

PERSONAS JURÍDICAS, CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y RESPONSABILIDAD
PENAL

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Catedrático de Derecho penal. Universidad del País Vasco

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

PERSONAS JURÍDICAS, CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y RESPONSABILIDAD PENAL

José Luis de la Cuesta Arzamendi *
Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

1. *Societas delinquere non potest?*

Societas delinquere non potest. Al margen de que SINIBALDO DE FIESCHI (el Papa Inocencio IV), autor de la repetida máxima en el siglo XIII, en modo alguno quisiera atribuirle un valor universal¹, ésta es la opinión, si no unánime², compartida por la mayoría de la doctrina jurídico-penal en España³,

* El presente trabajo ha contado con una ayuda recibida en el marco de la “1ª Convocatoria UPV/EHU Cajas BBK, Kutxa y Vital de Ayudas para la Realización de Estudios y Proyectos de Investigación en el Proyecto de Investigación”.

¹ A. BERISTAIN, *Ciencia penal y Criminología*, Madrid, 1985, pp.202 y s.; S.PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, 1975, pp. 343 ss.

² Históricamente, a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España se cuentan sólo, de manera explícita, SALDAÑA (*Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación)*, Madrid, 1927) y MASSAVEU (“La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación”, *Revista de Estudios Penales*, II, 1945, pp.50 ss.). En la actualidad, L.RODRÍGUEZ RAMOS, “Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, *La Ley*, 3 octubre 1996, p.4 (ver, con todo, su postura anterior en “Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de Código Penal”, *La Ley*, 1980, p.1007) y, sobre todo, J.M.ZUGALDÍA (“Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest”, *Cuadernos de Política Criminal*, 11, 1980, pp.67 ss; “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1994, pp. 613 ss; “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 723 ss; “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, *Poder Judicial*, 46, 1997); y S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 1998, y “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 67, 1999, pp. 11 ss. También pueden mencionarse entre los autores que manifiestan su apertura a la misma -a partir de la precursora obra de M.BARBERO SANTOS, “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, *Revista Española de Derecho Mercantil*, 1957, pp.1304 ss.- L.ARROYO ZAPATERO, “Derecho Penal Económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1, 1998, p.14; M.GARCÍA ARÁN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas

que apoya su posición en múltiples argumentos de corte dogmático y hasta en el propio texto del nuevo Código Penal de 1995. Este, además de calificar a las reacciones previstas para las personas jurídicas no como penas o medidas, sino como “consecuencias accesorias”, claramente establece, en su artículo 31, la responsabilidad por el actuar en nombre de otro, que imputa específicamente al directivo o administrador la titularidad de la responsabilidad penal en supuestos de actuación a través de una persona jurídica.

2. “Consecuencias” aplicables a las personas jurídicas

La falta de responsabilidad penal de las personas jurídicas en modo alguno ha sido obstáculo tradicionalmente para la previsión por parte del Código Penal y de las leyes penales especiales de un conjunto de “consecuencias” a aplicar en el supuesto de que los hechos punibles hayan sido cometidos en el seno de la persona jurídica o utilizándola como instrumento.

Tal fue ya la opción seguida por el Código Penal anterior, que preveía, por ejemplo:

- la disolución de los depósitos de armas, municiones o explosivos delictivos (art. 265) y de las asociaciones ilícitas (art. 174),
- la clausura de los locales o establecimientos de la empresa como respuesta a los hechos contrarios al ambiente (art. 347 bis, el cual también contemplaba la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores) o de receptación (art. 546 bis f),

jurídicas”, en J.Cerezo Mir y Otros, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torio López*, Granada, 1999, pp.325 ss; H.HORMAZÁBAL MALARÉE, “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*, cit., pp.202 ss; B.MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, 1, 1998, pp. 43 ss; F.MUÑOZ CONDE, “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, *Revista Penal*, 1, 1998, pp. 67 ss; C.SUÁREZ GONZÁLEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo”, *Estudios del Ministerio fiscal*, I, 1994, pp.843 ss; L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, en J.Ferré Olivé y E.Anarte Borrallo (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp.199 ss.

³ Por todos, M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, 109 ss; y “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp.371 ss; ver también su última posición en “Hacia un nuevo Derecho Penal: el de las personas jurídicas”, en J.L.Iglesias Prada (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.IV, Madrid, 1996, pp.5090 ss; L.GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro en el Derecho Penal*, T.I, Zaragoza, 1985, pp.6 ss. y “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, *Actualidad Penal*, 39, 1993, pp. 586 ss; M.MOLINS RAICH, “Análisis de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal. Reflexiones a la luz del principio de personalidad de las penas”, *Revista de Ciencias Penales*, vol.2, 1, 1999, pp.198 ss; M.PÉREZ MANZANO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Actualidad Penal*, 2, 1995, pp.15 ss; J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, en J.M.Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, Barcelona, 1995, pp.357 ss. (y la bibliografía por ellos citada).

- el cierre de los establecimientos en los delitos relativos a la prostitución (art. 452 bis c y d) y de receptación (art. 546 bis f) y,
- un conjunto de medidas en el caso de los delitos relativos a las drogas (art. 344 bis b):
 - * disolución de la organización dedicada al tráfico,
 - * clausura de los locales,
 - * suspensión de las actividades,
 - * prohibición de realización de actividades, operaciones o negocios en cuyo ejercicio se hubiera facilitado o encubierto el delito.

La doctrina⁴ las consideró, en general, medidas de seguridad de carácter administrativo, a pesar de su imposición por un juez penal.

El nuevo Código Penal ha acentuado esta línea de previsión de determinadas consecuencias para las entidades jurídicas a través de las cuales se comete el hecho delictivo o cuya existencia ha sido aprovechada para su realización. En su art.129 contempla como “consecuencias accesorias” un conjunto de intervenciones sobre personas jurídicas que los jueces o tribunales pueden adoptar –motivadamente y previa audiencia de los titulares de esas personas jurídicas o de sus representantes– siempre que se encuentren expresamente previstas para los correspondientes hechos delictivos en la Parte Especial. Finalidad de las mismas es, conforme al Código Penal, “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

Conforme al art. 129 del Código Penal son “consecuencias accesorias”:

- a) La clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal (hasta cinco años) o definitivo (y que puede ser ya acordada por el juez instructor durante la tramitación de la causa).
- b) La disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) La suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación hasta por cinco años (acordable también por el juez instructor durante la tramitación)
- d) La prohibición (temporal –hasta por cinco años– o definitiva) 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.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario, con un máximo de cinco años.

⁴ Por todos, J.CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1, 4ª ed., pp. 315 y s; L.GRACIA MARTÍN, *La cuestión*, cit., pp.590 ss; M.PÉREZ MANZANO, *La responsabilidad penal*, cit., p.16 (n.8).

El nuevo Código Penal también prevé para algunos delitos otras respuestas, como la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales o demás medios informativos (art. 288), o la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad social (arts. 305 y 308). Estas son a veces tenidas por “consecuencias accesorias”, pese a no estar recogidas en el catálogo del art. 129, que no se ve, por consiguiente, como un catálogo cerrado⁵. Dejando al margen la publicación de la sentencia, se trata, más bien, de formas próximas a las penas de inhabilitación especial⁶ de determinados derechos concretados expresa y motivadamente en la sentencia (art. 45 CP). El hecho de que el Código no las califique explícitamente de inhabilitación especial, contra lo que suele ser habitual, hace que se consideren consecuencias accesorias por una buena parte de la doctrina⁷.

En cuanto a las figuras delictivas susceptibles de servir de base para la imposición de estas consecuencias accesorias, en la Parte Especial cabe hallar las siguientes referencias:

- a) Exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución (art. 194): clausura temporal o definitiva de los establecimientos.
- b) Delitos contra el estado civil (art. 221): clausura temporal o definitiva del establecimiento.
- c) Delitos relativos a la propiedad intelectual (art.271): cierre temporal o definitivo y (art. 288) las “medidas previstas en el art. 129”.
- d) Delitos contra la propiedad industrial (art. 276): cierre temporal o definitivo y (art. 288) las “medidas previstas en el art. 129”.
- e) Delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 288): las “medidas previstas en el art. 129”.
- f) Delitos societarios (negativa o impedimento de actuación de personas o entidades inspectoras o supervisoras por parte de los administradores de sociedades que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa)(art.294): “medidas previstas en el art. 129”.
- g) Delitos de receptación (art. 298 y 299): clausura temporal o definitiva del local o establecimiento.

⁵ J.TERRADILLOS BASOCO, en B.Mapelli Caffarena, J.Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, 1996, p. 218.

⁶ QUERALT JIMENEZ la califica expresamente de modalidad de la pena de “inhabilitación especial”, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, 1996, p. 647.

⁷ Por todos, C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998, p.23; y *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Valencia 1999, p.357.

- h) Delitos de blanqueo de capitales (art. 302): disolución, suspensión, clausura temporal o definitiva, prohibición de realización de actividades, operaciones o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, hasta por cinco años.
- i) Delitos contra el ambiente (art. 327): clausura temporal o definitiva, intervención de la empresa hasta por cinco años.
- j) Delitos contra la salud pública (art. 366): clausura del establecimiento y, en casos de extrema gravedad, cierre definitivo.
- k) Delitos relativos a las drogas y precursores (arts. 370 y 371): disolución o suspensión, clausura temporal o definitiva, prohibición de realización de actividades hasta por cinco años.
- l) Tráfico de influencias (art. 430): suspensión de actividades, clausura de dependencias abiertas al público (seis meses a tres años).
- m) Delitos de asociación ilícita (art. 520): disolución de la asociación “y, en su caso, cualquiera otra de las consecuencias accesorias del art.129”.
- n) Depósitos de armas, municiones o explosivos (art. 569): disolución.

También en la legislación penal especial se contemplan “medidas” o “consecuencias” para los hechos delictivos cometidos en el seno o a través de entidades o personas jurídicas. Así, la Ley de Navegación Aérea (24 diciembre 1964) prevé la suspensión (hasta por un año) de personas jurídicas o empresas si se constata que los individuos que las representan se prevalieron de las mismas a la hora de la comisión de varios delitos contra la navegación aérea o “uno que produzca alarma pública o perjuicio a la navegación aérea” (art. 8, 3^a). Igualmente se recoge la incautación, destrucción o reforma de instalaciones, aparatos, locales (...) “cuando se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un grave peligro para la navegación aérea” (art. 8, 4^a).

Otra línea es la seguida en la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios (de 10 de diciembre de 1979). Esta no prevé consecuencias de este orden, sino que establece la imposición de las penas en su grado máximo cuando los delitos se hayan cometido “por medio o en beneficio de Entidades u Organizaciones en las que de su propia naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión de delito” (art.7,2). Lo mismo hace el art. 3,2 de la Ley de Represión del Contrabando (12 de diciembre de 1995), si bien el cierre temporal o definitivo de los establecimientos constituye en el mismo texto legal una sanción administrativa aplicable a las infracciones administrativas de contrabando (art. 12,2 b).

3. Requisitos

La introducción de las consecuencias accesorias por el nuevo Código Penal, “sin respaldo tradicional apenas”⁸, aun saludada inicialmente de un modo favorable⁹, no deja de suscitar problemas respecto de su denominación, entendimiento, requisitos de aplicación y su naturaleza jurídica.

Dejando aparte el hecho de la ausencia en el art.129 de otras consecuencias contra las personas jurídicas “que serían convenientes”¹⁰, estas reacciones se incluyeron ya en el Proyecto de Código Penal de 1980, como medidas de seguridad, y fueron recogidas por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 con la denominación de “consecuencias accesorias”, un concepto nada claro¹¹, tomado del Derecho alemán (*Nebenfolgen*)¹², en el cual, sin embargo, no se comprenden bajo esa denominación las mismas modalidades de reacción penal¹³.

Siendo, como son, de imposición facultativa¹⁴, y a la vista de su diversa gravedad, preocupa sobre todo la “discutible” regulación del Código Penal, particularmente escasa en lo referido a sus presupuestos fundadores y legitimadores. Esto puede propiciar un excesivo arbitrio judicial y ser fuente de “enorme inseguridad jurídica”¹⁵, especialmente por la completa remisión al art. 129 que realizan algunos de los preceptos de la Parte Especial (p.e. art. 288 y art. 294,2), de aquí que se proponga su aplicación “con cautela y prudencia”¹⁶.

En un principio previstas como un medio de reacción especialmente dirigido contra los delitos económicos¹⁷, resulta ciertamente “curioso”¹⁸ que el

⁸ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., p.45.

⁹ S.MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Barcelona, 1998, pp. 798 y s. También, C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., p.237.

¹⁰ L.GRACIA MARTÍN, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, p.389.

¹¹ C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Madrid, p.1563.

¹² A.BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Madrid, 1974, pp.58 ss; D.M.LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid, 1996, p.57.

¹³ Recuerdan MANZANARES y CREMADES cómo en Derecho alemán se distingue entre las *Nebenfolgen* (inhabilitación para cargo público y derecho de sufragio) y las “consecuencias jurídicas del hecho” (*Rechtsfolgen der Tat*) donde se encuentran las que el Código español llama “consecuencias accesorias”. *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1996, p.56.

¹⁴ S.MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 798; J.M.PRATS CANUT, en G.Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p.627. Ver también, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, cit., p.290. “Potestativa” para C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., p.236.

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

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

¹⁷ A.JORGE BARREIRO en *Comentarios*, cit., p.365; G.LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., revisada y puesta al día por M.D.Fernández Rodríguez, Madrid, 1996, p.128.

¹⁸ S.MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 798.

nuevo Código no las aplique con carácter general a éstos, sino que opte por un sistema de previsión específica¹⁹, más acorde con el principio de legalidad, que, sin embargo, deja fuera no pocas de las figuras incardinadas en el ámbito de la delincuencia económica. En efecto, el nuevo Código Penal ha eliminado la referencia de los proyectos a la necesidad de que los hechos se hayan realizado en el ejercicio de actividades de sociedades y empresas²⁰ y se limita en la fórmula incluida en la Parte general²¹ a exigir la previsión específica para el delito en cuestión y la motivación.

A falta de otros criterios expresos²², la doctrina debate en torno al conjunto de presupuestos y requisitos a respetar para la imposición de cualquiera de las consecuencias accesorias previstas en la Parte Especial²³.

Si, desde el prisma procesal, no cabe duda de la necesidad de su solicitud expresa por el Ministerio Fiscal o por la parte acusadora²⁴, al igual que la audiencia a los titulares de la persona jurídica o sus representantes legales –exigencia expresa, aunque “superflua”²⁵, del art. 129 CP–, más discutidos se presentan los requisitos inherentes al plano material. Así, respecto del supuesto de hecho de la imputación, un sector de la doctrina²⁶, apoyándose en parte en el carácter accesorio de las consecuencias, considera precisa una sentencia condenatoria²⁷ con imposición a una persona física de una pena²⁸ o medida de seguridad. La consecuencia es su imposible aplicación cuando “preventivamente son más necesarias”, esto es, ante la presencia de un hecho delictivo probado pero cuyo responsable individual no puede ser concretado “por problemas de imputación o de carácter probatorio”²⁹. Por ello, y sin perjuicio de que deba siempre cumplirse lo que expresamente exija cada precepto particular del Código (especialmente, si remite la imposición de la consecuencia accesoria

¹⁹ Críticamente, C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General, cit.*, p.237.

²⁰ En este sentido, art.153 Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y art.138 Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, el cual aludía incluso a la deducción fundada y objetiva de “que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos”.

²¹ Críticamente, J.L.MANZANARES/J.CREMADES, *Comentarios, cit.*, p.57.

²² L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*, p.390; J.M.PRATS CANUT, en *Comentarios, cit.*, p.627.

²³ Al margen de la remisión específica o no al art. 129. S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, p.288.

²⁴ I.SERRANO BUTRAGUEÑO, “Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario. Consecuencias accesorias para la empresa”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (I) –2–*, Madrid, 1996, p.49.

²⁵ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, p.188.

²⁶ G.GUINARTE CABADA, en T.S.Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, p.666; A.JORGE BARREIRO, “El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995”, en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castelló de la Plana, 1997, n.119, p.127. También J.L.MANZANARES/J.CREMADES, *Comentarios, cit.*, p.57.

²⁷ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, pp.298 s.

²⁸ C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General, cit.*, pp.232 s.

²⁹ A.JORGE BARREIRO, *El sistema... , cit.*, pp.127 s; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal, cit.*, p. 363.

a la “sentencia condenatoria”³⁰, dado que aquello no es algo generalmente establecido por el art.129, debería ser suficiente con la prueba del hecho típico y antijurídico, aunque la persona física no sea culpable ni susceptible de medida de seguridad alguna³¹.

La clausura de la empresa y la suspensión son susceptibles de aplicación cautelar, posibilidad valorada como de gran interés por la doctrina por su “carácter inocuizador”³². No se entiende, sin embargo, porqué se ha restringido a éstas la posibilidad de aplicación cautelar, cuando debían ser susceptibles de la misma todas las consecuencias de carácter temporal³³ y muy en particular la intervención de la empresa³⁴, computándose, en su caso, el tiempo transcurrido de cara a la condena, bien para su descuento del tiempo total de la consecuencia accesoria finalmente impuesta³⁵ o con base en lo dispuesto, por analogía, por los arts. 58,2 y 59³⁶.

Requisito esencial para su imposición cautelar –necesariamente “excepcional”, no obligatoria y sólo aplicable en los supuestos expresamente previstos en la Parte Especial³⁷– ha de ser, junto a la existencia de un hecho delictivo, su necesidad, apoyada en “sólidas y fundadas razones”³⁸. Tanto en el caso de su imposición en la sentencia, cuanto como medida cautelar, se precisará motivar la necesidad con base en razones de prevención de la continuidad en las actividades delictivas y sus efectos (art. 129,3), pivote que debe orientar su aplicación³⁹ y cuyo apoyo será en gran parte la constatación de la “peligrosidad objetiva de la persona jurídica u organización”⁴⁰. Una peligrosidad “objetiva o de la cosa”, para algunos autores⁴¹, derivada de su aparición como

³⁰ El art. 194 menciona explícitamente que la sentencia condenatoria podrá decretar la clausura temporal o definitiva. Por su parte, otros artículos (art. 271, 288, 294, 298 y 299, 302, 370, 430) aluden a la imposición, además de las penas correspondientes, de las consecuencias accesorias.

³¹ C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal, cit.*, pp. 1563 y s.; L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*; B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias, cit.*, p.53.

³² G.LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias, cit.*, p.128; J.TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias, cit.*, p.219.

³³ G.GUINARTE CABADA, en *Comentarios, cit.*, p.669. También S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, p.291.

³⁴ C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal, cit.*, p.1567.

³⁵ A favor, a pesar de su falta de previsión explícita por los arts.58 y 59 CP, G.GUINARTE CABADA, en *Comentarios, cit.*, p.669.

³⁶ C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal, cit.*, pp.1567 y s.

³⁷ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, p.292.

³⁸ J.M.PRATS CANUT, en *Comentarios, cit.*, pp.628 ss.

³⁹ G.GUINARTE CABADA, en *Comentarios, cit.*, p. 667; I.SERRANO BUTRAGUEÑO, “Ideas generales”, *cit.*, p.49.

⁴⁰ L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*, p.391. También A.JORGE BARREIRO, en *Comentarios, cit.*, p.365. Con todo, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, p.291.

⁴¹ L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*, p.376; J.L.MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Barcelona, 1983, pp. 256 y s.

organización favorecedora de la comisión de hechos delictivos⁴². Límite de la imposición de las consecuencias accesorias ha de ser, en todo caso, la proporcionalidad, postulado fundamental de cualquier reacción penal exigido también por el nuevo Código Penal para las medidas de seguridad. Aun cuando el Código no lo mencione de manera expresa, parece obvio que la imposición de una consecuencia accesoria debe quedar excluida cuando resulte “objetivamente desproporcionada”⁴³.

Por lo demás, alguna “consecuencia accesoria” tiene establecido un “fin específico”⁴⁴, adicional al genérico del art. 129, 3: la intervención de la empresa ha de estar dirigida, conforme al Código Penal (art. 129, 1 e), a “salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores”. Es ésta una consecuencia ya conocida por el Código Penal anterior, que la previó (como intervención de la empresa por la Administración) para los delitos contra el ambiente. El nuevo Código, lamentablemente, no permite su aplicación cautelar y omite que la intervención deba hacerse por parte de la Administración, la cual no dispone por sí misma de “medios especializados de gestión de empresas”⁴⁵. Lo procedente será, por ello, el nombramiento de administradores judiciales, en la línea ya conocida de los embargos de empresas⁴⁶.

La referencia explícita a la garantía de los derechos de los trabajadores y de terceros ha suscitado la cuestión de si la intervención es la única medida aplicable cuando se vean afectados intereses de terceros. Esta solución –interesante y atractiva desde un prisma *de lege ferenda*– no cuenta, sin embargo, con suficiente apoyo normativo en la actualidad⁴⁷.

Por contra, y aunque tampoco su fundamento legal sea plenamente sólido, parece razonable limitar los supuestos de clausura y disolución, en cuanto soluciones definitivas, a los casos especialmente graves y repetidos de una actividad empresarial defectuosa que se traduzca en riesgos o resultados delictivos, o de entidades dedicadas de modo ordinario a la realización de actividades ilícitas, prefiriendo la suspensión y demás consecuencias de carácter temporal para los supuestos menos graves o aquéllos en los que la comisión de hechos delictivos se inserte, como excepción, en el marco de una actividad generalmente lícita⁴⁸.

⁴² L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*, p.391.

⁴³ J.M.PRATS CANUT, en *Comentarios, cit.*, p. 628.

⁴⁴ J.M.PRATS CANUT, *ibidem*, p. 628.

⁴⁵ J.M.PRATS CANUT, en *Comentarios, cit.*, p.628.

⁴⁶ C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal, cit.*, p.1567; G.GUINARTE CABADA, en *Comentarios, cit.*, p.669. Citan expresamente estos autores lo dispuesto por los arts. 605 a 609 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Decreto Ley 18/1969, de 20 de octubre.

⁴⁷ J.M.PRATS CANUT, en *Comentarios, cit.*, p.628; en el mismo sentido, M.MOLINS RAICH, *Análisis, cit.*, p.203.

⁴⁸ L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*, p.392; C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General, cit.*, p.237. También, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, p.303.

4. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de las intervenciones sobre personas jurídicas reguladas por el Derecho Penal resulta “confusa”⁴⁹ para la doctrina. Colocadas por el Código Penal en el Título VI del Libro I, “absolutamente independiente de los tres anteriores” (relativos a las penas, las medidas y la responsabilidad civil)⁵⁰, múltiples son las posiciones mantenidas: desde quienes las consideran simplemente “inclasificables”⁵¹, a los que afirman que se trata de propias y verdaderas penas, pasando por quienes niegan su naturaleza de sanción⁵² o, al menos, de sanción penal⁵³.

Tres son las opciones principales: su consideración como medidas de seguridad, como propias y verdaderas penas, o como nuevas sanciones penales.

a) Medidas de seguridad

Excluida su asimilación a las reparaciones o a los demás institutos de la responsabilidad civil –pues, a pesar de su “fuerte impregnación civilista”, su finalidad no es en modo alguno la restitución, reparación o indemnización⁵⁴–, un sector de la doctrina las incluye entre las medidas de seguridad⁵⁵. El propio Código Penal, a pesar de separarlas, “acertadamente”⁵⁶, en un título distinto, da pie a esta equiparación, al denominarlas, en algunas ocasiones, “medidas”⁵⁷ y orientarlas de algún modo a la neutralización de cierta peligrosidad: la de la persona jurídica⁵⁸. La peligrosidad de la persona jurídica es, con todo, un concepto muy discutible⁵⁹ a la luz del Derecho Penal en vigor. Si bien parece lógico que quien legalmente no puede cometer delitos tampoco pueda

⁴⁹ M.GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones*, cit., p.326.

⁵⁰ J.L.MANZANARES/J.CREMADES, *Comentarios*, cit., p.57.

⁵¹ D.LÓPEZ GARRIDO, M.GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p.82.

⁵² Destaca, entre éstos, la postura de GRACIA MARTÍN, quien entiende que estamos ante “medidas de aseguramiento de la colectividad” (...), no punitivas y meramente caracterizadas por buscar “el menoscabo o reducción de posibilidades de actuación antijurídica”. *Lecciones*, cit., pp.370 y 392. También, del mismo autor, “La cuestión”, cit., pp.606 ss. Por su parte, VÁZQUEZ IRUZUBIETA alude a “circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria”. *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996, p. 200.

⁵³ Así, CEREZO MIR las considera medidas administrativas. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. La teoría jurídica del delito*, 5ªed., Madrid, 1997, pp.69 y s.

⁵⁴ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., pp.48 y s; también J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *Las penas previstas*, cit., p.331.

⁵⁵ Por todos, C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal*, cit., pp.1563 y s. Para CEREZO MIR son medidas de seguridad de carácter administrativo, *Curso*, cit., pp.69 y s.

⁵⁶ C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., p.231.

⁵⁷ A juicio de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “al legislador le traiciona con frecuencia su subconsciente”. *Código Penal*, cit., p.1563.

⁵⁸ I.SERRANO BUTRAGUEÑO, “Ideas generales”, cit., p. 47.

⁵⁹ “Inexistente por definición” para J.TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas*, cit., p.219.

ser considerado peligroso criminalmente⁶⁰, asegurar sin más la ausencia de peligrosidad, por definición, de las personas jurídicas, puede resultar incorrecto. Es más, como ya se ha dicho, las consecuencias no dejan de encontrar fundamento en cierta peligrosidad, una peligrosidad –si se quiere– del conjunto de personas y medios debidamente organizados que pueden acabar siendo usados de manera torcida por parte de las personas físicas⁶¹. No es ésta una peligrosidad criminal en el sentido acuñado, que las consecuencias accesorias en modo alguno requieren⁶².

El concepto de peligrosidad que fundamenta las medidas de seguridad es “la peligrosidad personal del sujeto”⁶³, una peligrosidad individual sólo aplicable, en principio, a las personas físicas y exteriorizada en la realización de un hecho delictivo (art.6 C.P.); por el contrario, en el caso de las consecuencias accesorias basta para afirmar la peligrosidad objetiva la concurrencia de determinadas circunstancias, traducidas a la postre en la “vinculación de la empresa o el negocio con la actividad delictiva”⁶⁴. Se trata, en suma, de respuestas no “a la peligrosidad subjetiva del autor, sino a las características del medio en que éste se mueve”⁶⁵. Aun cuando su fundamento pueda ligarse a la prevención general e, incluso, especial (negativa y positiva)⁶⁶, no estamos ante verdaderas medidas de seguridad, sino ante otro tipo de intervenciones: rechazada *de lege lata* por el legislador español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que vienen es a privar a las personas físicas del instrumento peligroso o a controlar su uso⁶⁷.

b) Penas

Hay quienes califican a las consecuencias accesorias de auténticas penas, por entender que cubren todos o la mayoría de los requisitos propios de una “auténtica pena criminal”⁶⁸: previsión por ley penal anterior a la realización del delito, imposición por el juez penal a través del proceso penal legalmente establecido y con todas las garantías, orientación preventiva general y especial.

Destaca en esta línea ZUGALDÍA ESPINAR⁶⁹, seguido recientemente por S.BACIGALUPO⁷⁰. Las “consecuencias accesorias” son para ellos

⁶⁰ S.MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p.797.

⁶¹ L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, cit., p.387.

⁶² D.M.LUZÓN PEÑA, *Curso*, cit., pp.57 y s.

⁶³ I.SERRANO BUTRAGUEÑO, *Ideas generales*, cit., 48.

⁶⁴ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., p.48.

⁶⁵ J.TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas...*, cit., p.219.

⁶⁶ I.SERRANO BUTRAGUEÑO, *Ideas generales*, cit., pp.48 y s.

⁶⁷ S.MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p.797.

⁶⁸ I.SERRANO BUTRAGUEÑO, *Ideas generales*, cit., p.50.

⁶⁹ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *Las penas previstas*, cit., pp. 329 y 331.

⁷⁰ *La responsabilidad penal*, cit., pp.269, 285 y 305 y s.

“consecuencias afflictivas que limitan los derechos de las personas jurídicas” y que “deben ser tratadas como si fuesen penas ... porque, en realidad, *son penas*”⁷¹. Argumentos a favor de esta posición son, a su juicio:

- la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a los principios y requisitos para la aplicación de sanciones (administrativas) a las personas jurídicas,
- la imposibilidad de su tratamiento como medidas de seguridad –que obligaría a una redefinición del concepto peligrosidad–,
- su previsión junto al comiso,
- el “*lapsus scriptoribus* del legislador”, que en el art.262 contempla la imposición a la “empresa” de “la pena de inhabilitación especial”⁷², y
- el hecho de que sea ésta la vía más adecuada para someter su aplicación “a los principios constitucionales que rigen la aplicación del Derecho Sancionador en el Estado de Derecho”⁷³.

Para ZUGALDÍA ESPINAR el legislador español ha venido a reconocer en 1995 la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de forma “propia”, pero “indirecta”⁷⁴ y, dada la parquedad de la regulación del art. 129, propone la construcción de una “*teoría jurídica del delito de la persona jurídica*”⁷⁵, así como la sujeción de su aplicación a los criterios siguientes⁷⁶:

- a) Desde el prisma procesal, sumisión al principio acusatorio, participación de la persona jurídica como parte en el proceso con las garantías propias de los imputados, e imposición de las consecuencias en el fallo condenatorio y no “en fase de ejecución”.
- b) En el plano material,
 - respeto de determinados “criterios (objetivos) de imputación”: intervención de la persona física –designada por la persona jurídica– en el seno de la misma y de su marco estatutario, apareciendo en el contexto social como actuación de la persona jurídica, al haber obrado en su nombre e interés;
 - exigencia de dolo o, al menos, de una culpa *in vigilando* o *in eligendo* por parte de la persona jurídica y, de darse sólo ésta, necesidad de que el delito sea susceptible de comisión imprudente punible;

⁷¹ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *Las penas previstas*, cit., pp. 329 y 331.

⁷² J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p.333.

⁷³ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p.331.

⁷⁴ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p.335.

⁷⁵ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p.337.

⁷⁶ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, pp. 341 y s.

- posibilidad de imposición de la consecuencia a la persona jurídica, aun cuando quien actuó de forma ilícita no pueda ser declarado culpable;
- suficiente justificación de su necesidad desde el prisma preventivo (art.129,3);
- adecuación de la consecuencia accesoria a la gravedad del delito, a la existencia de dolo o imprudencia, a la gravedad de la imprudencia, al grado de exigibilidad y a los motivos que apoyaron la decisión ilícita de la persona jurídica;
- calificación del incumplimiento de la consecuencia accesoria como quebrantamiento de condena (art. 468 CP);
- prescripción de las consecuencias conforme a las reglas del art. 133 CP;
- responsabilidad civil directa de la persona jurídica en el delito por el que se le imponga la consecuencia accesoria.

El interés de la propuesta de ZUGALDÍA ESPINAR es grande, aunque sobre todo, *de lege ferenda*. *De lege lata*, las distancias entre las consecuencias accesorias y las penas no dejan de ser importantes⁷⁷: además de su ausencia del catálogo del art. 33 CP, no se imponen necesariamente al culpable de un hecho típico y antijurídico, ni su medición se acomoda a la gravedad del delito y a la culpabilidad y afectan (o pueden afectar) intensamente a terceros, por lo que no reúnen el carácter personal propio de las penas tradicionales⁷⁸ en un Derecho Penal moderno.

No son éstos los obstáculos “fundamentales y decisivos” para la mayor parte de la doctrina⁷⁹, sino las barreras dogmáticas y de derecho positivo que, a su juicio, hacen hoy por hoy imposible construir “un supuesto de hecho específico de naturaleza penal” imputable a la persona jurídica. No obstante, cada vez más autores, matizadamente⁸⁰, van destacando la proximidad entre las “consecuencias accesorias” y las penas (en particular, con las penas accesorias)⁸¹, al compartir con éstas su “mismo contenido aflictivo”, lo que justifica su sometimiento a las garantías recogidas en el Título preliminar del Código Penal⁸².

⁷⁷ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., p. 48; J.TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas*, cit., p.219.

⁷⁸ Para C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ni respetan el principio de personalidad ni el de proporcionalidad. *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., pp.232 y s.

⁷⁹ Por todos, L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, cit., p.386.

⁸⁰ L.ARROYO ZAPATERO, *Derecho Penal Económico*, cit., p.14; F.MUÑOZ CONDE, *Cuestiones dogmáticas básicas...*, cit., p.70, quien reconoce que su calificación como “consecuencias accesorias tiende a evitar cualquier discusión sobre si son auténticas penas o medidas de seguridad” (p.70).

⁸¹ J.TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias*, cit., p.219.

⁸² J.TERRADILLOS BASOCO, *ibidem*, p.219.

c) Nueva categoría penal de respuesta al delito

En realidad, domina en la doctrina⁸³ la tendencia a considerar a las “consecuencias accesorias” como una nueva categoría en las reacciones al delito⁸⁴, “sanciones *sui generis*”⁸⁵, “formalmente” distintas de las penas, de las medidas de seguridad o de las reparaciones o indemnizaciones. Una categoría “discutible y discutida”⁸⁶, pero de “naturaleza penal”⁸⁷: se trata (como las penas y las medidas) de privaciones o restricciones (de cierta importancia) de bienes jurídicos, previstas por la ley penal, impuestas por el juez penal como consecuencia de la existencia de un hecho delictivo y con objeto de prevenir la continuidad delictiva y sus efectos⁸⁸, de aquí que deban someterse a todas las garantías del Derecho Penal⁸⁹.

Característica común a todas las consecuencias accesorias del Título VI del Libro I serían, desde esta óptica, su apoyo en un “supuesto de hecho al que le son ajenas tanto la culpabilidad como la peligrosidad del sujeto individual”⁹⁰, así como su capacidad de afectación directa a terceros penalmente no responsables, lo que impide su consideración como penas⁹¹. No obstante, se reconoce la difícil fundamentación unitaria de todas ellas⁹², cuya naturaleza, así como los fines que se persiguen, resultan bien distintos⁹³. Mayor unidad cabe hallar en el seno de las “consecuencias” del art. 129, particularmente en lo que concierne a su fin preventivo, expresamente establecido por el art. 129,3, lo que las aproxima a las medidas de seguridad. Precisamente por ello, a la vista de la escasa regulación que les dedica el Código y a pesar de su naturaleza de nueva categoría sancionatoria, se propugna la aplicación “ana-

⁸³ F.DE LA FUENTE HONRUBIA, “Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 42, septiembre-diciembre 1997, p.26; M.GARCIA ARÁN, *Derecho Penal, cit.*, p.665; A.JORGE BARREIRO, *El sistema... , cit.*, p.118; D.M.LUZÓN PEÑA, *Curso... , cit.*, pp.57 y s; B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias, cit.*, p.49.

⁸⁴ “Tercera modalidad de reacción frente a las actividades criminales” (G.LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas, cit.*, p.124), “cuarta vía” (B.MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias”, *cit.*, p. 49).

⁸⁵ A.JORGE BARREIRO, *El sistema, cit.*, p.118. *Medidas sui generis*, para M.GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones, cit.*, p.327.

⁸⁶ G.LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas, cit.*, p.123.

⁸⁷ D.M.LUZÓN PEÑA, *Curso, cit.*, pp.57 y s; C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico, Parte General, cit.*, p.232 .

⁸⁸ D.M.LUZÓN PEÑA, *Curso, cit.*, p.58.

⁸⁹ En contra, expresamente, por considerar que su régimen jurídico sería entonces “inadecuado” y “disfuncional”. L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*, p. 387.

⁹⁰ A.JORGE BARREIRO, “El sistema...”, *cit.*, p.188.

⁹¹ D.M.LUZÓN PEÑA, *Curso... , cit.*, p.57.

⁹² PRATS CANUT (en *Comentarios, cit.*, pp.624 ss) considera a las consecuencias del art. 129 una modalidad de comiso. También SILVA SÁNCHEZ (“Responsabilidad penal”, *cit.*, p.363) encuentra cierta aproximación entre ellas. En contra, G.GUINARTE CABADA, en *Comentarios, cit.*, p.666.

⁹³ L.GRACIA MARTÍN, *Lecciones, cit.*, p.369.

lógica” de la regulación de aquéllas y, en particular, la observancia del “principio de necesidad preventiva”⁹⁴. Conviene recordar, en cualquier caso cómo, dado que las consecuencias se imponen a la entidad y no al individuo, si éste no es condenado a pena de inhabilitación para el ejercicio profesional siempre podrá “crear o constituir una empresa nueva o una sociedad distintas”⁹⁵.

d) Conclusión:

La regulación de las “consecuencias accesorias” por parte del nuevo Código Penal ha puesto sobre la mesa lo que hace tiempo se sabía⁹⁶: las dificultades suscitadas desde el prisma dogmático por esta categoría, comprensiva de un conjunto de reacciones demasiado poco coincidentes entre sí y no tan divergentes de las demás como para constituir las en “una especie autónoma diversa de las penas, de las medidas y de las reparaciones”. Ciertamente, las reacciones previstas por el art. 129 presentan características que las hacen más próximas de las medidas que de las penas (lo que provisionalmente podría justificar una aplicación analógica de las reglas de éstas)⁹⁷, pero en modo alguno pueden asimilarse completamente. Se encuentran, por tanto, en una “tierra de nadie” –fruto del entrecruzamiento recíproco de penas, medidas y reparaciones–, constituyendo una categoría penal nueva, de contenido escasamente unitario, pero, aparentemente, con pretensiones de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito, conforme a la legislación penal en vigor.

Particularmente problemática se presenta, en todo caso, su pretendida accesoriedad, que para muchos supone su dependencia de una pena⁹⁸ o, alternativamente, de una medida⁹⁹. Esa dependencia no encuentra realmente un sólido apoyo legal¹⁰⁰, por lo que hay que defender su aplicabilidad con independencia del resultado relativo a la responsabilidad criminal¹⁰¹.

Es, no obstante, muy de criticar que la introducción de esta nueva categoría no se haya visto acompañada de la necesaria precisión en cuanto a sus presupuestos de aplicación, criterios de determinación, garantías, etc.; un régimen jurídico cuya clarificación, a la vista de la diversidad de propuestas doctrinales, deberá llevarse a cabo a través del imprescindible desarrollo jurisprudencial.

⁹⁴ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., pp.49 y 53.

⁹⁵ B.MAPELLI CAFFARENA, *ibidem*, p.53.

⁹⁶ Por todos, A.BERISTAIN, *Medidas penales*, cit., p.60.

⁹⁷ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., 53.

⁹⁸ D.LÓPEZ GARRIDO/M.GARCIA ARÁN, *El Código Penal*, cit., p.83; J.L.MANZANARES/J.CREMADES, *Comentarios*, cit., p.57; J.M.SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal”, cit., p.363.

⁹⁹ G.GUINARTE CABADA, en *Comentarios*, cit., p.666.

¹⁰⁰ J.L.MANZANARES/J.CREMADES, *Comentarios*, cit., p.57.

¹⁰¹ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., p.53.

5. Persona jurídica y responsabilidad penal: el actual debate doctrinal. Perspectivas

La línea seguida por el legislador español de 1995 no deja de suscitar las críticas de la mayor parte de la doctrina. Considerada desde ciertas posiciones ejemplo de la aceptación por el legislador “de la prioridad de las finalidades pragmáticas” en una solución de “inocuidad radical”, y cuestionándose su legitimidad desde los principios elementales del Derecho Penal y sus potencialidades preventivas¹⁰², desde otras perspectivas, y al margen del sentimiento de “desconcierto y estupefacción”¹⁰³ que provoca la regulación del art. 129, se califica al Código Penal de “sumamente atrasado”¹⁰⁴ en este punto y se censura su opción de “tirar la toalla”¹⁰⁵ y de preferir “las medias tintas”¹⁰⁶. Particular rechazo merece desde esta óptica el riesgo que conlleva la nueva regulación de que en la imposición de las “consecuencias accesorias” se prescindiera del cuadro de garantías del Derecho Penal cuando, en realidad, dejando al margen la no previsión de la multa (aplicable a las personas jurídicas a través del Derecho Administrativo sancionador), las recogidas por el art. 129 del Código en muy poco se distinguen de las penas que en Derecho Comparado (así, p.e., art. 131-37 y 39 del nuevo Código penal francés de 1994)¹⁰⁷ se reservan para corporaciones y asociaciones¹⁰⁸.

Junto a ello, la realidad cotidiana pone de manifiesto cómo las diversas ramas del Derecho tratan a la persona jurídica como plena “unidad con sentido jurídico” y esto contrasta altamente con las dificultades que se oponen a su admisión como “sujeto/objeto de una relación de imposición sancionatoria”¹⁰⁹. De otra parte, en el tráfico jurídico económico es alta la

¹⁰² Por todos, J.M.SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal*, cit., p.367.

¹⁰³ J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, “Las penas previstas”, cit., p. 327.

¹⁰⁴ K.TIEDEMANN, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof.Klaus Tiedemann*, Castelló de la Plana, p.25.

¹⁰⁵ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., p.43.

¹⁰⁶ L.ARROYO ZAPATERO, *Derecho Penal Económico*, cit., p.14.

¹⁰⁷ G.STEFANI, G.LEVASSEUR, B.BOULOC, *Droit pénal general*, 15 ed., Paris, 1995, pp. 402 ss.

¹⁰⁸ Ver también para un repaso del Derecho comparado europeo, J.R.CALERO GARCÍA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, 1, 1998, pp.53 ss; E.RUIZ VADILLO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1991, pp. 333 ss. y S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 1998, pp. 311 y ss. Recientemente, junto al nuevo Código Penal francés, han reformado su legislación para dar cabida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas Dinamarca, en 1996 (S.BACIGALUPO, “La crisis”, cit., p.18) y Bélgica en 1999 (H.D.BOSLY, Th.BOSLY, “La responsabilité pénale des personnes morales et le nouveau droit pénal des sociétés”, en *Le nouveau code des sociétés*, Bruxelles, 1999, pp. 321 ss.).

¹⁰⁹ J.DE FARIA COSTA, “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)”, en J.M.Silva Sánchez, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro homenaje a Roxin*, Barcelona, 1995, p.431.

variedad de atentados contra bienes jurídicos fundamentales que derivan de comportamientos amparados en “formas colectivas”¹¹⁰ y frente a los que el Derecho Penal tradicional acaba manifestando su incapacidad de reacción efectiva (y no sólo por las dificultades de imputación del hecho a sujetos individuales)¹¹¹. Remitir todos estos supuestos a la vía civil o a la sancionatoria administrativa¹¹² –que, por otra parte, habría de respetar los mismos principios y garantías de todo el derecho sancionador¹¹³, por lo que podría verse sometida a un cuestionamiento similar¹¹⁴– parece absolutamente insatisfactorio, atendida la entidad de las agresiones, en ocasiones estrechamente ligadas con la criminalidad organizada¹¹⁵, y la importancia de los bienes jurídicos afectados.

En un permanente esfuerzo por encontrar solución a este “nuevo callejón sin salida”¹¹⁶ al que se enfrenta la dogmática penal y, en particular, la “filosofía del sujeto individual (autoconsciente)”¹¹⁷ en que tradicionalmente se viene sustentando, a las posiciones minoritarias defensoras en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se van sumando, cada vez más, y con razón, opiniones caracterizadas “por adoptar dos principios aparentemente contrapuestos”¹¹⁸: partiendo de la insuficiencia del elenco del art. 129¹¹⁹ y reconociendo inicialmente la vigencia *de lege lata* del principio *societas delinquere non potest*, se destaca cómo la realidad criminológica pone de manifiesto la necesidad de instrumentar intervenciones penales efectivas también en relación con las propias personas jurídicas¹²⁰. Es más, frente a quienes entienden que esas reacciones no pueden tener el carácter de penas, hasta se demanda explícitamente un “cambio de perspectiva”¹²¹ y la aplicación de “penas criminales” a las personas jurídicas¹²², no sólo como única vía eficaz para resolver los problemas dogmáticos que suscita en la práctica el “transpersonalismo”¹²³ y a

¹¹⁰ C.SUÁREZ GONZÁLEZ, *La responsabilidad penal*, cit., p. 847.

¹¹¹ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, cit., p.232; B.SCHÜNEMANN, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp.579 y s.

¹¹² M. BAJO FERNÁNDEZ, “De nuevo”, cit., p.271. También, del mismo autor, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español”, en S.Mir Puig/D.M.Luzón Peña (eds.), *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, 1996.

¹¹³ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, cit., pp.241 ss; M.PÉREZ MANZANO, *La responsabilidad penal*, cit., p.17 (n.10). También, M.BAJO FERNÁNDEZ, *Hacia*, cit., p.5095.

¹¹⁴ L.GRACIA MARTÍN, *La cuestión*, cit., pp. 589 ss.

¹¹⁵ L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad*, cit., pp.202 y s.

¹¹⁶ M.BAJO FERNÁNDEZ, *Hacia*, cit., p.5089.

¹¹⁷ S.BACIGALUPO, *La crisis*, cit., p.30.

¹¹⁸ J.M.SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal*, cit., p.358.

¹¹⁹ B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., p.48.

¹²⁰ Por todos, F.MUÑOZ CONDE, *Cuestiones dogmáticas básicas*, cit., p. 70; C.SUÁREZ GONZÁLEZ, *La responsabilidad penal*, cit., pp.843 ss.

¹²¹ L.ARROYO ZAPATERO, *Derecho Penal Económico*, cit., p.14.

¹²² C.SUÁREZ GONZÁLEZ, *La responsabilidad penal*, cit., p.855.

¹²³ L.RODRÍGUEZ RAMOS, *¡Societas...!*, cit., p.3.

fin de evitar múltiples supuestos de “impunidad” (p.e. en el marco de los delitos económicos, ecológicos, de corrupción de funcionarios...)¹²⁴, sino porque la aplicación de la fórmula del “actuar en nombre de otro” (art.31) muchas veces no sirve para hacer frente a supuestos de alta parcialización y fragmentación del “iter formativo de la voluntad” y de la decisión¹²⁵ y difícilmente puede considerarse político-criminalmente satisfactoria al no llegar a alcanzar al verdadero “centro decisional”¹²⁶, ni aprehender la verdadera realidad, pues “*quien ha actuado en sentido social y económico es la persona jurídica*”¹²⁷. Incluso, desde una perspectiva garantista se afirma: si las personas jurídicas van a ser sometidas a una intervención penal de la clase que sea, debería reconocerse hasta su “derecho a ser castigadas penalmente”¹²⁸ como las personas físicas, a través de un proceso penal homologado, con plenas garantías y posibilidades de defensa¹²⁹ y sobre la base de “principios de imputación similares”¹³⁰.

Conocidos son los problemas tradicionales a los que se enfrenta la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹³¹. Construidas sobre el modelo de conducta individual de la persona física¹³², las categorías de acción, culpabilidad y pena se acomodan mal, en su entendimiento dogmático más extendido, a las características de aquéllas, consideradas, desde esta perspectiva¹³³, incapaces de acción (falta la voluntad en sentido psicológico) y, en consecuencia, incapaces de culpabilidad. En cuanto a las penas –que, como las medidas de seguridad contempladas por el Derecho Penal, presuponen la comisión personal de un hecho típico y antijurídico– se reafirma su imposible conciliación con las exigencias del principio de personalidad e individualización y, en las medidas, con la peligrosidad criminal.

La moderna dogmática jurídico-penal cuenta ya con propuestas que, rechazando las objeciones tradicionales a la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, tratan de superar las dificultades que plantean las categorías tradicionales del concepto de delito¹³⁴. Así, merece destacarse en la doctrina

¹²⁴ F.MUÑOZ CONDE, *Cuestiones dogmáticas básicas*, cit., p.72.

¹²⁵ L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad*, cit., p.209.

¹²⁶ J.TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la Empresa*, Madrid, 1995, p.44.

¹²⁷ M.GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones*, cit., p.327.

¹²⁸ L.ARROYO ZAPATERO, *Derecho Penal Económico*, cit., p.14.

¹²⁹ L.RODRÍGUEZ RAMOS, *¿Societas...!*, cit., pp.1 ss.

¹³⁰ L.ARROYO ZAPATERO, *Derecho Penal Económico*, cit., p.14.

¹³¹ Por todos, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad*, cit., pp.39 ss. y 148 ss.

¹³² M.BARBERO SANTOS, “¿Responsabilidad penal de la empresa?”, en L.Arroyo Zapatero, K.Tiedemann, *Estudios de derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p.41; A.JORGE BARREIRO, “El sistema”, cit., n.121, p.129.

¹³³ M.BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico*, cit., pp.111 ss; M.BARBERO SANTOS, “Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley orgánica de Código Penal”, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp.106 ss; L.GRACIA MARTÍN, *La cuestión*, cit., pp. 586 ss; C.ROMEO CASA-BONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Barcelona, 1986, p.71.

¹³⁴ Por todos, K.TIEDEMANN, “Die ‘Bebussung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *NJW*, 19, 1988, pp.1169 ss. Ver también H.ACHENBACH, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán”, en J.M.Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Roxin*, Barcelona,

hispana la posición de BUSTOS RAMIREZ¹³⁵ que afirma la posibilidad de inclusión del comportamiento de la persona jurídica en la “acción delictiva” como base para la “aplicación de penas de acuerdo con su naturaleza” cuando ésta ha “coactuado” con la persona física, esto es, “le ha servido de apoyo indispensable e insustituible a través de su organización”.

También ha alcanzado una importante repercusión en nuestra doctrina la solución de TIEDEMANN¹³⁶. Defiende TIEDEMANN la capacidad de acción penal de las personas jurídicas y construye para las mismas un concepto social o jurídico de culpabilidad basado en el “defecto de organización”¹³⁷, esto es, en la omisión por parte de la persona jurídica (o mejor, de sus órganos o representantes)¹³⁸ de aquellas precauciones o medidas institucionales de control necesarias para garantizar el no deslizamiento hacia el delito en las actividades correspondientes a su giro o tráfico habitual o estatutario. Relevante, por tanto, desde el prisma penal sería la existencia de un hecho delictivo a través de la persona jurídica o en el marco habitual de su actuación, junto a la infracción (por parte de la misma) de sus deberes propios de organización.

Dejando al margen otras posiciones que configuran las categorías de acción y culpabilidad¹³⁹ de forma que permitan afirmar su compatibilidad con una acción o culpabilidad propias de las personas jurídicas, entre las surgidas

1995, pp. 381 ss; M.BRENDER, *Die Neueregung der Verbandstätter im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989; G.HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden Baden, 1995; H.J.SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte*, Giessen, 1993; K.VOLK, “Zur Bestrafung von Unternehmen”, *Juristen Zeitung*, 1993.

¹³⁵ “Perspectiva actuales del Derecho Penal Económico”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof.Dr.D.Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p.121.

¹³⁶ *Die Bebussung*, cit., pp. 1169 ss; *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, pp. 233 s; y “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en J.L.Gómez-Colomer, J.L. González-Cussac (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof.Klaus Tiedemann)*, Castelló de la Plana, 1997, pp.36 ss. La posición de TIEDEMANN ha sido especialmente objeto de difusión en España por J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, “Una vez más”, cit., p.727; y, del mismo autor, *Capacidad*, cit., pp.623 y s. Ver también, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, cit., pp.169 ss., y (para la doctrina de Jakobs) pp. 151 ss. y 199 ss; C.SUÁREZ MONTES, *La responsabilidad penal*, cit., pp.852 ss.

¹³⁷ Críticamente, L.GRACIA MARTÍN, *La cuestión*, cit., pp.602 ss.

¹³⁸ De aquí que las posiciones contrarias afirmen que se hace responsable a la persona jurídica por la culpabilidad de terceros. A.JORGE BARREIRO, *El sistema*, cit., p p.129; B.SCHÜNEMANN, *La punibilidad*, cit., pp.587 y ss.

¹³⁹ G.JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. J.Cuello Contreras y J.L.Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp.182 ss.(6/43-45); H.J.HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personen verbände*, Opladen, 1993; y “Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen”, *ZStW*, 107, 1995, pp. 285 ss; E.J.LAMPE, “Systemunrecht und Unrechtsysteme”, *ZStW*, 106, 1994, pp. 683 ss. Ver asimismo la posición de B.SCHÜNEMANN, (*Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1979), en cierto modo completada y matizada en *La punibilidad*, cit., pp. 565 ss.

más recientemente conviene prestar una particular atención a la propuesta de HEINE¹⁴⁰. Parte este autor de la necesidad de establecer unos presupuestos específicos de imputación para la exigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dadas las graves dificultades a que se enfrentan los intentos de acomodación a sus características de los parámetros que rigen la responsabilidad penal de las personas físicas. Fundamento de la autoría de la persona jurídica debe ser, a su juicio, frente al dominio del hecho, el “dominio de organización sistémico-funcional”¹⁴¹, entendiendo la culpabilidad como una “culpabilidad por la dirección de la empresa” (*Betriebsführungsschuld*)¹⁴². Desde su perspectiva, la imputación de hechos punibles a la persona jurídica ha de ser excepcional y limitada a determinados casos de perturbación relevante en la actividad de la empresa (*betrieblicher Störfall*), traducción de un incremento del riesgo típico de la actividad, derivado de una gestión defectuosa de la actividad peligrosa (*fehlerhaftes Risikomanagement*). Esta, *de lege ferenda*, debería identificarse como la infracción por parte de la persona jurídica de obligaciones esenciales:

- de aseguramiento –mediante medidas organizativas y estructurales– de las fuentes de peligro,
- de mantenimiento del nivel de seguridad, exigible incluso en supuestos de delegación de competencias, o
- de supervisión y control de los riesgos¹⁴³.

Puesto que la responsabilidad penal de las empresas ha de ser excepcional, no todos los supuestos posibles de perturbación empresarial darán lugar a la sanción penal, sino sólo los previstos de una manera específica. A juicio de HEINE¹⁴⁴, homicidios o lesiones graves para todo un sector de la población, resultados de peligro común o general (incendios, explosiones, graves daños materiales en edificaciones) o graves atentados para el medio ambiente irreversibles o cuya reparación se presente como muy costosa o sólo a largo plazo.

En cuanto al Derecho español, y junto a las aportaciones de ZUGALDÍA ESPINAR ya comentadas, S.BACIGALUPO ha realizado una interesante propuesta *de lege ferenda* de exigencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas en España, con plena afirmación de su posible culpabilidad

¹⁴⁰ G.HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit; y “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen”, *Juristen Zeitung*, 6, 1996, pp. 211 ss. Ver también, al respecto, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, cit., pp. 179 ss.

¹⁴¹ G.HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., p. 311.

¹⁴² G.HEINE, *ibidem*, p.313.

¹⁴³ G.HEINE, *ibidem*, p.316.

¹⁴⁴ *ibidem*, p.316.

con base en el criterio de su necesidad para el restablecimiento de la vigencia de la norma¹⁴⁵. Especialmente atractivo es el desarrollo de los criterios de imputación de los hechos individuales a la persona jurídica, que realiza esta autora tras examinar la cuestión de quiénes han de ser los “destinatarios de la ley penal en este ámbito”¹⁴⁶. Evidentemente, criterio elemental es, en primer término, la ostentación de una “representación válida” de la entidad¹⁴⁷. Ahora bien, resulta insuficiente limitar los supuestos de imputación a la actuación de los representantes (incluso dando cabida a los casos de no impedimento de la comisión de los hechos por empleados..., o a la imputación con base en la teoría del incremento del riesgo). Por ello, propone la ampliación del círculo de personas cuyos actos pueden ser imputados a la persona jurídica identificándolo con todos aquellos que estén “a cargo de una unidad operativa de la empresa”, personas que cuentan verdaderamente en la práctica con “capacidad de representación y decisión dentro del proceso de división de trabajo de la persona jurídica”¹⁴⁸. La pertenencia al círculo indicado¹⁴⁹ debe ir, además, acompañada, de un “hecho de conexión”, esto es, de una acción antijurídica que suponga bien vulneración de obligaciones o deberes propios del giro o tráfico de la persona jurídica (o que consistan en obligaciones de la generalidad, pero que encuentran concreción en el marco de actividades de la empresa), bien un enriquecimiento real o potencial de ésta derivado causalmente de la acción antijurídica (y en interés de la persona jurídica)¹⁵⁰.

6. Posición personal

Afirmada la plena capacidad de las personas jurídicas para ser sujetos de derechos y obligaciones, e incluso para incurrir en sanciones administrativas por sus comportamientos ilícitos¹⁵¹, parece lógico instrumentar vías directas (no accesorias o subsidiarias)¹⁵² que permitan acabar imponiéndoles sanciones penales –“adecuada(s) a su carácter”¹⁵³ y que, en lo posible, eviten la desviación

¹⁴⁵ *La responsabilidad penal, cit.*, pp.368 ss. y pp.398 y s.

¹⁴⁶ Asociaciones, fundaciones, personas jurídicas de Derecho mercantil, personas de Derecho público encargadas de la prestación de servicios a la comunidad o cuyas actividades, no constituyendo ejercicio de potestades públicas, sean similares a las de las personas jurídicas de Derecho Privado (p.374), sociedades en fase de constitución e irregulares, supuestos de transformación de sociedades. S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, pp.368 ss.

¹⁴⁷ S.BACIGALUPO, *ibidem*, p.381 y pp. 381 ss.

¹⁴⁸ S.BACIGALUPO, *ibidem*, p.389.

¹⁴⁹ Que, a juicio de ZUGALDÍA ESPINAR, no debe incluir a los sujetos “impuestos” a la persona jurídica. “Las penas previstas”, *cit.*, p.342.

¹⁵⁰ S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal, cit.*, pp. 390 ss.

¹⁵¹ Con todo, L.GRACIA MARTÍN, *La cuestión, cit.*, pp.589 ss.

¹⁵² M.GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones, cit.*, p.329.

¹⁵³ F.MUÑOZ CONDE, *Cuestiones dogmáticas básicas..., cit.*, p.72.

directa de sus efectos hacia terceros¹⁵⁴—, única manera de agotar el doble alcance del injusto cometido¹⁵⁵ cuando su existencia o intervención haya contribuido de manera relevante a la realización de determinados hechos delictivos.

Varios son, como se ha visto, los modelos propuestos¹⁵⁶. Por mi parte, entiendo que, constatada una infracción penal, la cuestión que se suscita, en primer lugar, es cómo valorar la importancia de la contribución de la organización y, en segundo término, determinar la base o el fundamento sobre el cual se impondrá la correspondiente sanción penal. La doctrina del defecto de organización se presenta como un instrumento particularmente destacado de cara a la primera de las cuestiones¹⁵⁷. Probada, en su caso, la conexión funcional¹⁵⁸ entre el hecho y la persona jurídica, y con independencia de que la infracción resulte de una intervención individual separada o de la toma en consideración del conjunto de lo realizado (principio de agregación)¹⁵⁹, el defecto de organización —como manifestación, cuanto menos, de la inobservancia del cuidado externo objetivamente exigible— puede servir de base para la imputación típica de los hechos a la persona jurídica, especialmente si del mismo se derivó un incremento del riesgo inherente a la actividad y siempre que concurra un nexo claro entre el citado defecto de organización y la producción del resultado típico: en definitiva, que la ausencia del defecto de organización en modo alguno hubiera excluido la producción del mismo. Ciertamente cabe oponer a esto que la imputación típica es imposible, pues la persona jurídica carece de capacidad para realizar personalmente la acción, por lo que no puede cometer delitos por sí misma, ni actuar sin recurrir a personas físicas¹⁶⁰. Ahora bien, estas objeciones lo que hacen es volver al punto de partida, de negación radical y desde un comienzo de toda posibilidad, impidiendo en Derecho Penal lo que ya es posible en el resto de ramas del Derecho, la afirmación de la responsabilidad de las personas jurídicas. Frente a ello comparto la opinión¹⁶¹ de que cabe hallar ya en el actual Derecho

¹⁵⁴ Trabajadores de la empresa, los accionistas, acreedores, gestores de buena fe... B.MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias*, cit., p.47.

¹⁵⁵ L.ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad*, cit., p.231.

¹⁵⁶ Incluso de *lege lata*. Así, para la aplicación de las consecuencias (que él considera penas) del art. 129, J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, *Las penas previstas*, cit., pp. 340 ss.

¹⁵⁷ En realidad, como recuerdan, con razón, L.GRACIA MARTÍN (*La cuestión*, cit., pp.601 y 605 y s.) y M.PÉREZ MANZANO (*La responsabilidad penal*, cit., p.21) no es una tesis fundamentadora de la culpabilidad, sino más bien de construcción del supuesto de hecho imputable a la persona jurídica.

¹⁵⁸ A cuyo efecto resultan de especial interés los criterios propuestos por S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, cit., pp.379 ss., en especial pp.390 ss. Sobre los tres modelos existentes en Derecho Comparado, K.TIEDEMANN, *Responsabilidad penal*, cit., pp.44 y s.

¹⁵⁹ J.A.E.VERVAELE, *La responsabilidad penal*, cit., p. 167.

¹⁶⁰ L.GRACIA MARTÍN, *La cuestión*, cit., pp.588 y s. y 605; M.PÉREZ MANZANO, *La responsabilidad penal*, cit., p.23.

¹⁶¹ Con K.TIEDEMANN, *Die 'Beubung'*, cit., pp.1171 ss; y *Responsabilidad penal*, cit., pp. 37 ss.

Penal supuestos (evidentemente no idénticos)¹⁶² en los que se produce una imputación penal a sujetos que actúan meramente de acuerdo con otros o en situaciones de incapacidad de acción o de culpabilidad.

La intervención penal sobre las personas físicas no se satisface meramente con la imputación típica (objetiva y subjetiva); requiere, además de la antijuridicidad, bien la imputación individual, que sirva de base para el juicio de culpabilidad, bien la peligrosidad criminal. En el caso de las personas jurídicas, resulta ciertamente difícil hablar de imputabilidad en un sentido tradicional; pero el defecto de organización o de funcionamiento (intencional o, al menos, evitable) que contribuye al delito puede merecer en sí mismo un tratamiento punitivo, salvo que se pruebe una situación de inexigibilidad individual (por parte de la persona jurídica). Cabría por tanto admitir hasta la posibilidad de formulación de un reproche¹⁶³ por la no evitación o impedimento de la producción del hecho imputado, sin hallarse la entidad en una situación de inexigibilidad de otra conducta¹⁶⁴, aplicación a las personas jurídicas de la categoría culpabilidad, aunque como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre “de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas”¹⁶⁵. Esto, unido a la peligrosidad delictiva corporativa, de la que nos habla la Criminología¹⁶⁶, permitiría individualizar (y graduar) suficientemente la reacción penal de un modo peculiar para la persona jurídica, pero equiparable a lo que se hace en el Derecho penal tradicional.

Por lo demás, la intervención penal debería alcanzar igualmente una importante faceta preventiva y reparatoria: esto es –en formulación cercana a la del art. 129 del nuevo Código Penal– orientarse no sólo al restablecimiento de la norma y a contrarrestar los efectos de la infracción, sino sobre todo a prevenir la continuidad en la instrumentación o aprovechamiento de la organización para la actividad delictiva, metas que no quedan suficientemente satisfechas con la imposición a las personas físicas responsables de sanciones (también imprescindibles desde el punto de vista preventivo) como la inhabilitación¹⁶⁷. Ampliamente conocidas son en Derecho Comparado las modalidades de

¹⁶² Para PÉREZ MANZANO estos casos no son similares, pues en la persona jurídica la incapacidad de acción y de culpabilidad es “absoluta”. *La responsabilidad penal*, cit., p. 23.

¹⁶³ También, J.DE FARIA COSTA, “La responsabilidad jurídico penal”, cit., p.4 34, siguiendo la ya antigua posición de J.FIGUEIREDO DIAS, “Para una domática do direito penal secundário”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 117, 1984.5, pp. 73 y s.

¹⁶⁴ Ver, sin embargo, B.SCHÜNEMANN, *La punibilidad*, cit., p. 585, para quien la intervención sancionatoria sobre entidades colectivas no puede apoyarse dogmáticamente en la categoría culpabilidad, pero sí “en los principios de estado de necesidad del bien jurídico, de la compensación de una actitud criminógena de la entidad y del principio de iniciativa” (pp.589 ss.).

¹⁶⁵ Fdto.Jur. 2. Con todo, M.BAJO FERNÁNDEZ, *Hacia*, cit., pp.5097 ss; M.GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones*, cit., p. 330.

¹⁶⁶ V.GARRIDO, P.STANGELAND, S.REDONDO, *Principios de Criminología*, Valencia, 1999, p. 616.

¹⁶⁷ Con todo, J.M.SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal*, cit., pp. 363 y 365.

intervención que interesan a tal fin, entre las que se cuenta necesariamente la multa (y la tan importante, aunque con frecuencia insuficiente¹⁶⁸, confiscación de las ganancias)¹⁶⁹. En ellas cabe apreciar un carácter mixto, sancionador, preventivo y reparatorio, aun cuando a veces sea una de estas facetas la que especialmente destaca. Su imposición –directa: al margen de la existencia o no de una persona física responsable¹⁷⁰– habría de enfocarse en el sentido indicado, en el marco de una cierta proporcionalidad con la gravedad de los hechos.

En cualquier caso, debido a su peculiar fundamento y a los rasgos específicos de las personas jurídicas y, dejando al margen las cuestiones terminológicas –que, sin caer en la “hipocresía dogmática”¹⁷¹, aconsejan la no equiparación de las sanciones específicamente aplicables a las personas físicas con las propias de las personas jurídicas con objeto de no enturbiar los presupuestos propios de las penas y medidas¹⁷² (y hasta para facilitar la aceptación de las nuevas sanciones)¹⁷³–, convendría encauzar esta nueva forma de responsabilidad¹⁷⁴, si se quiere “excepcional”¹⁷⁵ y reservada sólo para ciertas figuras¹⁷⁶, no “al margen de los principios e instituciones del Derecho Penal clásico”¹⁷⁷, sino a través de una nueva vía penal¹⁷⁸, paralela a las ya tradicionales, como el Derecho Penal de peligrosidad (medidas) o de menores y jóvenes¹⁷⁹, y sometida a niveles de garantía

¹⁶⁸ K. TIEDEMANN, *Responsabilidad penal*, cit., p.31.

¹⁶⁹ L.GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona, 1986, pp. 100 ss; C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., pp.234 y s; J.M.SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal*, cit., p.366. Sobre la clausura, disolución o suspensión, ver, con todo, S.BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, cit., p.399.

¹⁷⁰ Sería efectivamente de lamentar, como recuerda BAJO FERNÁNDEZ que esto “fuera la coartada para la impunidad de sus poderosos socios”. “Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p.72.

¹⁷¹ L.RODRÍGUEZ RAMOS, *¡Societas...!*, cit., p.2.

¹⁷² F.MUÑOZ CONDE, “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, cit., p.278.

¹⁷³ K. TIEDEMANN, *Responsabilidad penal*, cit., p.42.

¹⁷⁴ No, por tanto, meras medidas preventivas de carácter asegurativo o coercitivo. L.GRACIA MARTÍN, *La cuestión*, cit., pp.607 ss.

¹⁷⁵ L.RODRÍGUEZ RAMOS, *¡Societas...!*, cit., p.4.

¹⁷⁶ Me inclino, por tanto, por una determinación explícita por parte del Código Penal de los hechos delictivos que pueden dar lugar a responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas; hechos que deberían abarcar, ciertamente, los recogidos por G.HEINE en la propuesta que presenta como base para una futura discusión (*Die strafrechtliche Konsequenzen*, cit., p.316), pero también otros especialmente graves incardinados en el ámbito de la criminalidad económica.

¹⁷⁷ Así, M.PÉREZ MANZANO, *La responsabilidad penal*, cit., p.26.

¹⁷⁸ B.SCHÜNEMANN habla recientemente de la necesidad de construir “un moderno Derecho Penal colectivo”. *La punibilidad*, cit., p.600.

¹⁷⁹ M.BAJO FERNÁNDEZ, *Hacia*, cit., pp.5093 y s. Sobre su configuración (en particular, el tratamiento de los menores) como “lugares inversos”, entendiendo que esa misma “racionalidad material de los lugares inversos” es lo que puede legitimar la intervención punitiva sobre la “personas colectivas”. J.DE FARIA COSTA, *La responsabilidad jurídico penal*, cit., pp.436 y s.

equiparables. Es ésta una solución “entre pragmatismo y dogmática jurídica”¹⁸⁰, que probablemente acabe situándose un poco a caballo entre el Derecho Penal y el nuevo Derecho Administrativo, en ese “viaje de aproximación de contenidos” del que nos habla GARCÍA ARÁN¹⁸¹, pero que, sin alterar sustancialmente los presupuestos fundamentales y de funcionamiento del Derecho Penal individual, ha de servir, sin duda, para completar a éste en su tarea de defensa de la sociedad frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales.

Desde esta última perspectiva, el art. 129 del Código Penal, con sus defectos e insuficiencias (o precisamente por la flexibilidad¹⁸² que posibilita su insuficiente regulación actual), en la medida en que consagra un conjunto de sanciones penales que, sin ser penas ni medidas, resultan de aplicación a las personas jurídicas, podría ofrecer cierta oportunidad para la construcción progresiva en España de ese nuevo ámbito de intervención penal frente a los hechos delictivos cometidos por personas jurídicas.

¹⁸⁰ J.A.E. VERVAELE, “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 1, 1998, pp. 153 ss.

¹⁸¹ *Algunas consideraciones*, cit., p.332.

¹⁸² C.MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., p.236.