomen otros puntos de partida a los aquí defendidos.

Independientemente del sistema de responsabilidad por el que se opte, lo que debe quedar claro es que no cabe la aplicación de ninguna sanción, ya sea penal o administrativa, sin la determinación de culpabilidad de las personas jurídicas:

4) Consecuencias jurídico-penales concretas

Las penas concretas que deben ser aplicables a las personas jurídicas se debe adaptar, obviamente, a su naturaleza. En este sentido, la pena por excelencia parece ser la *multa pecuniaria*. Sin embargo, se ofrecen además otras posibilidades, que no son novedosas en la discusión de este tema, y que pueden permitir obtener un efecto preventivo deseado.

En este sentido, no parece acertado la introducción de sanciones que impliquen la desaparición de la persona jurídica, como la clausura, disolución o suspensión de la misma como se encuentran previstas en el art. 129 CP. Estas penas no tendrían, a mi modo de ver, ninguna eficacia preventiva, dado que la liquidación de una sociedad no impide que se forme una nueva sociedad destinada a continuar con las mismas actividades y, por el contrario, su mayor perjuicio lo sufren terceros no implicados en la comisión del delito.

Por el contrario, sanciones aplicables a las personas jurídicas se deben elaborar teniendo en cuenta la estructura de éstas y, en este sentido, parecen ofrecer mayores posibilidades sanciones como la prohibición de realizar determinadas actividades o de contraer negocios determinados (p.ej. la prohibición de contratar con el Estado o de realizar operaciones mercantiles con el extranjero), la pérdida de beneficios fiscales, la aplicación de beneficios económicos con fines sociales, entre otras tantas propuestas. Desde una perspectiva de Derecho comparado resulta muy ilustrativo que la sanción más dura con la que se opera en el Derecho Comunitario, además de la pena de multa, es la prohibición de obtener subvenciones de la Unión europea. Ampliando tal sanción a la prohibición de recibir subvenciones estatales, beneficios fiscales y subvenciones de la UE, se obtendría una sanción adecuada a la naturaleza de las personas jurídicas.

La intervención de la empresa se propone también como sanción adecuada por aquellos autores que pretenden alcanzar mediante la imposición de una pena a una persona jurídica fines de prevención especial, que se concretarían por el efecto que dicha sanción tendría sobre los miembros integrantes de la misma, a fin de evitar mutuamente la comisión de delitos dentro de la empresa.

La elaboración de un adecuado cuadro de sanciones a las personas jurídicas exigiría la ampliación del marco de esta investigación. Por lo tanto, sólo se presenta una opinión sobre aquellas sanciones que parecen estar excluidas de entrada

y aquellas que a primera vista pudieran resultar más óptimas a la vista de los ejemplos del Derecho comparado.

Esta claro que la formulación de esta propuesta no pretende ser más que un punto de partida para la discusión de los criterios de imputación y la consecuente aplicación de una sanción a las personas jurídicas. En este sentido, se ha intentado formular unos criterios de imputación que permitan aplicar las penas previstas en el art. 129 CP a las personas jurídicas con las debidas garantías que como sujeto de Derecho deben tener y no dejar la aplicación del mismo al mero arbitrio judicial. Por otro lado, me parece posible prescindir aquí del tratamiento de otras cuestiones relativas a la propuesta de *lege ferenda* que aún se han dejado abiertas -como por ejemplos cuestiones relativas a los límites máximos de las sanciones imponibles o a cuestiones de carácter procesal-, dado que, a pesar de su importancia, se considera esencial determinar en primer lugar los criterios generales de imputación de un injusto a las personas jurídicas. Las demás cuestiones relevantes, sin lugar a duda, exceden el marco propuesto de esta investigación y deberán quedar supeditadas a una futura discusión.



CONCLUSIONES



CONCLUSIONES

Con el fin de elaborar las conclusiones a las que esta investigación me han conducido, creo conveniente recapitular sintéticamente las ideas centrales que se han expuesto a lo largo de los diferentes capítulos de este trabajo.

I. La idea central que conduce esta exposición es la afirmación de que las explicaciones dogmáticas han estado y continúan dependiendo de un determinado contexto cultural y filosófico que orientan el Derecho penal. En el Derecho penal la dogmática parte de conceptos pre-dogmáticos (preconceptos en el sentido de ESSER¹) y, en este sentido, las ideas que orientan la dogmática del Derecho penal para sus construcciones estuvieron marcadas por los siguientes paradigmas: el hombre, el Derecho, la sociedad y la pena. La idea del sujeto que ha estado presente en la sociedad en cada momento ha sido determinante para la elaboración de las categorías jurídicas de la teoría del delito. Los conceptos de acción y de culpabilidad, así como el de la pena, han estado configurados y han evolucionado en función de la idea de sujeto. La conclusión a la que este estudio ha conducido es que el paradigma jurídico penal basado en la idea del individuo como punto de partida de las explicaciones dogmáticas ha ingresado en una fase de cambio y se encuentra en una profunda crisis por no permitir explicar ni dar una solución las numerosas situaciones a las que el Derecho penal se debe enfrentar, como lo es la imputación de injustos por personas jurídicas. Estamos entrando muy probablemente en un paradigma en el que el punto de partida lo constituye antes la idea de sociedad, que la de individuo.

¹ ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, *passim*.

En este sentido, las elaboraciones del primer capítulo han mostrado que en el siglo XIX la idea rectora de la sociedad configuraba el sujeto del Derecho penal como un *sujeto éticamente responsable*. El peso de la ética en el concepto de delito en esta fase fue determinante. De ahí, que el delito se definiera como la manifestación de la voluntad mala y reprochable (culpable). Esta afirmación tiene como presupuesto la existencia de una voluntad libre, y la culpabilidad fuera concebida como culpabilidad de voluntad. Consecuentemente, la teoría del delito se desarrolló como una teoría de la imputación de acciones. Este punto de partida implica que sólo el hombre puede cometer un delito por gozar de libre voluntad. Por lo tanto, sólo es imputable un delito si se puede imputar a un sujeto y el Derecho penal se configura como la distinción entre sujetos libre y no libres. De ahí también, que no haya más orden moral que el orden social.

Como reacción a esta concepción aparece la Teoría del bien jurídico (BIRNBAUM), según la cual el objeto propio del delito es un bien y no un derecho subjetivo. Esta nueva concepción permitirá dar mayor amplitud al Derecho penal. Ello da lugar, a su vez, al nacimiento de un nuevo paradigma: el positivismo. Se presenta, por lo tanto, una nueva concepción de la sociedad. No se trata ya de una sociedad de hombres individuales, ni de la sociedad del contrato social.

A partir de JHERING la Teoría del bien jurídico adquiere una importancia trascendente. Se presenta ahora una concepción de la sociedad diferente a la de antes. Según JHERING el individuo es egosista y actúa para autoafirmarse. Se introducen así elementos organizativos en la idea de sociedad y ellos son los que permiten manejar el egoísmo del individuo (palanca menor: premio-coacción; palanca mayor: sentido del deber-amor). Para JHERING la sociedad se concibe como una persona lo que permite configurar tres tipos diferentes de seres animados: los animales, las personas y la sociedad. Precisamente, esta idea es la que hoy se encuentra en crisis.

De ahí, que esto conduzca a *replantear el problema del sujeto*. También son sujeto del Derecho los conjuntos de personas, toda vez que el mismo Derecho permite que éstas se agrupen como personas jurídicas. Esta misma idea, permitió a v. GIERKE sostener que las personas jurídicas tenían voluntad y que la expresaban de igual forma que las personas individuales (Teoría orgánica).

Esta perspectiva más amplia sobre la idea del sujeto va a influenciar algunas opiniones minoritarias a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como fueron las sostenidas por v. LISZT, HAFTER, BUSCH y SALDAÑA. Se presenta así una primera flexibilización en torno a la idea del sujeto del Derecho penal, cuyo resultado no será la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero se empieza a pensar en dos tipos de sujetos diferentes: los culpables y los no culpables, a los que se les debería aplicar una medida de seguridad. De ahí que una de las soluciones que se ofrece para el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea la aplicación de una medida de seguridad (al menos para aquellos autores que reconocen como mínimo la existencia de capacidad de acción de las mismas).

En este sentido, el primer esquema dogmático de la teoría del delito que surge a partir de 1881 por la obra de v. LISZT plantea un nuevo horizonte del Derecho penal, según el cual el Estado y el Derecho existen a causa del hombre. Por ello, se sostiene -junto con JHERING- que el Derecho penal tiene que proteger intereses y para cuya protección el Derecho a creado la sociedad. El delito se define como un fenómeno natural y la acción es la humana y voluntaria. No se renuncia al elemento de la voluntad, pero se la concibe desde puntos de vista deterministas. Los elementos de la teorías del delito son: la modificación del mundo exterior, ello es antijurídico y la necesidad de un elemento subjetivo constituido por la culpabilidad en la forma de dolo o culpa.

La idea de culpabilidad como reprochabilidad no era posible en las dimensiones de v.LISZT, ya que los conocimientos extradogmáticos de los que partía eran la sociedad, entendida como conjunto de personas que actúan, la acción, como modificación del mundo exterior circundante y, el Derecho, como protección de bienes jurídicos o intereses. De ahí que el delito sea el efecto malo que ese actuar produce en el mundo circundante. Para poder imputar el resultado malo al sujeto se opera con el criterio de imputación basado en la causalidad natural. El sentido de la acción depende, pues, de sus incidencias en el mundo exterior, es decir, en el efecto que tiene sobre los bienes jurídicos. El efecto lesivo de un bien jurídico tiene un sentido negativo.

II. Hasta 1930, aproximadamente, estos paradigmas van a ser inatacables, a pesar de la influencia de la filosofía de los valores. Hay dos nuevas corrientes, como se desarrolla en el capítulo segundo, que van a influenciar y modificar el paradigma del positivismo: por un lado, los cambios que las elaboraciones sociológicas de WEBER y, por otro lado, las concepciones filosóficas de SCHELER.

El intento por palear los defectos que aquel paradigma presentaba (como, por ejemplo, la discusión en torno a la relación de causalidad, entre otros de los problemas que se discutían) dan lugar al nacimiento de un nuevo paradigma. La sociología intenta comprender interpretativamente el actuar social. Se incluye ahora la hermenéutica, a diferencia de lo que hacía JHERING, para explicar causalmente sus desarrollos y efectos. La acción social es un comportamiento humano, entendido como actos positivos externos e internos vinculados con un actuar con sentido positivo. Lo importante no es ya sólo el movimiento corporal, sino el sentido que el agente le da al actuar, el cual para ser social debe estar relacionado con el actuar de otras personas; no todo contacto entre personas tiene carácter social, sino sólo cuando actúa entre personas. Es decir, estamos ante un hecho social en la medida en que haya relación interactiva de las personas. El sentido de la acción es lo que la convierte en social. Se trata, pues, de una idea normativa y no regida por las leyes de las ciencias naturales como había ocurrido hasta entonces.

El cambio en la filosofía está marcado especialmente por la obra de SCHELER. A partir de ahora se plantea la existencia también de una ética material y no solo formal. Estos aspectos darán lugar a un nuevo paradigma: la responsabilidad penal surge como consecuencia de la responsabilidad ética.

Todos estos cambios de los paradigmas van a explicar las transformaciones que sufrirán las categorías dogmáticas de la teoría del delito a partir de WELZEL. A partir de este nuevo paradigma cambia para WELZEL también la función del Derecho penal, el cual tiene ahora una pretensión ético-social frente a la sociedad, protegiendo bienes jurídico, pero a través de determinadas exigencias a la voluntad (libertad de voluntad), y protegiendo básicamente determinados valores éticos sociales de acción y de carácter.

En este sentido, el aspecto subjetivo es lo que le da sentido a la acción y la finalidad racional de la acción está en relación con la decisión de la acción. Por lo tanto, el tipo penal debe distinguir entre lo socialmente adecuado y lo que no lo es. Ello también tiene como consecuencia que la culpabilidad deba incluir la conciencia de antijuricidad y ello tendrá sus efectos en la teoría del error de prohibición.

Nos encontramos aquí con un concepto de sociedad diferente al que sostenía v. LISZT. La sociedad es una organización más compleja donde la violación de bienes jurídicos puede *no* ser relevante para el Derecho penal (cuestión de la adecuación social). Este modelo de sociedad va a determinar el sujeto. El sujeto del Derecho penal es un individuo cuyo constitución es cada vez más compleja y, a su vez, con más facultades que las que se le reconocían al sujeto anterior: el sujeto es capaz no sólo de dirigir sus acciones, sino también de dirigir sus motivaciones. Por ello, WELZEL distingue la dirección, es decir, la finalidad de la acción, de la decisión de actuar. Una cosa es dirigir la acción y otra distinta dirigir la motivación. Ello a su vez le permite mantener con mayor rigurosidad la distinción entre antijuricidad y culpabilidad.

Estas modificaciones en la idea de sociedad hacen surgir un sujeto más complejo y al que se le reconocen más capacidades, como ser la posibilidad de dirigir sus acciones y sus motivaciones. Aún así, este desarrollo no permitirá una visión distinta de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para las opiniones más tradicionales de la época -ENGISCH, HARTUNG, LANGE, JESCHECK- seguirá siendo imposible el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues ni siquiera las reconocen a éstas capacidad de acción. Las pocas opiniones que intentan un reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas -v. WEBER, ROTBERG, HEINITZ o A. HENKEL- se vuelven a apoyar en las ideas de la teoría orgánica de v. GIERKE. Por lo tanto, todo el profundo cambio que a partir de la teoría finalista tiene la idea del sujeto deja inalterada la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La solución se intenta buscar a partir del Derecho administrativo, el cual evitaría todos los obstáculos que presentan las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad penal.

III. Dentro de ése modelo de sociedad y de sujeto se desarrolla toda la discusión dogmática hasta comienzos de los años setenta. Uno de los primeros autores en adoptar una postura crítica frente al sistema finalista de WELZEL es ROXIN. La única forma para romper con ciertas consecuencias del sistema finalista que a ROXIN no le parecían aceptables va a dar las bases de otro sistema. Se superan los puntos de vista de la teoría jurídica del positivismo que se caracterizaba por excluir de la dimensión de lo social y de la política de la esfera de lo jurídico. A partir de sus elaboraciones se reconoce que lo social y lo político deben también ser considerados en la esfera de lo jurídico, pero introduciendo en su nuevo criterio valoraciones político-criminales en las explicaciones de la parte general. Es decir, que los conceptos jurídicos en lugar de referirse a categorías ontológicas, se refieren a resultados político-criminales. Lo que significa que se encuentran justificados por las teorías de los fines de la pena, es decir, que están legitimadas por la teoría de la pena de la que proviene. La exclusión de ciertos comportamientos a los que no se les puede imputar determinados resultados es consecuencia del principio de culpabilidad. En este sentido,

sostiene que la necesidad abstracta de pena en el sentido de la prevención general y del principio de culpabilidad, son criterios político criminales rectores del tipo penal. Por otro lado, ROXIN rompe con la culpabilidad de los principios de la dogmática ontologicista, considerándola desde el punto de vista de la prevención especial. Por lo tanto, las causas que excluyen la culpabilidad no excluyen la culpabilidad, ya que el poder de obrar de otra manera siempre se encuentra presente en el sujeto. Ello demuestra, en opinión de ROXIN, que el obrar de otra manera no puede ser la esencia de la culpabilidad y la única explicación la encuentra en los criterios de prevención, fundamentalmente de la prevención especial. El replanteamiento llevado a cabo por ROXIN tampoco pudo modificar la discusión en torno a la persona jurídica, pues ni su nuevo concepto de acción, como acción personal, ni su idea de culpabilidad orientada en la prevención especial permiten abarcar a la persona jurídica, ya que continúan siendo conceptos orientados estrictamente en el modelo de una persona física.

En este sentido, todas las posibles soluciones que se ofrecen en la actualidad -SCHÜNEMANN, TIEDEMANN, OTTO, STRATENWERTH, HIRSCH, LAMPE, HEINE, VOLK, ZUGALDIA, BAJO FERNANDEZ, BARBERO SANTOS, RODRIGUEZ RAMOS, GRACIA MARTIN, SILVA SANCHEZ, PEREZ MANZANO- para resolver el tema concerniente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra bajo la influencia de este mismo modelo de sujeto y de sociedad. Las soluciones ofrecidas proponen rebajar las exigencias del principio de culpabilidad, la elaboración de un sistema específico de responsabilidad penal para las personas jurídica o bien desviar el tema al ámbito del Derecho administrativo o al Derecho civil. Sin embargo, ninguna de estas respuestas puede ser satisfactoria. Por el contrario, no hacen más que poner de manifiesto la profunda crisis en la que se encuentra el sujeto del Derecho penal y su incapacidad para resolver este problema concreto.

Un verdadero cambio con ese modelo de sujeto tendrá lugar otra vez a partir de transformaciones en la sociología y en la filosofía. Surge una nueva

perspectiva que dará lugar a un nuevo cambio de paradigma reemplazando al hasta entonces dominante. A partir de la obra de LUHMANN se produce un reemplazo de la razón práctica por la razón comunicativa. Este cambio es producto de una sociedad, hoy por hoy, tan compleja que ya no se la puede estructurar y explicar exclusivamente desde la idea del individuo. Resulta imposible aplicar los sistemas de explicación tradicionales de la sociedad, lo que produce, a su vez, la crisis de las filosofías que parten de la conciencia del sujeto.

Todo ello provoca la ruptura de la razón práctica por la razón comunicativa. Se rompe pues con el modelo de sociedad de WEBER y PARSONS. En lo que aquí concierne, es LUHMANN quien pone dicho modelo en duda introduciendo una estructura funcional constituida por *sistemas de comunicación*, que reemplazan la perspectiva sociológica tradicional fundada en la idea de acción individual y proponen sus propias formas de imputación dentro de sistemas que su creador no teme en describir como autorreferentes y autoproductivos. En este sentido, la sociedad no es un conjunto de acciones específicas, sino que se estructura sobre la base del suceso universal de la comunicación de sus medios operativos y se constituye como un sistema basado en la comunicación y en la imputación. Para la sociología tradicional el sujeto era el individuo y sus acciones. Desde esta perspectiva ese sujeto tradicional es suplantado por el sujeto del sistema y sus comunicaciones con el mundo circundante. Un sistema que se diferencia a sí mismo -en cuanto proceso autocreador- para abordar nuevos espacios de posibilidades que se ofrecen ante él. De este proceso de diferenciación surgen los distintos sistemas sociales, que se especializan, cada uno de ellos, en abordar segmentos determinados de complejidad. Es así como el progreso de la sociedad equivale a la progresiva diferenciación de la sociedad en distintos sistemas sociales. De esta forma surgen, con particularidad e independencia propia, el derecho, la economía, la educación, la política, la religión, etc. La sociedad se compone, desde estos puntos de partida, de *comunicaciones*. Los distintos sistemas sociales se componen de comunicaciones especializadas en el ámbito de la economía, del derecho, de la política, etc. Comunicaciones que serán cada vez más complejas y especializadas según

la sociedad se encuentre más avanzada. Evidentemente, la sociedad presupone a los hombres y a las acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad. Entre hombres y sociedad hay una relación de extremada independencia. Ambos son sistemas autorreferentes, con su propia creatividad y sus propias producciones. Pero son siempre independientes. Los hombres no son parte de la sociedad. Pertenecen al entorno de la sociedad. Pues entre hombres y la sociedad no se da nunca una relación de parte y todo, de fundamento y fundamentado, sino una relación ecológica que supone derribar antiguas concepciones del pensamiento clásico. Ello presupone entender que la sociedad -o los sistemas sociales como el derecho, la economía, la política, etc.- se levanta con sus propias reglas. Ello, supone asimismo, apartar las consideraciones éticas del análisis de la sociedad².

Por lo tanto, si ya no hay acciones por sí mismas y si el sistema social está constituido por unidades comunicativas imputadas como acciones a un sistema, ello trae consecuencias en el sistema jurídico. El sistema jurídico no puede partir de que las normas tienen un sistema y una cualidad diferente de la comunicación. No cabe, por lo tanto, distinguir entre normas éticas y normas naturales. Todo esto es, a su vez, consecuencia de la ruptura de LUHMANN con la idea tradicional de sistema, según la cual se explicaban las relaciones entre las partes y el todo. Para LUHMANN la relación es entre el sistema mismo y el mundo circundante y, por lo tanto, también el sistema jurídico es autorreferencial³.

Este modelo de interpretación de la sociedad se pone de manifiesto, como acabamos de decir, también en el Derecho dando lugar a una reinterpretación de la función del mismo en la sociedad. Por lo tanto, la cuestión en torno a la *función del Derecho* también se debe responder en relación al sistema de la sociedad. Se trata,

² IZUZQUIZA, I., *La sociedad sin hombres - Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, 1990, págs. 11 ss.

³ IZUZQUIZA, I., *La sociedad sin hombres - Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, pág. 12.

como afirma LUHMANN, de qué problema del sistema social se soluciona a partir de la diferenciación de normas específicamente jurídicas y, en última instancia, por la diferenciación de un sistema jurídico particular. Desde esta perspectiva se excluyen todas aquellas consideraciones psicológicas y antropológicas posibles. Ello no significa que se deben rechazar por incorrectas. Su problema se encuentra en que el ser humano sólo se presenta de forma empírica como individuo y, por lo tanto, las afirmaciones generales sobre el ser humano, la consciencia o la persona son difícilmente controlables. Por el contrario, la sociedad se refiere a un sistema individual observable empíricamente y concretable en el marco de la comunicación, aunque -sin lugar a duda- altamente complejo. Ello permite no tener que buscar ni verificar las afirmaciones que se pueden generalizar sobre un sinnúmero de diferentes sistemas de forma empírica. La hipótesis del modelo de LUHMANN es que el Derecho resuelve un problema temporal, que se presenta en la comunicación social toda vez que la comunicación que está teniendo lugar no resulta autosuficiente, sino que en su extensión temporal de su sentido se orienta y se expresa por medio de expectativas. La *función del Derecho* se encuentra vinculada, entonces, a *expectativas*. Como afirma LUHMANN, ello significa -si se toma en consideración la sociedad, y no sólo los individuos- que la función del Derecho se refiere a la posibilidad de comunicar expectativas y de encontrar en ella su reconocimiento. Al hablar de *expectativas* no se hace referencia al estado de conciencia actual de un determinado individuo, sino a un aspecto temporal del sentido de la comunicación.

En este sentido, también las elaboraciones de JAKOBS encuentran apoyo en la filosófica y sociológica, cuya interpretación de sociedad se basa en la *teoría de sistemas estructuralista funcional* de LUHMANN. Se da así lugar al surgimiento del *funcionalismo jurídico*, teoría según la cual el Derecho penal se orienta a garantizar la identidad normativa. En este sentido, no hay nada en la sociedad que no sea sustituible, todo es cambiante. Esto permite demostrar que el problema se encuentra en la forma que la sociedad adopta y no en la determinada consolidación para que el estado de las

cosas no cambie. Lo importante es la identidad de la sociedad reflejada en las normas y, consecuentemente, no en la protección de los bienes jurídicos.

Esto implica que el delito sólo se puede explicar desde un punto de vista comunicativo. El delito es una comunicación falsa. Un sujeto comunica una norma que en realidad no existe. Esta comunicación falsa es la que se debe imputar al sujeto competente. Ello conlleva, a su vez, que la función del Derecho penal sea el mantenimiento de la confianza en la norma. Desde este punto de vista, con la teoría de los sistemas comunicativos la pena ya no es un mal, porque lo que en definitiva pretende es dejar claro cuál es el contenido de la norma.

La teoría de la comunicación rompe o pone en crisis la idea de la pena como mal y da lugar al reaparecimiento de una nueva forma de entender la prevención general, es decir, en sentido positivo. No tiene nada que ver con la intimidación de los autores potenciales, sino con una función del Derecho penal que en absoluto requiere una verificación empírica. Desaparecen así los problemas empíricos de demostración, pues la imposición de una pena sólo tiene sentido para ratificar el contenido de la norma y no para que sirva de ejemplo.

Esta redefinición de la teoría de la función del Derecho penal a partir de la prevención general positiva y la explicación de la teoría del delito desde la teoría de los sistemas comunicativos da lugar al surgimiento de una nueva teoría del delito diferente de la tradicional.

En este sentido, el proceso de análisis es diferente del de WELZEL. No se debe ontologizar los objetos de las normas, sino normativizar los conceptos de la dogmática. Esto tiene como consecuencia una nueva teoría de la acción. No se trata de una teoría de la acción, sino de una *teoría del sujeto*. Desde que la acción es el comportamiento exterior evitable se trata de lo que es un sujeto en general y no de

cómo éste actúa, sino de lo que para éste es su mundo circundante y de cómo se pueden imputar al sistema las modificaciones del mundo circundante.

En el ámbito de la tipicidad esta modificación da lugar a que los principios del riesgo permitido, de la prohibición de regreso y el principio de confianza impliquen una modificación del mundo circundante. Por lo tanto, también se desvanece la tradicional diferencia entre acción y omisión. Lo que importa no es hacer o no hacer, sino haber actuado conforme al deber. Lo determinante es si el sujeto cumplió o no con el rol que le tocaba cumplir en la sociedad. Importa si la modificación en el mundo exterior es consecuencia de cómo se organizó su ámbito de competencia.

En este sentido, la culpabilidad no es, pues, una cuestión de alternativas de acción del sujeto (por ello ya no importa la existencia o no de la libertad de voluntad). Es un problema de la sociedad: si ésta tiene o no alternativas para tratar a los que cometen delitos. Desde estos nuevos puntos de partida se puede sostener que la persona jurídica es un sistema compuesto por su estatuto y sus órganos (sistema social), que dicho sistema se puede comunicar falsamente y que frente a dicha comunicación falsa el sistema jurídico reacciona imponiendo una pena para reafirmar la vigencia de la norma infringida.

IV. Se debe concluir, pues, que el sujeto del Derecho penal clásico, el individuo, no se adecúa y resulta insuficiente para responder, desde el Derecho penal, a la comisión (omisión) de injustos penales en la sociedad moderna. Los ejemplos más frecuentes para esta afirmación se encuentran en las numerosas conductas ilícitas realizadas dentro del marco del Derecho penal económico, de los delitos ecológicos o de los fraudes de subvenciones en el marco del Derecho comunitario, realizados a partir de una organización empresarial, es decir, por una persona jurídica. La distribución de competencias dentro de una organización compleja, como tiene una persona jurídica, impide en la mayoría de los casos imputar el injusto a un sujeto concreto.

Por lo tanto, ese sujeto insuficiente debe ser reestructurado para poder dar una explicación a los injustos penales cometidos por personas jurídicas en el tráfico jurídico de la sociedad moderna.

La reestructuración de la idea del sujeto en el Derecho penal significa, en consecuencia, una ampliación del ámbito de imputabilidad que abarca desde el individuo hasta una persona jurídica, cambiando el paradigma "societas delinquere non potest" que, por otra parte, como se ha demostrado a lo largo de esta investigación nunca ha sido tan claro en la doctrina como alguno de sus defensores pretenden hacer creer.

La ampliación propuesta, sin embargo, no significa renunciar a los principios fundamentales de un Derecho penal garantista, como la mayoría de los autores está convencidos. Por el contrario, tras el reconocimiento de realidades que el Derecho penal clásico no puede afrontar, el entendimiento de mi propuesta debe ser comprendido como una consecuencia deseable para el sistema y su buen funcionamiento.

El mantenimiento de un Derecho penal garantista implica que sus principios deben seguir siendo respetados. No obstante, dado que el sujeto de imputación puede tener características diferentes tras la ampliación propuesta, esos principios deben ser interpretados y aplicados considerando las nuevas características especiales de los mismos. Esto no es más que una necesaria profundización en la complejidad de un sistema que se debe enfrentar a nuevas situaciones y evolucionar, sin por ello renunciar a los postulados clásicos del principio del Estado de Derecho y del resto de los principios del sistema del Derecho penal. Como ya hemos dicho esto es, a su vez, una consecuencia de la comprensión cambiante de los dogmas penales y en función de la cual el Derecho penal debe buscar respuestas a los nuevos conflictos sociales que en su ámbito se presenten. De nada sirve seguir persistiendo en el

mantenimiento de viejos dogmas, si éstos no permiten ofrecer una solución a los conflictos sociales que el Derecho debe resolver en nuestra sociedad.

La ampliación de la idea del sujeto y el respeto de los principios del Estado de Derecho exigen también que se deba reconocer a la persona jurídica la titularidad de aquellos Derechos fundamentales que por su esencia puede ostentar. Ello no es más que una consecuencia necesaria de las garantías que el sistema jurídico debe proporcionar a los sujetos del mismo.

V. No es posible ofrecer aquí más que un nuevo punto de partida para la discusión sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta investigación no pretendió en ningún momento presentar un modelo de solución concreto y cerrado a dicha cuestión. La *tesis* que se sostiene, confirmando la hipótesis planteada, es la afirmación de que las explicaciones jurídicas dependen de un determinado contexto cultural y filosófico que orientan el Derecho penal, llegando a la conclusión que el paradigma jurídico-penal basado sobre la idea del hombre (ser humano) como punto de partida de las explicaciones dogmáticas se encuentra en crisis y en cambio. Dicho cambio da lugar a tomar como punto de partida un *nuevo paradigma: la sociedad*.

Es a partir de este nuevo paradigma que el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica adquiere una nueva dimensión y permite ser replanteado, pudiendo entender que se trata de un sistema que se relaciona con el mundo circundante por medio de comunicaciones y dichas comunicaciones pueden ser falsas. Por lo tanto, se debe imputar esa comunicación falsa (delito) al sistema (sujeto-persona jurídica) competente. La persona jurídica como sistema autorreferencial es competente de sus comunicaciones, también de las falsas, y se presenta, por lo tanto, como un sujeto posible para el sistema del Derecho penal.

VI. Si bien actualmente no es posible desarrollar aún una *teoría* dogmática de la responsabilidad de entes colectivos, al menos ha sido posible la

elaboración de los presupuestos sobre cuya base se debe fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas y la aplicación de las sanciones previstas en el derecho positivo actual.



BIBLIOGRAFÍA



BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H.: *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.
- : "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld", en: SCHÜNEMANN, B., (Ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984.
- : "Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", NJW 1986, pág. 1835.
- : "Die Sanktionen gegen Unternehmensdelinquenz im Umbruch", JuS 1990, pág. 601.
- ACKERMANN, B.: *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Europäische Hochschulschriften/02, Rechtswissenschaft, vol. 362, Frankfurt a.M., 1984.
- ALBRECHT, P.-A.: "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", StV, 1994, pág. 266.
- ALESSANDRI, : "Art. 27, Commentario della Costituzione", *Rapporti civile*, vol. IV, 1989.
- : *Reati di impresa e modello sanzionatori*, Milano, 1984.
- ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.
- ALWART, H.: "Strafrechtliche Haftung des Unternehmens - vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen", ZStW 105 (1993), 768.
- AMELUNG, K.: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.

- ANONIMO: *Proyecto de Código penal del gabinete liberal-conservador comentado por los extranjeros. Juicios críticos de Garáfolo, Lehr y Kirchheim*, Madrid, 1887.
- ANTON ONECA, J.: "Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal", ADPCP, 1972, pág. 249.
- : *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944.
- : "Die modernen Straftheorien in den lateinamerikanischen Länder", ZStW 80 (1968), pág. 456.
- : *Derecho Penal - Parte General*, Madrid, 1946.
- ATIENZA, M.: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985.
- BACIGALUPO, E.: "Bemerkungen zur Schuldlehre", en Festschrift für Hans WELZEL, Berlin, 1974, pág. 477.
- : "Multinationale Unternehmen und die Probleme des Steuerstrafrechts in Spanien und Lateinamerika", en TIEDEMANN, K., (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Köln, 1979.
- : "Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano", Estudio preliminar a STRATENWERTH, G., *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, 1980.
- : "La responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", Comentario al art. 15 bis, en *Comentarios a la Legislación penal - La reforma del código penal de 1983*, tomo V, vol. 1, 1985.
- : *Delito y Punibilidad*, Madrid, 1983.
- : "Schuld und Prävention", ZStW 92 (1987), pág. 747.
- : *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991.
- : *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1991.

- : "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo", *Revista del Foro Canario* nr. 89/1994, pág. 209.
- BADURA, P., "Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaft", *DÖV*, 1990, pág. 353.
- BÄHR, E.G.: *Strafbarkeit ohne Verschulden (strict liability) im Strafrecht der USA*, Baden-Baden, 1974.
- BAJO FERNANDEZ, M.: "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación", en FERNANDEZ ALBOR (Ed.), *Estudios Penales I*, Santiago de Compostela, 1977, pág. 11.
- : *Derecho Penal Económico*, Madrid, 1978.
- : "De nuevo sobre las responsabilidad penal de las personas jurídicas", *ADPCP* 1981.
- : "Punibilidad, punición y pena, sustitutivos y correctivos de la pena. Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad", *Revista Mexicana de Justicia*, vol. 1., nr. 1, 1983, pág. 121.
- : "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual", en *La responsabilidad penal de las sociedades - Actuación en nombre de otro - Responsabilidad de los Consejos de administración - Responsabilidad de los subordinados*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- : "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español", en MIR PUIG, S./LUZON PEÑA, D.M., (Ed.), *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, 1996.
- : "Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas", en IGLESIAS PRADA (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996.
- v.BAR, K.-L.: "Deliktsfähigkeit juristischer Personen", en *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, tomo II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1907.

- BARATTA, A.: "Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", CPC, 1984, pág. 553.
- BARBERO SANTOS, M.: "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", Revista Española de Derecho Mercantil, nr. 64, 1957, pág. 285.
- : "Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal", en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pág. 94.
- : "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en VV.AA., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Diritto comunitario*, Centro internazionale di ricerche e studi sociologici, penali e penitenziari della Università di Messina, Milano, 1981.
- BARON: *Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht*, Marburg/Leipzig, 1864.
- BAUER, F.: *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, München 1957.
- BAUMGARTEN,? /ESER, A.: *Schuld und Verantwortung - Philosophische und juristische Beiträge*, Tübingen, 1983.
- BECK, U.: *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt, 1988.
- BEKKER, E. I.: *System des heutigen Pandektenrechts*, Verlag Hermann Böhler, Weimar, tomo I 1886, tomo II 1889.
- : "Zur Lehre des Rechtssubjekts: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen", *Jahrbuch für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbuch)*, Maule's Verlag, Jena, 1873, vol. XII, pág. 1-135.
- BENNUM, M.E.: "Corporate criminal Liability"; United Kingdom Report, Reports to the Xth. International Congress on Comparative Law, Budapest 1978.
- BERENDES: *Delikt und Haftung der juristischen Personen nach gemeinen Recht*, 1891.

- BERNER, A.F.: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1. ed., Leipzig, 1857; 17. ed., Leipzig, 1895.
- BESELER, G.: *Die Lehre der Erbverträgen*, tomo I, Göttingen, 1835.
- : *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Berlin, 1866.
- BETTIOL, G.: "Sobre las ideas de culpabilidad en un Derecho penal moderno", en *Libro Homenaje a Luis JIMENEZ DE ASUA*, Buenos Aires, 1970, pág. 639.
- BEUTHIEN, V.: "Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts", *Zeitschrift für Arbeitsrechts*, 1988, pág. 1.
- BIERLING, E.R.: *Juristische Prinzipienlehre*, reimpression de la edición de 1894-1917, Aalen, 1961.
- BINDER, J.: "Das Problem der juristischen Persönlichkeit", 1907, en el mismo, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Abhandlungen der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 5. Heft, Leipzig, 1927.
- BINDING, K.: *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo II, 1/2 ed., 1914.
- : *Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 8. ed., 1913.
- BIRNBAUM, J.M.F.: "Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens", *Archiv des Criminalrechtes (neue Folge)*, 1834.
- BLECKMANN, A.: *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1986.
- : *Europarecht - Das Recht der EWG*, Köln, 1985.
- BLUNTSCHLI: *Deutsches Privatrecht*, tomo I, München, 1853.
- BOCK: "Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Geralprävention", *ZStW* 103 (1991), pág. 636.
- BOCKELMANN, P.: *Studien übers Täterschaftsrechts*, 1. Teil, Berlin, 1939; 2. Teil, Berlin, 1940.

- BODE, H.-J.: "Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen im Strafrecht", NJW (1969) 30, pág. 1286.
- BODSON, P.-L.: *Manuel de droit pénal - Principes généraux de la répression*, Liège, 1986.
- BOEHLAU: *Rechtssubjekt und Rechtsrolle*, 1871.
- BOIX, J.: "Significación jurídico-penal del art. 25.2 de la Constitución española", en *Estudios Penales*, Valencia, 1979, pág. 111.
- BOLZ, N.: "Lebenslauf des Subjekts in aufsteigender Linie", en RAULET, G./FRANK, M./v. RIJN, W. (Ed.), *Die Frage nach dem Subjekt*, Frankfurt, 1988, pág. 165.
- BOLZE: *Der Begriff der juristischen Personen*, 1979.
- BOSETZKY: *Grundzüge einer Soziologie der Industrieverwaltung*, 1970.
- BOTTKE, W.: "Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite", *wistra* (1991), 82.
- BOUJONG, K.: (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 1989.
- BOULOC, B.: "La criminalisation du comportement collectif - France", en DOELDER, H./TIEDEMANN, K., (Ed.), *La Criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- BRANDEN DE REETH, A.: "La responsabilité pénale des personnes morales", R.D.P.C., 1953-1954.
- BRENDER, M.: *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Recht-Wirtschaft-Gesellschaft-Recht 25, Freiburg/Berlin, 1989.
- : "Die GmbH&Co. Als Bußgeldoase", *ZfZ* (1971), 239.
- BREUER, R.: "Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung", *DÖV*, 5/1987, pág. 169.

- BRICKEY, K. F.: *Corporate Criminal Liability: A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, Their Officers and Agents*, tomo I, 2. ed., 1992; tomo II, 1984, tomo III, Callaghan&Co., Wilmette, 1984.
- : "Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code", 19 Rutgers L. J. 593 (1988).
- BRICOLA, F.: "Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario", *Revista italiana di diritto procesl penale*, 1970.
- : "Il problema della responsabilità penale de la società commerciale nel diritto italiano", en *La responsabilità penale delle persone giuridiche comunitario*, Milano, 1981.
- BRINZ, A.: *Lehrbuch der Pandekten*, Berlin, 1860.
- BRUNNER, W.: *Der Täterkreis bei Kartellornungswirigkeiten*, Pfaffenweiler, 1986.
- BRUNS, H.J.: "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht", *JZ* (1954), pág. 12.
- : *Festschrift für HEINITZ*, 1972, 316.
- BURIANEK: *Das Verschuldenselement - ein den Rechtsordnungen der Mitgliederstaaten gemeinsamer Rechtsgrundsatz im Sinne vom Art. 215, Abs. 2 EWGV?*, 1991.
- BUSCH, R.: *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933.
- : *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949.
- BUSTOS RAMIREZ, J.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en MAIER, J./BINDER, A. (comps.), *El Derecho penal hoy*, Libro Homenaje al Prof. D. BAIGUN, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 15.
- : *Manual de Derecho Penal. Parte General.*, 4. ed. actualizada por HORMAZABAL, H., PPU, Barcelona, 1994.
- CANO MATA, A.: *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, 1984.

- : "La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal", en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pág.
- CASABO RUIZ, J.R.: "La sanción administrativa", en CORDOBA, J., *Comentarios al Código Penal*, 1976.
- : "La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código penal", en *La reforma penal y penitenciaria*, 1980, COMPL.
- CARRETERO PEREZ, A./CARRETERO SANCHEZ, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Edersa, Madrid, 1992.
- CASTILLO GARCIA SORIANO: *La reforma del Código penal español*, Avila, 1896.
- CEREZO MIR, J.: "Culpabilidad y pena", en ADPCP, 1980, pág. 347.
- : "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal española", ADPCP, 1975.
- : "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo", ADPCP 1975.
- : *Curso de Derecho penal - Parte general I*, Madrid, 1994.
- CHINCHILLA MARIN, C.: "Potestad sancionadora de las Administraciones públicas", cap. 15, en VV.AA., *Administraciones públicas y ciudadano*, 1992.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal - Parte general*, 4. ed., Valencia, 1996.
- COLAES, J.: "De onderneming: een uitdaging voor het recht", RW, 1979-80.
- CONSTANT, J.: La responsabilité penale non-individual, X. CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE - Budapest 1978, Liège 1978, en JESCHECK, H.-H., (Ed.), *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Budapest 1978*, Beiheft zur ZStW 1978, Berlin/ New York, 1978.
- CORDOBA RODA, J.: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977.

- : *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Maurach*, tomo I, Barcelona, 1962.
- CORDOBA/RODRIGUEZ MOURULLO/DEL TORO/CASABO: *Comentario al Código penal*, 2. ed., Barcelona, 1976.
- CRAMER, K.: (Ed.), *Theorie der Subjektivität*, Frankfurt, 1987.
- CRAMER, P.: *Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten - Einführung mit Fällen*, Stuttgart, 1971.
- : Kommentar zum § 30 OWiG, en BOUJONG, K., (Ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 1989.
- CRESPI,: "Mauvaises pensées et autres sulle disposizione penali del progetto di riforma della società", *Rass. penale*, 1929.
- CRUZ VILLALON, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nr. 35, 1992.
- CUELLO CALON, E.: *Derecho penal*, Barcelona, 1926.
- CUELLO CONTRERAS, J.: "La "ideología" de los fines de la pena", *ADPCP*, 1980, pág. 423.
- DAHM, G.: *Das Strafrechts Italiens im ausgehenden Mittelalter - Untersuchungen über die Beziehung zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XVI Jahrhundert*, Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtslehre, Berlin/Leipzig, 1931.
- DAHRENDORF: *Industrie- und Betriebssoziologie*, 4. ed., 1967.
- DAN-COHEN, M.: *Rights, Persons and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society*, 1986.
- DANNECKER, G.: "Die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen als Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbs", *MschKrim* 74 (1991), pág. 268.
- : "Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teil im Wettbewerbsrecht der EG", en SCHÜNEMANN, B./SUAREZ

- GONZALEZ, C., (Ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994.
- DANNECKER, G./FISCHER-FRITSCH, J.: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, Köln, Berlin, Bonn, München 1989.
- DE DOELDER, H.: "Zur Strafbarkeit juristischer Personen in den Niederlanden", en SUAREZ GONZALEZ, C./SCHÜNEMANN, B., (Ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994; el mismo, *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Madrid, 1995.
- : "The System of the Administrative and Penal Sanctions", *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*, vol. 1, Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1994.
- : "Criminal Liability of Corporations", en DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., (Ed.), *La Criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- /ROGIER, L.J.J./van RUSEN GOREN, P. M.: (Ed.), *De Wet Mulder in perspectief*, Arnhem, 1990.
- :/TIEDEMANN, K.: (Ed.) *La Criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- DELATTE, P.: "La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge", RDP 1980.
- DELMAS-MARTY, M.: "Strafbarkeit und Strafhaftung multinationaler Unternehmen", en TIEDEMANN, K., *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Köln, 1979.
- : "Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht", ZStW 98 (1986).
- : "Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code Pénal", en SCHÜNEMANN, B./SUAREZ GONZALEZ, C., (Ed.), *Bausteine des europäischen*

Wirtschaftsstrafrecht, Madrid-Symposium für Klaus TIEDEMANN, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994.

--/TEIGEN-COLLY, C.: "Vers un droit administratif pénal?", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*, vol. 1, Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1994.

DEMUTH, H./SCHNEIDER, T.: "Die Bedeutung des Gesetzes für Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen", BB (1970), 650.

DERNBURG, H.: *Pandekten*, Verlag von H.W. Müller, Berlin, 1887.

DERUYCK, F.: *Verbandsdelikt und Verbandssanktion. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nah belgischem und deutschem Recht*, Dissertation, Gießen, 1990.

--: "Probleme der Verfolgung und Ahndung von Wirtschaftskriminalität im deutschen und belgischen Recht", ZStW 103 (1991), pág. 705.

--: "Societas delinquere non potest ... en wat dan nog? Over het ontbreken van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen naar belgisch recht", Panacticon 1991.

--: "Over de problematiek van de rechtspersonen (en ermee gelijkgestelde groeperingen) in het strafrecht naar belgisch en duits recht: de administratieve weg?", R.W., 1990-1991.

DIEZ-HOCHLEITNER, J./MARTINEZ CAPDEVILA, C.: *Derecho Comunitario Europeo - Tratados y otros textos anotados. Jurisprudencia básica del tribunal de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1996.

DIEZ PICAZO, L./GULLON, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I: Parte general, Madrid, 1995.

DREHER, E.: *Die Willensfreiheit*, 1987.

DUBS, H.: "Probleme der Unternehmenskriminalität", en: GAUTHIER, J. (Ed.), *Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung*, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der schweizerischen kriminalistischen Gesellschaft, Bern, 1992, pág. 275.

- EBELING, H., "Das Subjekt im Dasein", en CRAMER, K. (Ed.), *Theorie der Subjektivität*, Frankfurt, 1987, pág. 76.
- EHRHARDT, A.: *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischen Recht*, Berlin, 1994.
- EIDAM, G.: *Unternehmen und Strafe, Vorsorge- und Krisien-Management*, Köln, 1993.
- : *Industrie-Straf-Rechtsschutzversicherung, Ein Kurzkomentar*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1993.
- ELLSCHIED, G./HASSEMER, W.: *Strafe ohne Vorwurf, Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung*, Civitas IX, 1970, S. 27.
- ENGISCH, K.: "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo II, Tübingen, 1954.
- ENNECCERUS/NIPPERDEY: *Derecho Civil, Parte general I*, vol. II, 3. ed., Barcelona, 1981.
- ESCH, J.: *Die kriminalistische Deliktsfähigkeit der Körperschaften*, Leipzig, Buchdruckerei R. Noske, 1910.
- ESCHENBURG, Th.: *Herrschaft der Verbände*, Stuttgart, 1957.
- ESER, A.: *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Würzburg, 1961.
- /THORMUNDSSON, J.: (Ed.) *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Freiburg, 1989.
- /BURKHARDT, B.: *Juristischer Studienkurs-Schwerpunkt Strafrecht I*, 4. ed., München, 1992.
- /HUBER, B.: *Strafrechtsentwicklung in Europa 4, Landesberichte 1989-1992, Teil 2*, Freiburg, 1993.
- ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972.
- ESTEVE PARDO, J.: "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria", REDA, 49, 1986.

- EXNER, F.: *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914.
- FELLINI, Z.: "Tutela del honor de las personas jurídicas en la legislación argentina", en MAIER, J./BINDER, A. (comps.), *El Derecho penal de hoy*, Libro Homenaje al Prof. D. BAIGUN, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 275.
- FERNANDEZ FARRES, G.: "Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia de bancos, cajas de ahorros y otras entidades", RAP 100-102.
- FERNANDEZ VILLAVERDE: "Reforma que el Gobierno se propone a introducir en el Derecho penal, en la organización de tribunales y en el Procedimiento", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 77, pág. 331.
- v. FERNECK, H.: *Die Rechtswidrigkeit - Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, tomo II, Jena, 1905.
- FERRARA, F.: *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid, 1929.
- v. FEUERBACH, A.: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1. ed., Gießen, 1801; 12. ed., 1836.
- : *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen)*, MITTEMAIER, K.J.A. (Ed.), nueva impresión de la 14. ed., Aalen, 1973.
- FIGUEIREDO DIAS, J.: "Schuld und Persönlichkeit", ZStW 95 (1983), págs. 220-255.
- FISCHER, H.A.: *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911.
- FIRST, H.: "Business Crime: Cases and Materials 13, Foundations Press, 1990.
- FISSE, B.: "The Distinction Between Primary and Vicarious Corporate Liability", 41 Aust. L. J. 203 (1967).
- : "Sanktionen gegen Unternehmen: Grenzen der Geldstrafe und das Potential alternativer Sanktionen", en: LIEBL, K. (Ed.),

- Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität*, Pfaffenweiler, 1987, pág. 117.
- : "Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions", 56 S. California Law Review (1983), pág. 1141.
- : "Sentencing Options Against Corporations", 1 Crim. L. F. 211 (1990).
- /BRAITHWAITE, J.: "The Allocations of responsibility for Corporate Crime", Sydney Law Review 11 (1988).
- FLEISCHER: "Vetreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH", NJW 1978, 96.
- FRANK, R.: "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", Festschrift der Juristischen Fakultät Gießen zur Dritten Jahrhundertsfeier der Alma Mater ludoviciana, Gießen, 1907.
- FREY, R.: *Vom Subjekt zur Selbstreferenz*, Berlin, 1989.
- FRISTER, H.: *Schuldprinzip, Verbot der Verbandsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, 1988.
- : *Die Struktur des "voluntativen Schuldlements"*, Duncker&Humblot, Berlin, 1992.
- FUNK, K.-G.: *Haftung juristischer Personen für Organelikte im französischen Privatrecht*, Münster, 1962.
- FÜRSTENBERG: *Wirtschaftssoziologie*, 2. ed. 1970.
- GALLAS, W: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968.
- GARBERI LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador, (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, 2. ed., Valencia, 1997.
- GARCIA ARAN, M.: "Culpabilidad, legitimación y proceso", ADPCP, 1988, pág. 71.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", REDA 10 (1976), pág. 399.

- : "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional", REDA 29 (1981).
- /FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso de Derecho administrativo*, 4. ed., Madrid, 1994.
- GARCIA MACHO, R.: "Sanciones administrativas y relaciones de sujeción especial", REDA 72 (1991).
- GARCIA PABLOS, A.: "Teorías de la pena: consideraciones sobre las teorías absolutas", *Bóletin de la Facultad de Derecho*, UNED, Madrid, 1982, pág. 15.
- : *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Barcelona, 1988.
- : *El Derecho penal. Introducción*, 1995.
- GARRIDO FALLA, F., "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", RAP 28 (1959), pág. 11.
- GAUL: "Erfordernisse und Wirkungen einer Aufgabendelegation für GmbH-Geschäftsführer", *GmbH Rundschau* 69 (1979), 25.
- GEHLEN, G.: *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 13. ed., Wiesbaden, 1986.
- v. GIERKE, O.: *Deutsches Privatrecht*, tomo I, Leipzig, 1895.
- : *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III: Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, Berlin, 1881.
- : *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1887.
- : "Das Wesen der menschlichen Verbände", Sonderausgabe MCMLIV, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft Darmstadt, Reihe "Libelli", Band XVII, 1902.
- GIMBERNAT, E.: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1981.

- : "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", RCP, tomo XXXII, 1973, pág. 30.
- : "El sistema del Derecho penal en la actualidad", *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1981, pág. 131.
- GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./ALMAGRO NOSETE, J./CORTES DOMINGUEZ, V *Derecho Procesal*, tomo II: Proceso Penal, 3. ed., Valencia, 1991.
- GINER DE LOS RIOS: *La persona social*. Estudios y Fragmentos, Suárez, Madrid, 1899.
- : *Resumen de Filosofía del Derecho*, I, Suárez, Madrid, 1898.
- : "La teoría de la persona social en los juristas y los sociólogos modernos", *Revista general de Legislación*, 1890, tomo 76.
- : "El estado de la persona social", *Revista general de Legislación*, 1896, tomo 89, pág. 136.
- : "Las personas sociales en la ética de Wundt", *Revista de Derecho y Sociología*, 1895, pág. 301.
- : *Resumen de Filosofía del Derecho*, 1898.
- GÖHLER, E.: "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen", en JESCHECK, H.-H., (Ed.), *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Budapest 1978*, Beiheft zur ZStW 1978, Berlin, New York, pág. 100.
- : "Welche strafrechtliche Mitteln empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?", *Verhandlungen zum 49. Deutschen Juristentag*, tomo II, München, 1972.
- : *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, 8. ed., 1987.
- GOLDSCHMIDT, J.: *Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902.
- GOMEZ BENITEZ, J.M.: "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española", RFDUC, nr. 3, 1980, pág. 129.

- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N.: "Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre", *Jueces para la Democracia*, nr. 16-17, 2-3, 1992.
- GONZALEZ PEREZ, J.: "Interdependencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal", *RAP* 47 (1965).
- GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal*, tomo I, tomo II, Zaragoza, 1985.
- : "La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", ponencia presentada en el Seminario Hispano-Alemán, Universidad de Alcalá de Henares, 1993.
- : "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", *AP*, nr. 16, 1993, p. 213.
- /BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C.: *Las consecuencias accesorias del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996.
- GRASSO, G.: "Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National reports*, vol. 1, Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1994.
- GREVE, V./GULMANN, C.: "The System of Administrative and Penal Sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National reports*, vol. 1, Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1994.
- GRÜNHUT, M.: "Das englische Strafrecht", en: MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK (Ed.) *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Berlin 1959, S. 133.
- GUAITA, A.: "Régimen de los Derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, nr. 13, 1982.
- GUINARTE CABADA, G.: Comentario al art. 129 CP, en VIVES ANTON, T. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, tomo I, Valencia, 1995.

- HABERMAS, J.: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992.
- HADDENBROCK, F.: *Soziale und forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit)*, Berlin-New York, 1992.
- D'HAENENS, J.: "Het economisch strafrecht", TPR, 1979.
- HANDOLL: "The System of the Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities", en *The System of the Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, vol. I, Luxembourg, 1994.
- HANNEQUART, Y.: "Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes morales et aus biens á l'occasion des activités de l'entreprise", RDP, 1968-1969.
- HAERTEL/JOEL/SCHMIDT: *Wirtschaftsstrafgesetz*, 1949.
- HAFT, F.: *Schulddialog*, Freiburg/München, 1978.
- HAFTER, E: *Die Delikts- und Straffähigkeit Personeneverbände*, Berlin, 1903.
- HAMANN, H.: *Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, Pfaffenweiler, 1991.
- HARDING, C.: "Criminal Liability of Corporations - United Kingdom", en DE DOELDER/TIEDEMANN, K., (Ed.), *La Criminalisation Du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- HARKE, D.: *Das spanische Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Heidelberg, 1974.
- HARTMANN, N.: *Ethik*, 4. ed., Berlin, 1962.
- HARTUNG, F.: "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", en *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentages*, tomo I, Tübingen, 1953.
- HASSEMER, W.: "Alternativen zum Schuldprinzip", en BAUMGARTEN/ESER, *Schuld und Verantwortung*, 1983.

- : en AK-StGB, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, §§ 1-21, Reihe Alternativkommentare, Luchterhand, Neuwied, 1990, vor § 1.
- HASSEMMER/NAUCKE/LÜDERSSEN: *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979.
- HÄUSSLER, G.: *Können juristische Personen Verbrechen begehen?*, Greifswald, 1929.
- HEALY, P.: "Criminal Liability of Corporations - Canada", en DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., *La Criminalisation Du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- HEGEL, G.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.
- HEGLER, A.: "Die Merkmale des Verbrechens", ZStW 36 (1915).
- : "Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft", en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Festschrift der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, tomo V: Strafrecht und Strafprozeßrecht, Berlin/Leipzig, 1929.
- : "Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff", en Festschrift für Reinhard FRANK, tomo I, Tübingen, 1930.
- HEINE, G.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden Baden, 1995.
- : "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", ÖJZ 6 (1996), pág. 211.
- HEINEN/DILL: en SIMON (Ed.), *Herausforderung Unternehmenskultur*, 1990.
- HEINITZ, E.: "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", en *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentag*, tomo II, Tübingen, 1954.
- HENKEL, A.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Bonn, 1960.

- HENKEL, H.: "Kollektivschuld", en Festgabe für Benedikt KRAFT, 1955.
- HENNAU-HUBLET, C.: "La criminalisation Du Comportement Collectif - Belgique", DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., *La Criminalisation Du Comportement Collectif - criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- /VERHAEGEN, J.: *Droit pénal général*, Bruselas, 1991.
- HILDEBRANDT, M. W.: *Der Irrtum im Bußgeldrecht der EG*, Frankfurt/Bern/New York, 1989.
- HILL, J./HARMER, R.: "Criminal Liability of Corporations - Australia", en DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., *La Criminalisation Du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- v. HIPPEL, R.: *Deutsches Strafrecht*, tomo II, 1932.
- HIRSCH, H.-J.: "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", ZStW 106, (1994), págs.746-765.
- : (Ed.) *Deutsch-spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, Baden-Baden, 1987.
- : "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", Festschrift der Rechtswissenschaftliche Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988.
- : "Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht", Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989.
- : *Ehre und Beleidigung - Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, Karlsruhe, 1967.
- : *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, Rheinwestfälische Akademie der Wissenschaften, 1993.
- : "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", ZStW 107 (1995).

- : "La criminalisation du comportement collectif - Allemagne", en DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., *La Criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- /WEIGEND, T.: *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin, 1990.
- HOELDER: *Über das Wesen der juristischen Personen*, 1886.
- : *Pandekten*, 1886.
- HOFFMANN: *Entwicklung der Organisationsforschung*, Wiesbaden 1973.
- HOHMANN, R.: *Personalität und strafrechtliche Zurechnung (Handlungsbegriff)*, Europäische Hochschulstudien, Saarbrücken, 1993.
- HÖLDER: *Über natürliche und juristische Personen*.
- HONIG, S.: "Kausalität und objektive Zurechnung", en Festgabe für Reinhard FRANK, tomo I, Tübingen, 1930.
- HÖRNLE, T.: "Die Vermögenstrafe", ZStW 108 (1996), pág. 333.
- HRUSCHKA: *Strukturen der Zurechnung*, 1976.
- HUBER, B.: "Landesbericht Großbritannien", en ESER, A./HUBER, B., (Ed.), *Strafrechtsentwicklung 4, Landesberichte 1989-1992*, tomo I, Freiburg, 1993.
- HUSS, A.: "Die Strafbarkeit juristischer Personen", ZStW 90 (1978), pág. 237.
- IZUZQUIZA, I.: *La sociedad sin hombres - Niklas Luhmann o la teoría del escándalo*, Barcelona, 1990.
- JAEN VALLEJO, M.: "Comentario al art. 15 bis.", en RODRIGUEZ RAMOS, L./LOPEZ BARJA, J., *Código Penal Comentado*, Madrid, 1990.

- JAKOBS, G.: *Schuld und Prävention*, Recht und Staat, Heft 452/453, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.
- : *Das Schuldprinzip*, Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge - G 319, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1992.
- : "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung", ZStW 97 (1985), pág. 751.
- : "Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), pág. 843.
- : "Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen", Rheinische-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge - G 344, Westdeutscher Verlag, Opladen 1996.
- : "Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", Festschrift für Franz WELZEL, pág. 307.
- : *Der strafrechtliche Handlungsprinzip - Kleine Studie*, Schrifttum der juristischen Studiengesellschaft Regensburg, e.V., Heft 10, 1992.
- : "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit", en: *Aspekte der Freiheit*, HEINRICH, D., (Ed.), Schriftenreihe der Universität Regensburg, Bd. 6, Stadt?, 1982.
- : "Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld", en GÖPPINGER/BRESSER (Ed.), *Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Anfälligkeiten im Strafrecht*, Euke Verlag, Stuttgart, 1982.
- : *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991.
- : *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Madrid, 1996, (trad. M. Cancio Meliá).
- : *Norm, Person, Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997.

- JARASS/PIEROTH: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar*, München, 1989.
- JHERING, R.: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Verlag von Breithof und Härtel, Leipzig, 1865, tomo III, 2.
- JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpresión de la 2. ed., Tübingen, 1919, Aalen, 1964.
- JESCHECK, H.-H.: "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personenverbände", *ZStW* 65 (1953), pág. 210.
- : "Zur Frage der Strafbarkeit von Personenverbände", *DÖV* 1953, pág. 539.
- : "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 70 (1955).
- : "Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht", *JZ* 1959, pág. 457.
- : *Lehrbuch des deutschen Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 4. ed., Berlin, 1988.
- /WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin, 1996.
- JIMENEZ DE ASUA, L: "Los sujetos del delito", *Revista de Ciencias Jurídicas*, III, pág. 479. [en la *Complutense*: nr. 2033 (del Catálogo de Rev.), Dpto de Dcho Penal desde 1918-1935].
- : *Adiciones al Programa de Carrara*, Reus, Madrid, 1922, I, 98, nr. 2.
- : *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, tomo III, Buenos Aires, 1963.
- JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976.
- : "Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español", *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, nr. 25, 1996.

- JOUSTEN, M.: *The Criminal Justice System of Finland: A General Introduction*, Ministry of Justice, Helsinki, 1990.
- KAISER, V.: *Verbandssanktion des Ordnungswidrigkeitengesetzes: ein Beitrag zu einem Teilproblem des Wirtschaftsstrafrechts*, Münster, 1975.
- KANT, I.: *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 2. ed., Riga 1786, reimpression Reclam, Stuttgart, 1988.
- KARGEL, W.: *Kritik des Schuldprinzips*, Frankfurt/New York, 1982.
- KAUFMANN, A.: *Lebendiges und Totes an Bindings Normentheorie*, 1954.
- KAUFMANN, Arth: "Schuld und Prävention", Festschrift für Rudolf WASSERMANN, 1985.
- : "Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip", en Festschrift für Richard LANGE, de Gruyter, Berlin/New York, 1976.
- : "Über Grund und Zweck der Strafe", Botschaft und Dienst, Zeitschrift für Erwachsenenbildung, Heft 5, Sept./Okt. 1984, p. 8.
- : *Das Schuldprinzip*, 1961, 2 ed. 1976, p. 15 ss.
- KAUFMANN, F.: *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, 1929: (pág. 111).
- KELSEN, H.: *Über die Grenzen der juristischen und soziologischer Methode*, Tübingen 1911, reimpression Aalen, 1979.
- : *Reine Rechtslehre*, 2. ed., 1960, reimpression, Wien, 1983.
- : *Hauptprobleme der Staatslehre*, 2. ed., Tübingen, 1923, reimpression Aalen, 1960.
- : "Was ist die reine Rechtslehre", Zürich, 1953.
- : "Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift), 1913, tomo 40, pág. 1.
- KIENAPFEL, D.: *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt, 1971.

- KINDHÄUSER, U.: "Das Subjekt der Zurechnung. Grundzüge eines diskursiven Schuldbegriffs", (manuscrito) Jornadas Hispano-Alemanas, Alcalá.
- : "Rechtstreue als Schuld-kategorie", ZStW 107 (1995), 701.
- KIRCHENHEIM: "Die Deliktsfähigkeit von Verbandspersonen", Der Gerichtssaal, vol. 37, pág. 421, 1881.
- KLAUE, S.: *Die europäische Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Berlin, 1989.
- KLUMPE,: "Landesbericht Irland", en ESER, A./HUBER, B., (Ed.), *Strafrechtsentwicklung 4, tomo I, Landesberichte 1989-1992*, Freiburg, 1993.
- KOHLER, J.: "Die Strafbarkeit der juristischen Person", GA 64 (1917), pág. 499.
- KOCH, B.: "Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code pénal", ZStW (107) 1995.
- KÖHLER, A.: "Die Schuld als Grundlage des Strafrechts", Der Gerichtssaal 95 (1927) y Der Gerichtssaal 96 (1928).
- KÖHLER, M.: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986.
- KOHLRAUSCH, E.: "Besprechung Hafters: Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände", ZStW 24 (...), pág. 742.
- KONING-DE JONG, E. M.: "De totstandkoming van de Wet Mulder", en DE DOELDER, H./ROGIER, L.J.J./van RUSEN GOREN, P.M., (Ed.), *De Wet Mulder in perspectief*, Arnhem, 1990.
- KORTE, M.: *Juristische Person und strafrechtliche Verantwortung*, Bonn, 1991.
- KRAUB, D.: "Probleme der Täterschaft im Unternehmen", PLÄDOYER 1/1989, S. 40.
- KRAWIETZ, W.: en RITTNER/GRUNDER, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Tomo 4, 1976, pág. 1106, sobre "Körperschaft".

- KREKELER/TIEDEMANN/ULSENHEIMER/WEINMANN(Ed.): *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steurrechts*, Heidelberg, 1988.
- KRÜPELMANN, J.: "Die Neuregelung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969", *ZStW* 68 (1976), págs. 7-39.
- KUBE, E.: *Prävention von Wirtschaftskriminalität*, 2. ed., Wiesbaden, 1985.
- KÜPER, W.: "Ein "neues Bild" der Täterschaft und Teilnahme", *ZStW* 105 (1993), 445.
- KÜPPER, G.: *Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik*, 1990.
- LACKNER, K.: "Prävention und Schuldunfähigkeit", en: *Strafverfahren im Rechtsstaat - Festschrift für Theodor Kleinknecht*, C.H. Beck, München, 1985.
- : *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20. ed., München 1992.
- LADEUR, K.-H.: *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung.*, 2. ed., Schriften zur Rechtstheorie, Heft 149, Berlin, 1995.
- LAMPE, E.-J.: "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *ZStW* 106 (1994).
- LANDROVE, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1996.
- LANDWERHRMANN, F.: *Organisationsstrukturen industrieller Großbetriebe*, Köln, 1965.
- LANG-HINRICHSEN, D.: "Zur Frage der Schuld bei Ordnungswidrigkeiten", *GA* 1957, págs. 225-239.
- : "Verbandsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten", GEERDS, F./NAUCKE, W., (Ed.), Festschrift für H. MAYER, Berlin, 1966.
- LANGE, R.: "Zur Strafbarkeit der Personenverbände", *JZ* 1952, pág. 261.
- LASAGABASTER, I.: "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Madrid, 1991.

- LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española*, tomo 5: Codificación penal, vol. I, Madrid, 1970.
- LASSON: *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, 1871.
- LAUMANN,: "Die Strafbarkeit der juristischen Personen nach dem gültigen Devisenrecht", *Devisen Rundschau* 1952.
- LEFERENZ, H.: "Die Neuregelung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969", *ZStW* 88 (1981), págs. 40-45.
- LEGUINA VILLA, J./SANCHEZ MORON, M.: (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993.
- LEIGH, L.H.: "The System of Administrative and Penal Sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*, vol. I, Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1994.
- LENCKNER, T: en *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, tomo 1, 1972, pág. 3/35
- LENK: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 39 (1991), 1202.
- /MARING: en BAYERTS (Ed.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, 1995, pág. 241.
- LESCH, H.: "Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, 1. Teil, *JA* (1994) 11, 510; 2. Teil, *JA* (1994) 12, 590.
- LIEBL, K.: *Die Bundesweite Erfassung von Wirtschaftsstraftaten nach einheitlichen Gesichtspunkten, Ergebnisse und Analysen (1974-1981)*, Freiburg, 1984.
- v. LILIENTHAL, K.: Die Strafbarkeit von juristischen Personen, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, Allgemeiner Teil, tomo 5, Berlin, 1908, pág. 87.
- v. LISZT, F.: *Lehrbücher des deutschen Reichsstrafrechts*, tomo VII: Das deutsche Reichsstrafrecht, Berlin/Leipzig, 1881.

- : *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23. ed., Berlin/Leipzig, 1921.
- /SCHMIDT, E.: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. ed., Berlin/Leipzig, 1932.
- LOBO MOUTINHO, J./SALINAS MONTEIRO, H.: "La criminalisation du comportement collectif", en DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., *La Criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- LONKY, S.: *Die Verbrechen- und Dtraffähigkeit der Körperschaft*, Kallmunz, 1932.
- LOPEZ GARRIDO, D./GARCIA ARAN, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.
- LOZANO, B., "Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: despenalización y garantía", RAP 121 (1990).
- : "La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito del Derecho sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/91)", RAP 129 (1992).
- LÜDERSSEN, K.: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien - Oder: Verabschiebung des "alteuropäischen" Strafrechts?", ZStW 107 (1995).
- /SACK (Ed.): *Seminar: Abweichendes Verhalten*, Bd. II, Frankfurt, 1975, pág. 266.
- LUHMANN, N: *Soziologische Aufklärung 2 - Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 2.ed., Opladen, 1982.
- : *Soziologische Aufklärung 3 - Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen, 1981.
- : *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 3. ed., Schriften zum Öffentlichen Recht, tomo 24, Berlin, 1986.

- : *Rechtssoziologie*, 3. ed., WV Studium, tomo 1/2, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987.
- : *Funktionen und Folgen formaler Organisationen*, 4. ed., Schriftenreihe der Hochschule Speyer, tomo 20, Berlin, 1995.
- : *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1995.
- : *Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1994.
- : *Zweckbegriff und Systemrationalität - Über die Funktionen von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt, 1973.
- : *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974.
- : *Organisation und Entscheidung*, Opladen, 1978.
- : "Normen in soziologischer Perspektive", *Soziale Welt*, 20/1, 1969, pág. 28.
- LUTTER, M.: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. ed., Berlin/N.Y. 1984.
- : *Europa und das Unternehmensrecht*, Saarbrücken, 1988.
- LUZON PEÑA, D.M.: *Medición de la pena y substitivos penales*, Madrid, 1970.
- : "Prevención general y psicoanálisis", en MIR PUIG, S. (Ed.), *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982.
- : *Curso de Derecho penal - Parte general I*, Madrid, 1994.
- MADLENER/PAPENFUß/SCHÖNE (Hrsg): *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, 1974.
- MAIWALD: *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964.
- MALBLANC: *Opuscula ad ius criminale spectantia*, Erlangen, 1793.
- MANN, K.: "Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law" 101 *Yale L. J.* 1795 (1992).

- : "Procedure Rules and Informational Control: Gaining Leverage over White-Collar Crime", en SCHEGEL, K./WEISBURD, D., (Ed.), *White-Collar Crime Reconsidered*, Boston, 1992.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "El comiso", en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XIV, vol. 1, Madrid, 1992.
- /CREMADES, J.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1996.
- MAPELLI, B.: "Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad", en *Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, pág. 13.
- /TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996.
- MARCUSE, H.: "Die Verbrechensfähigkeit der juristischen Person", GA 64 (1917), pág. 488.
- MARING: Conceptus XXIII (1989).
- MATERIALIEN: 9. Wahlperiode BT Drucks. 9/2008, S. 38 ff.; 10. Wahlperiode BT-Drucks. 10/318, pág. 38; Beschlußempfehlungen und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestag BT-Drucks. 19/5058, pág. 36.
- MARTIN-RETORTILLO, L.: "Multas administrativas", RAP 79 (1976).
- MATTES, H.: *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Berlin, 1977.
- : *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, tomo II: *Geltendes Recht und Kritik*, Berlin, 1982.
- : "Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten", ZStW 82 (1970).
- MATTHIJS, J.: "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstanding gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", RW 1975-1976.
- MAURA, A.: *Propiedad de personas jurídicas*, Academia de Jurisprudencia, Madrid, 1897.

- MAURACH, R./ZIPF: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat; tomo 2: Erscheinungsformen des Verbrechens, 7. ed., Berlin, 1977.
- : *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel/Hannover, 1948.
- MAYER, H.: *Zuchtgewalt und Strafrechtspflege*, 1922.
- : *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Stuttgart/Köln, 1953.
- MEIERBECK: "Schuld und Generalprävention im Vollzug der Freiheitsstrafe", MDR 1984, p. 477.
- MESSINNE, J.: "Le role du judge pénal belge en presence des problèmes économiques", JT 1970.
- MESTRE, A.: *Las personas morales y su responsabilidad penal*, Madrid, 1930, (traducción de Q. SALDAÑA).
- MESTRE DELGADO, E.: "El Derecho penal de la Unidad Europea", en VVAA, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, 1989.
- MESTRE DELGADO, J.F.: "Los principios de la potestad sancionadora", en LEGUINA VILLA, J./SANCHEZ MORON, M. (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común*, Madrid, 1993.
- : "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en *Estudios sobre la Constitución española*, Libro Homenaje al Profesor E. GARCIA DE ENTERRIA, tomo III, Madrid, 1991, pág. 2493.
- MEURER: *Die juristischen Personen nach dem Reichsrecht*.
- MEZGER, E.: "Die Reform des Strafrechts", ZStW 47 (1927).
- : *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, München, 1931.
- MINTZBERG: *Structure in Systems: A Synthesis of the Research on Organizations Design*, 1980.
- MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976.

- : *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2. ed., Barcelona, 1982.
- : "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito", en *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, 1980, pág. 107.
- : "Función fundamentadora y función delimitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control*, nr. O, Barcelona, 1986, pág. 49.
- : *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
- : *Derecho Penal - Parte general*, Barcelona, 1996.
- /LUZON PEÑA, D.M.: (Ed.) *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, 1996.
- MITTELBACH, H.: "Zur Bemessung der Geldbuße bei Ordnungswidrigkeiten", *DÖV* (1957) 9, pág. 251.
- MÖHRENSCHLAGER, M.: "Reform of Econonomic Criminal Law in the Federal Republic of Germany", en ESER, A./THORMUNDSSON, J., *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Freiburg, 1989.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: "Son transplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el *ius puniendi* de los Tribunales?", *La Ley*, 2, 1989, pág. 985.
- MUELLER, G.O.W.: "Mens Rea and the Corporations", *19 University of Pittsburgh Law Review*, 21, 23 (1957).
- MULDER, A.: *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983.
- MÜLLER, E.: *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1985.
- MÜLLER-DIETZ, H.: *Die Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Karlsruhe, 1967.

- : *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystem*, Heidelberg/Hamburg, 1979.
- MÜLLER-WABNITZ: *Wirtschaftskriminalität*, 3. ed., München, 1993.
- MUÑOZ CONDE, F.: "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", CPC, nr. 3, 1977, p. 109.
- : "Delincuencia Económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", ponencia presentada en las Jornadas hacia un Derecho penal económico europeo, Universidad Autónoma de Madrid, 1992, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995.
- : Introducción a ROXIN, C.; *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Barcelona, 1972.
- : "El principio de culpabilidad", en *III Jornadas de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, pág. 222.
- : "Über den materiellen Schuldbegriff", GA 1978, pág. 65.
- : "Culpabilidad y Prevención", en CPC, 1980, pág. 41.
- : "Culpabilidad y prevención general en el derecho penal"; en MIR PUIG, S. (Ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona, 1982.
- : *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985.
- : *Derecho penal - Parte general*, Valencia, 1996.
- MUÑOZ MOLINA, M.M.: *La potestad sancionadora de la Administración en materia de tráfico: infracciones y sanciones*, Estudios Jurídicos, Serie Derecho Público, Madrid, 1993.
- DE NAUWD, D./DERUYCK, F.: "Étude comparative des systèmes de sanctions administratives", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*, vol. I., Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1994.

- NEUDECKER, G.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen*, Europäische Hochschulschriften, Reihe 2 - Rechtswissenschaft, Frankfurt, 1995.
- NEUMANN, U: *Zurechnung und "Vorverschulden"*, Berlin, 1985.
- /SCHROTH, U.: *Neuere Theorien der Kriminalität und Strafe*, Darmsatdt, 1980.
- NIEDERSCHRIFTEN: über die Sitzunden der Großen STRAFRECHTSKOMMISSION, tomo 4, Bonn, 1958 (KOFFKA, E., Anhang 51, Umdruck R 92)
- NIESE, W.: "Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht", JZ 1956.
- NIETO, A., "Problemas capitales del derecho disciplinario", Administración Pública 63 (1970), pág. 39.
- : *Derecho Admnistrativo Sancionador*, 1. ed., Madrid, 1993.
- NOLL, P.: "Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts", en Festschrift für Hellmuth MAYER, 1966.
- : *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962.
- : "Welche strafrechtlichen Mitteln empfehlen sich für eine wirksame bekämpfung der Wurtschaftskriminalität?", *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentag*, Bd. 1, München, 1972.
- : *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Hamburg, 1970.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Las actuaciones en nombre de otro", *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, nr. 20., 1984.
- OSTERMAYER, H.: "Kollektivschuld im Strafrecht. Der Contergan-Prozeß zeigt die Grenzen der Strafjustiz", ZRP 1971, 75.
- OTERO Y VALENTIN: *Estudio general de la persona social*, Valladolid, 1895.

- OTTER, K.: *Funktionen des Handlungsbegriffes im Verbrechenaufbau*, Bonn, 1973.
- OTTO, H.: "Über Zusammenhang von Schuld und menschliche Würde", GA 128 (1981), p. 481.
- : "Personales Unrecht, schuld und Strafe", ZStW 87 (1975), pág. 539.
- : *Die Strafbarkeit von Verbänden*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin/New York, 1993.
- PALANDT/HEINRICHS: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 51. ed., München, 1992.
- PALMA DEL TESO, A. DE: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1996.
- PALIERO, C.E.: "Criminal liability of Corporations - Italy", en DE DEOLDER, H./TIEDEMANN, K., *La Criminalisation Du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- PARADÁ VAZQUEZ, J. R.: "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", RAP 67 (1972), p. 41.
- : "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", Poder Judicial 4 (1982).
- : *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993.
- : *Derecho Administrativo I - Parte general*, 7. ed., Madrid, 1995.
- PAREJO ALFONSO, L.: "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común", en LEGUINA VILLA, J./SANCHEZ MORON, M. (Dir.), *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993.
- PEDRAZZI, C.: "Multinationale Unternehmen und nationale Strafgewalt", en TIEDEMANN, K., (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Köln, 1979.

- PELLINEN, T.: "The Finnish System of Penal Sanctions and Its Reforms", en *Towards a Total Reform of the Finnish Criminal Law*, Department of Criminal Law and Judicial Procedure, Ed. University of Helsinki, 1990.
- PEREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990.
- : "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AP 2/1995, 15.
- : "Aportaciones de la prevención general positiva en la fundamentación subjetiva y de la pena", en SILVA SANCHEZ, J.M., (Ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro homenaje a Claus ROXIN, Barcelona, 1997.
- PEÑARANDA RAMOS, E./SUAREZ GONZALEZ, C./CANCIO MELIA, M.: "Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs", en JAKOBS, G., *Estudios penales*, Madrid, 1997.
- PFEIFER: *Die Lehre der juristischen Personen*, Tübingen, 1843.
- PHILIPPS: *Der Handlungsspielraum*, 1974.
- POHL-SICHTERMANN, R.: *Geldbuße gegen Verbände*, Bochum, 1974.
- PRATS CANUT, J.M.: "Comentario al art. 129 del nuevo Código Penal", en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.)/VALLE MUÑIZ, J.M., (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1996.
- PRIETO SANCHIS, L.: "La jurisprudencia del tribunal Constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", REDC, año 2.
- PRITTWITZ, C.: "Funktionalisierung und Strafrecht", StV 1991, pág. 435.
- QUINTERO OLIVARES, G., "La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal", RAP 126 (1991), pág. 279.
- (Dir.)/VALLE MUÑIZ, J.M. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código penal*, Madrid, 1996.

- RADBRUCH, G.: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904.
- : *Rechtsphilosophie*, 8. ed., WOLF, E./SCHNEIDER, H.-P. (Ed.), Stuttgart, 1973.
- : "Über den Schuldbegriff", *ZStW* 24 (1904), pág. 333.
- : "Zur Systematik der Verbrechenslehre", en Festgabe für Reinhard FRANK, tomo I, Tübingen, 1930.
- RAISER, T.: *Das Unternehmen als Organization. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenlehre*, Berlin, 1969.
- RANSIEK, A.: *Unternehmensstrafrecht: Strafrecht-Verfassungsrecht-Regelungsalternativen*, Heidelberg, 1996.
- REBMANN, K./ROTH, W./HERRMANN, S.: *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Stuttgart, 1992.
- REHHAHN: "Betriebsleitung und Verantwortung", *Arbeitsschutz* 1977, 246.
- REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989.
- REMER: *Organizationslehre*, 1989.
- REUTNER: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, München, 1984.
- van de REYT, I.: "Landesbericht Niederlande", en ESER, A./HÜBER, B., *Strafrechtsentwicklung 4, Landesberichte 1989-1992*, Freiburg, 1993.
- RIEBENFELD: "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden", en *Jahrbuch der Basler juristischen Fakultät*, 1934, pág. 232.
- RIGHI, E.: *Derecho penal económico comparado*, Madrid, 1992.
- : "Los delitos que involucran a las empresas transnacionales y el principio *societas delinquere non potest*", *Revista de Derecho Industrial*, nr. 15/1985, Buenos Aires, pág. 35.

- RIIHJÄRVI, M.: "Criminal Liability of Corporations", en DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., *La Criminalisation du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- RITTNER, F.: *Die werdende juristische Person*, Karlsruhe, 1973.
- RODRIGUEZ DEVESA, J./SERRANO GOMEZ, I.: *Derecho penal - Parte general*, 18. ed., Madrid, 1995.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.: "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, pág. 9.
- : "Cara y Cruz de las sanciones penales", *Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1971, pág. 46.
- : *Derecho penal - Parte general*, 2. ed., Madrid, 1978.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código penal", *La Ley*, 1980, p.1004.
- : "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 3 de octubre, 1996, pág. 1.
- /LOPEZ BARJA, J.: (Ed.), *Código Penal Comentado*, Madrid, 1990.
- DEL ROSAL, J.: *La sociedad como ente penal*, Madrid, 1952.
- ROTBURG, H.E.: "Für Strafe gegen Verbände - Einige Grundsatzfragen", en v. CAEMMERER, E., y otros (Ed.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Festschrift zum 100jährigen Deutschen Juristen Tages (1860-1960), tomo II, Tübingen, 1960.
- : *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, Berlin/Frankfurt, 1952.
- ROTHENSPIELER, F.-W.: *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, Berlin, 1982.
- ROXIN, C.: ""Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien", *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft - Festschrift für Heinrich HENKEL*, Berlin/New York, 1974.

- : "Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke", en *Lebendiges Strafrecht*, Festschrift für Hans SCHULTZ, 1977.
- : "Das Schuldprinzip im Wandel", *Strafgerechtigkeit* - Festschrift für Arthur KAUFMANN, Heidelberg, 1993.
- : "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, *Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, Festschrift für Paul BOCKELMANN, München, 1979.
- : "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip", *MSchKrim* 56 (1973), 316.
- : "Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?", *SchwZStr.* 104 (1987), pág. 364.
- : "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", *JuS* 1966, pág. 377.
- : "Prävention und Strafzumessung", en Festschrift für H.-J. BRUNS, München, 1978, pág. 183.
- : *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e.V. Berlin, Heft 39, 2. ed., de Gruyter, Berlin/New York, 1973.
- : *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. ed., München, 1997.
- RUBIO DE CASAS, M.G.: "Potestad sancionadora de la Administración y garantías del administrado. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Oztürk", *RAP* 104 (1984).
- : "De nuevo sobre la potestad sancionadora: la sentencia del Tribunal Constitucional de 6.6.1984", *REDA* 42, 1984, C
- RÜMELIN, G.: *Methodisches über juristische Personen*, Freiburg, 1891.
- RUSCONI, M.: "Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?", en MAIER, J./BINDER, A. (comps.), *El Derecho penal hoy*, Libro Homenaje al Prof. D. BAIGUN, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 69.
- RÜTSCH, C.-J.: *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen*, Köln, 1987.

- SALDAÑA, Q.: *La reforma del Código penal*, Madrid, 1920.
- : *El futuro Código penal*, Madrid, 1922.
- : "El futuro Código penal", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, T. 135.
- : "La reforma social del Código penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 137, pág. 496.
- : *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid, 1927.
- : *Historia del derecho Penal en España*, Madrid, 1914.
- : *Comentarios al Código penal español*, Madrid, 1920.
- SALKOWSKI: *Bemerkungen zur Lehre der juristischen Person*, Leipzig, 1863.
- SMITH, J.C./HOGAN, B.: *Criminal Law*, 7. ed., 1992.
- SANTAMARIA DE PAREDES, V.: *Principios del Derecho penal con aplicación al Código español*, 2. ed., Madrid, 1872.
- SANTAMARIA PASTOR/PAREJO ALFONSO: *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid.
- SANZ GANDASEGUI, F.: *La potestad sancionadora de la Administración: La Constitución española y el Tribunal Constitucional*, 1985.
- v. SAVIGNY, F.-C.: *System des heutigen römischen Rechts*, Verlag Veil und Comp., Berlin, 1840, tomo II.
- SCHAFFMEISTER, D.: "Das niederländische Wirtschaftsstrafgesetz", *ZStW* 85 (1973), págs. 782-835.
- SCHAFFSTEIN: *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen (in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts - Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpov)*, reimpresión de la edición de 1930-1932, Aalen, 1973.
- SCHÄFER, H.: "Welche strafrechtliche Mitteln empfehlen sich für die wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?", *Verhandlungen zum 49. Deutschen Juristentages*, München, 1972, M 8.

- SCHELER, M.: *Die Stellung des Menschen in den Kosmos*, 1928.
- SCHILD, W.: "Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff", GA 1995, 3, pág. 101.
- : AK-StGB-Schild §§ 20-21 StGB, en *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, §§ 1-21, Reihe Alternativkommentare, Luchterhand, Neuwied, 1990.
- SCHMIDT, Eb.: "Probleme des Wirtschaftsstrafrechts", *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1948, pág. 226.
- : Einleitung, en HAERTEL/JOEL/SCHMIDT, *Wirtschaftsstrafgesetz*, 1949.
- : "Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht", *Beiheft zur Deutschen Rechtszeitschrift 11*, 1950.
- : "Ausscheidung des Verwaltungsrecht aus dem Strafrecht", Referat, *Sitzungen der großen Strafrechtskommission*, tomo I, Bonn, 1956.
- SCHMIDT, K.: "Zur Verantwortung von Gesellschaften und Verbänden im Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht", *wistra* 1990, 4, pág. 133.
- : *Handelsrecht*, 3 ed., 1987.
- SCHMIDT, U./HUTH: "Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand in materiell- und verfassungsrechtlicher Sicht", BB 1964, 1106.
- SCHMIDT-ENZMANN, H.U.: *Können gegen juristische Verbände Strafen oder Geldbußen verhängt werden?*, Köln, 1953.
- SCHMITT, R.: *Grundriss des deutschen Strafrechts - Zugleich eine Einführung in das Stadium der beiden Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs von 1919 und 1925*, Leipzig, 1925; 2 ed., 1931.
- : *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände - Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre der Unrechtsfolgen*, Stuttgart, 1958.
- : "Wie weit reicht § 30 des ordnungswidrigkeitengesetzes?", en *Festschrift für Richard LANGE*, Berlin/New York, 1976.

- : Gutachten zur 10. Arbeitstagung der Sachverständigenkommission, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, tomo 10, Bundesministerium für Justiz (Ed.), Bonn, 1976, pág. 15.
- SCHNORR v. CAROSFELD, L.: *Geschichte der juristischen Person*, tomo 1, München, 1933.
- SCHROTH, H.-J.: *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen, 1993.
- : "Der Regelungsgehalt des 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrecht", *wistra* 1986, pág. 158.
- SCHUMANN, H., "Strafrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht", en *Lexikon des Rechts*, Luchterland, 1991.
- SCHÜTZE,: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuch*, 1874.
- SCHÖCH, H.: "Empirische Grundlagen der Generalprävention", en Festschrift für H.-H. JESCHECK, Berlin, 1985, pág. 1081.
- SCHOLZ, R.: *Personalmanagement*, 3. ed., 1993.
- SCHÖNEBORN: "Schuld und generalpräventiver Aspekt", *ZStW* 88 (1976), p. 349.
- SCHÖNKE/SCHROEDER, : *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25. ed., München, 1997.
- SCHÜNEMANN, B: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.
- : "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", *wistra* 2 (1982).
- : *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, Berlin/N.Y 1984.
- : "Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht", *Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium*,

Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Chengchi, Taiwan.

- : "Strafrechtssystem und Kriminalpolitik", en Festschrift für Rudolf SCHMITT, Tübingen, 1992.
- : "Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht", en SCHÜNEMANN, B./SUAREZ GONZALEZ, C., *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994.
- /SUAREZ GONZALEZ, C.: (Ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid Symposium für Klaus TIEDEMANN, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994.
- SEELMANN, K.: "Neue Entwicklungen beim strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff", *Jura* 1980, p. 505 ss.
- : "Bereich: Verbandsstrafbarkeit", *ZStW* 108 (1996), pág. 652.
- SEILER, W.: *Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolge gegen Personenverbände*, 1967.
- SERRES, G.: *Die Deliktsfähigkeit juristischer Personen*, Köln, 1934.
- SIEGERT, K.: *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, Berlin/Wien, 1939.
- : "Haftung für fremde Schuld im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht", *NJW* 1953, pág. 527.
- SIEVERTS, R.: *Beiträge zur Lehre der subjektiven Unrechtselemente im Strafrecht*, Hamburg, 1934.
- SILVA SANCHEZ, J.: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- : "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", en SILVA SANCHEZ, J.M., (Ed.), SCHÜNEMANN, B./ DE FIGUEIREDO DIAS, J. (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995.
- SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Fortanet, Madrid, 1874, (págs. 200-202).

- SIOHL, U.: *Die Schuldfeststellung beim Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Rahmen des Art. 15 VO 17 zum EWG-Vertrag*, 1986.
- SORIA FERNANDEZ-MORALES, P.: "Derecho Administrativo y Derecho Penal: principios comunes", AP, nr. 5, 1988.
- STRATENWERTH, G.: *Tatschuld und Strafzurechnung*, 1972.
- : *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Schriftenreihe, Heft 134, C.F. Müller - Juristischer Verlag, Heidelberg/Karlsruhe, 1977.
- : "Strafrechtliche Unternehmenshaftung", *Festschrift für Rudolf SCHMITT*, Tübingen, 1992.
- STRENG, F.: *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, Stuttgart, 1991.
- SUAY RINCON, J.: "El Derecho Administrativo Sancionador: Perspectivas de reforma", RAP 109 (1986).
- : *Sanciones administrativas*, Madrid, 1989.
- : "Las sanciones administrativas", en *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1989.
- : "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", RAP 123 (1990).
- : "Los principios del procedimiento sancionador", en LEGUINA VILLA, J./SANCHEZ MORON, M. (Dir.), *La nueva Ley de régimen de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993.
- SUHR, D.: "Organisierte Ausübung mediatisierter Grundrechte im Unternehmen", *Arbeit und Recht*, 1988, pág. 65.
- DE SWAEF, M.: "Over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", RW 1985-1986, pág. 1852.

- TESAURO,: "Le persone giuridiche quali destinatari del diritto penale", Foro penale 1962.
- TEUBNER, G.: *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1979.
- TEMME, J.D.H.: *Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1876.
- THIERFELDER, R.: *Objektiv gefaßte Schuldmerkmale*, Breslau-Neukirch, 1932.
- THON, A.: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1887.
- : "Der Normadressat", en, JHERINGS JAHRBÜCHER 50 (1906) p. 1.
- THORMUNDSSON, J.: "Die Strafbarkeit der Wirtschaftskriminalität bei gewerblicher Betätigung juristischer Personen", en ESER, A./THORMUNDSSON, J., (Ed.), *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Freiburg, 1989.
- TIEDEMANN, K.: "Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung", en TIEDEMANN, K., (Ed.), *Die Verbrechen in der Wirtschaft. Neue Aufgaben für Strafrecht und Strafrechtsreform*, Karlsruhe, 1970.
- : "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?", Gutachten, *Verhandlungen zum 49. Deutschen Juristentag*, München, 1972.
- : *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976.
- : (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht: Beitrag zum Problem der Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr*, Köln, 1979.
- : "Delinquenzverhalten und Machtmißbrauch multinationaler Unternehmen", en TIEDEMANN, K., (Ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht: Beitrag zum Problem der Kriminalität im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr*, Köln, 1979.
- : en IMMENGA/MESTMÄCKER GWB, 1981, vor §. 38.

- : "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Neue Juristische Wochenschrift 19 (1988), págs. 1169-1232.
- : "Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen", en ESER, A./THORMUNDSSON, J., (Ed.), *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Freiburg, 1989.
- : "Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft", NJW 36 (1990).
- : "Strafrecht in der Marktwirtschaft", en KÜPER, W./WELP, J., (Ed.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter STREE und Johannes WESSELS*, Heidelberg, 1993.
- : *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993.
- : "Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee", JZ 13 (1996), pág. 647.
- TITTMANN, K.A.: *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Halle, 1822.
- TORIO, A.: "El concepto individualizado de culpabilidad", en *Crime and Criminal Policy*, Libro Homenaje a LOPEZ REY, Roma, 1985.
- : "Injusto penal e injusto administrativo"; en *Estudios sobre la Constitución española*, Libro Homenaje al Profesor E. García de Enterría, Madrid, 1991.
- TORRINGA, R.A.: *Strafbarkeit van rechtspersonen*, Arnhem, 1984.
- TRAYTER, J.M.: *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración moderna*, 1988.
- TRIFFTERER, O.: *Umweltstrafrecht. Eine Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltskriminalität*, Baden-Baden, 1980.
- TROUSSE, P.E.: "Sanctions pénale et personnes morales", RDP 1975-1976.
- TÜRK, K: *Organisationstheorie*, Hamburg, 1975.

- ULRICH, P.: *Die Großunternehmen als quasi-öffentliche Institution*, Stuttgart 1977.
- UOTILA, J.: (Ed.), *The Finnish Legal System*, Helsinki, 1985.
- VAZQUERZ IRUZUBIETA, C.: *Nuevo Código penal comentado*, Madrid, 1996.
- VERDROSS, A.: *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, Wien, 1958.
- VESTERGAARD,,: "Landesbericht Dänemark", en ESER, A./HUBER, B., (Ed.), *Strafrechtsentwicklung 4, Landesberichte 1989-1992*, tomo I, Freiburg, 1993.
- VIDA, J.: *El Proyecto de Código penal. Apuntes críticos*, Madrid, 1885.
- VILA COSTA, B.: "El régimen jurídico de las sanciones administrativas por infracciones comunitarias", *Revista de las Instituciones Europeas* 3 (1991).
- VOLK, K.: "Zur Bestrafung von Unternehmen", *JZ* 1993.
- VIVES ANTON, T.S.: (Coord.), *Comentario al Código penal de 1995*, Valencia, 1995.
- v. WEBER, H.: *Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts*, Reichenberg, 1929.
- : *Grundriß des Deutschen Strafrechts*, 2. ed., Bonn, 1948.
- : "Die Sonderstufe", *DRiZ* 1951, pág. 153.
- : "Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes", *JZ* 1953, pág. 293.
- : "Über die Strafbarkeit juristischer Personen", *GA* 1954, pág. 237.
- WEIGEND, T.: "The System of Administrative and Penal Sanctions", en *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, National Reports*, vol. I, Commission of the European Communities, Luxemburgo, 1994.
- WELLS, C.: "Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen in England und Wales", *ZStW* 107 (1995), pág. 676.

- WELZEL, H.: "Persönlichkeit und Schuld", *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
- : "Strafrecht und Philosophie", *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
- : "Über Wertungen im Strafrecht - Eine prinzipielle Bemerkung zur sog. emotional-normativen Logik", *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
- : "Kausalität und Handlung", *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
- : "Studien zum System des Strafrechts", *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
- : "Naturalismus und Wertphilosophie", *Abhandlungen zum System des Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
- : "Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht", JZ 1956.
- : *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin, 1969.
- WILLIAMS, G.: *Textbook of Criminal Law*, 2. ed., 1983.
- WINKLER, R.: *Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der EWG*, Tübingen 1971.
- WISE, E. M.: "Criminal Liability of Corporations - USA", en DE DOELDER, H./TIEDEMANN, K., (Ed.), *La criminalisation Du Comportement Collectif - Criminal Liability of Corporations*, The Hague/London/Boston, 1996.
- WOLF, E.: "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem", Festschrift für Reinhard FRANK, tomo II, Tübingen, 1930.
- WOLFF, E.-A.: *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964.

- : "Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität", ZStW 97 (1985), pág. 786.
- WOLFF, H.-J.: *Organschaft und juristische Person*, tomo 1: Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933, Neudruck 1968.
- YAÑEZ ROMAN, J.L.: "La condena condicional en España", ADPCP, 1972, pág. 308, nota 5.
- ZAFFARONI, R.: "El funcionalismo y sus perspectivas jurídico-penales", Libro Homenaje a FERNANDEZ ALBOR, Santiago de Compostela, 1989.
- ZIESCHANG, F.: "Der allgemeine Teil des Nouveau Code Penal", ZStW 106 (1994), pág. 647.
- ZITELMANN, E.: *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, (Gekrönte Leipziger Preisschrift), Leipzig, 1873.
- ZUGALDIA, J.M.: "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad", en Libro Homenaje a ANTON ONECA, Salamanca, 1982, pág. 565.
- : "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional Societas delinquere non potest", CPC 11 (1980), pág. 67.
- : "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", CPC 1994, pág. 613.
- : "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995.
- : "Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas", (en prensa), 1997.
- ZÜRCHER: "Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände", SchwZStr, 16 Jahrg., pág. 311.

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACOGIDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~APTO. EUM. LAUDE~~
POR UNANIMIDAD MADRID, 16 de diciembre de 1977

