

# A propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (una nota ecléctico-ácrata)\*

**Autor:** Dr. Francisco Bueno Arús

Profesor Emérito de Derecho Penal Universidad Pontificia Comillas

## Resumen

La primera parte del trabajo constituye una revisión personal del carácter científico del Derecho penal (que se rechaza), de la influencia constante de la Política sobre el Derecho (que se lamenta) y del método jurídico deductivo o inductivo (que se desmitifica, porque en él hay mucho de voluntarismo). Como consecuencia de este planteamiento se sostiene que el sistema es para el hombre y no el hombre para el sistema, y que lo que importa de una solución jurídica para un conflicto social es que sea *razonable* y no sistemática. Aplicando las conclusiones obtenidas al tradicional problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se entiende que la respuesta no ha de proceder en abstracto sino en concreto, y, si resulta alguna ventaja para los fines del Derecho penal, es oportuno declarar legalmente esa responsabilidad, aunque se trate de una ficción, porque el Derecho no es un producto filosófico sino para la vida. El autor piensa que en la actualidad la citada ventaja la proporciona la creencia de que con esa declaración se fortifica la *prevención general* como fin del Derecho penal. En la segunda parte del trabajo, se apuntan los principios que deberían orientar la introducción de esta cuestión en el Código penal español, dis-

---

\* Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación sobre "El proceso de reforma del sistema de determinación de la responsabilidad criminal: Análisis de los fundamentos dogmático-legales y constitucionales y de su eficiencia en la aplicación", que se desarrolla en el Área de Derecho penal de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid y que ha sido financiado por el MEC (Proyecto SEJ004-05603/JURI) dentro del Plan Nacional de I+D para el trienio 2004-2007.

tinguiendo entre la responsabilidad personal del individuo que comete materialmente el delito y la responsabilidad de la persona colectiva que ha proporcionado el marco adecuado para ello. Finalmente, se critica constructivamente el proyecto de ley orgánica de 15 de enero de 2007, por el que se reforma el Código penal español de 1995 para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

*Palabras Clave:* Ciencia del Derecho penal, Culpabilidad, Delincuencia organizada, Ficción jurídica, Método jurídico, Persona jurídica, Política criminal, Razonabilidad, Responsabilidad penal, Sujeto del Derecho.

### **Abstract**

This first part of this paper consists of a personal review of the scientific nature of Criminal Law (which is rejected), of the constant influence of Politics on Law (which is regrettable) and the deductive or inductive legal method (which is demythologised, because much of it constitutes wishful thinking). As a result of these assertions, it is argued that the system is made for man and not man for the system; what matters is that a legal solution for a social conflict be *reasonable*, rather than systematic. Applying these conclusions to the traditional problem of the criminal liability of legal entities, it is understood that the reply should not be abstract, but concrete, and should it prove to be advantageous for the ends pursued by Criminal Law, it is advisable to legally declare this liability, despite its being fictitious, because the Law is not a product for philosophy but for real life. The author believes that currently this advantage is provided by the belief that this statement reinforces *general prevention* as the objective of Criminal Law. In the second part of this paper, the principles that should orient the introduction of this question in the Spanish legal code are indicated, differentiating the legal liability of a physical person who commits a crime and the liability of a legal entity, which has created the necessary setting for it. Finally, constructive criticism is made of the proposed organic law of 15 January 2007, which reforms that Spanish legal code of 1995, introducing the criminal liability of legal entities.

*Key Words:* Criminal Law, Culpability, Organised crime, Legal fiction, Legal method, Legal person, Criminal policy, Reasonableness, Criminal liability, Individual subject of the law.

Recibido: 30.06.2007

Aceptado: 15.07.2007

## I. A modo de introducción

La doctrina penalista pretende que la misión del Derecho penal sea, antes que la defensa de la sociedad o la protección del Estado, la protección de los bienes jurídicos fundamentales de los individuos. Ello motivó en su día el comienzo de una inacabable discusión (todas las discusiones jurídicas son inacabables) sobre el concepto de “bien jurídico”, sobre los bienes y derechos fundamentales y no fundamentales, sobre la procedencia de identificar derechos fundamentales con derechos constitucionales, y, en fin, sobre la conservación por el sector penal del ordenamiento jurídico de su carácter de “primario” o “autónomo” a pesar de que la existencia de los derechos o bienes necesitados de la fuerza del Estado y la gravedad o levedad de los ataques realizados contra los mismos por otros sujetos de Derecho son juicios de valor (y, por lo mismo, relativos) que corresponden preferente o exclusivamente a esos sectores del ordenamiento de los que aquéllos proceden, y de que la postura del Derecho penal ante ellos sea más bien una postura “ancilar” y no independiente.

Por lo demás, la situación que se acaba de perfilar carece de importancia y, si se trae a colación, es únicamente para poner de manifiesto que la condición de “primario” o de “secundario” del Derecho penal, que quita el sueño a más de un penalista, como si las expresiones utilizadas fueran algo más que recursos dialécticos para facilitar la comprensión de lo que se quiere decir y cómo se quiere decir, llegando incluso a atribuir a nuestras normas y preceptos auténticos títulos de nobleza aptos para dignificar ante los ojos de todos el papel de un sector jurídico a quien, antes de que terminemos de aprestar nuestras armas, los juristas “de pata negra”, dueños del Derecho civil o del administrativo, se han apresurado a calificar de “paje” o de “mensaje-ro” (es un decir), a fin de que quede claro desde el principio quién es el que manda en esta familia de las normas jurídicas y que la pretendida igualdad o dignidad de las mismas es tan aleatoria y circunstancial como la vida de los seres humanos, que distribuyen sus jornadas en actividades tan dispares como crear las normas, aplicarlas, sacar rentabilidad de su empleo, hacer juegos malabares con las normas, quitarles el polvo o soñar con un mundo mejor en el que la diferencia entre ser el “primero de la clase” o el “farolillo rojo” sea tan mínima como debe serlo en una sociedad desbordante de libertades fundamentales, democracia, Estado de Derecho, solidaridad y entropía.

Presento mis excusas de antemano si se piensa que mi postura en la cuestión indicada es una postura carente de respeto, pero a lo mejor es exactamente al revés: a lo mejor, lo respetuoso es aceptar la fundamental unidad del ordenamiento jurídico y repetir la eterna imagen del árbol en el que la belleza brota de una visión de conjunto, compatible con el hecho de que las ramas, los frutos, las raíces, la savia, e incluso las piedras amontonadas al pie del tronco desempeñan misiones especializadas que contribuyen a la existencia y el desarrollo del conjunto, sin cuestiones sobre la “limpieza de sangre,” que sólo servirían para volver a las viejas divisiones sin provecho ni utilidad ni para la sociedad ni para su ordenamiento.

A lo mejor se saca más provecho (quiero decir, utilidad) planteando las cosas desde el principio con rabiosa sinceridad, lo cual no quiere decir “llamando a las cosas por su nombre” o “de acuerdo con la naturaleza de las cosas”, porque eso significaría asumir que el Derecho es una ciencia, cuyos elementos gozan de existencia material, sólo pendientes de que las descubra el Edison de turno, como se empeñan en justificar los profesionales de las letras, abrumados por el éxito de los otros profesionales desde los tiempos del positivismo. El Derecho no es una ciencia, aunque a veces requiera el auxilio de las ciencias para precisar los hechos antecedentes de una decisión jurídica (ejemplos: antigüedad de un producto reclamado por varios socios, capacidad mental de un adolescente procesado por delito). El Derecho no es una ciencia, porque no le corresponde investigar las esencias de las cosas reales mediante la observación y la experimentación, sino emitir y apreciar juicios de valor que recaen sobre las instituciones sociales más conflictivas, valorar a su vez los mismos juicios de valor y proponer o sugerir una solución razonable que corresponde a otros adoptar o rechazar imperativamente<sup>1</sup>.

El Derecho no es una ciencia, pero nada importa que no lo sea. Debe respetar el principio de “la naturaleza de las cosas”, pero cuando se trata de la dependencia de una regla jurídica de otra que es científica, no con aplicación a la regla jurídica en sí misma porque en sí misma no hay naturaleza de otra naturaleza, sino juicio de valor. El Derecho es un instrumento para la convivencia, su manejo es técnico, no tiene la grandeza de los sistemas filosóficos ni de las obras de arte, plásticas o literarias, que se justifican por sí mismos. Las instituciones jurídicas no se justifican a sí mismas, pero pueden evitar la ruina del mundo. El jurista se parece, más que a otros oficios, al “hombre para todo” al que los vecinos recurren en situaciones extremas para que haga lo mejor que se le ocurra (que le discutirán posteriormente); al consejero aúlico, a quien entre líneas se le exige un consejo que reproduzca fielmente la decisión ya adoptada previamente por el consultante; se parece también al fontanero experto que sabe sacar multitud de posibilidades de su destornillador (usándolo con imaginación, un mismo instrumento funciona como destornillador, como atornillador, como punzón, como martillo, como percha, como arma... el quid está en la imaginación); y, “last, but not least”, también se parece al flautista de Hamelin, aunque privado de su renombre universal.

## II. Derecho y política

El Derecho (arte de lo justo) y la Política (arte de lo prudente) están condenados a vivir, convivir o malvivir juntos. En el mejor de los casos, son algo así como un matrimonio y una unión contra natura a la vez, como el que dice: un matrimonio de

---

<sup>1</sup> Véase: Faustino Gudín Rodríguez-Magariños: *Ciencia y Derecho: sobre la influencia del pensamiento científico en el mundo jurídico*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 2038, 1 junio 2007, pp. 5 ss.

homosexuales. Los juristas, emocionados con la idea escolástica de que su trabajo es la realización de la justicia, se olvidan magnánimos de que quien se lleva el gato al agua en cada operación importante es el otro cónyuge, y sin sacrificar nada, porque, aunque la Política se defina escolásticamente como la realización de la prudencia, los políticos tienen de prudentes lo que los electores tenemos de marcianos y saben hacer ver a quien les importa que la realización del bien común coincide con el del partido en cada momento histórico, y aun con el personal del propio político si se ahonda un poco en la interpretación. (Labor para la que pueden ser precisamente muy útiles los letrados consejeros áulicos del partido en cuestión).

Y, en el peor de los casos, la Política manda y el Derecho obedece, y sólo excepcionalmente con derecho a criticar o matizar las órdenes que recibe. Más frecuentemente, sólo con derecho a cacahuets si ha dado bien los brincos que se le solicitaban (exigían). En otras áreas del conocimiento o de la actividad humana, se reciben órdenes o instrucciones de los pares. El jurista no tiene siquiera esa atenuante de su condena. Algunas veces la Política disfraza a sus hombres de juristas y asume directamente la tarea de legislar o de ejecutar (en todos los sentidos de la palabra) lo legislado. Afortunadamente, todavía no ha podido asumir la función de juzgar y solucionar conflictos jurídicos, aunque lo intenta con la misma seriedad con que lo desmiente. Unidos ya como hermanos siameses el Ejecutivo y el Legislativo en manos del partido político mayoritario, la caída del Judicial significaría lisa y llanamente la desaparición del Estado de Derecho. Aunque por pudor o por falta de pudor se acuñaría cualquier otra expresión rimbombante, como “Estado de Justicia”, “Estado de Orden”, “Estado Populista”, o cualquiera otra. Y la Política, más suicida que otra cosa, aplaudiría tal vez frenéticamente, o invadiría la Cibele o la Puerta del Sol, o respondería con una revolución “democrática”. Ejemplos concretos no faltan en nuestro tiempo. Y cercanos.

Los partidos se unen, se separan, dividen a los españoles, se reparten España, tergiversan la clara voluntad de los electores, cometen todas las infracciones del mundo y replican llamando catastrofista e insolidario a quien les acusa, y utilizan como arma preciosa para convencer, la mentira. Son expertos en ese método y capaces de obedecer a la vez a Carl Schmitt, identificando al rival electoral como el enemigo vital del pueblo, y a Lenin, cuando éste afirmaba muy serio, queriendo eclipsar a Maquiavelo, que está justificado mentir cuando se hace en interés del Partido (Comunista)<sup>2</sup>. Expertos sin rival en el arte de echar cortinas de humo o hacerse dueños de los Cerros de Ubeda, los políticos son capaces de sacrificar el mismo becerro, a la vez, en el altar dedicado a la ideología nazi y el consagrado a la ideología de los bolcheviques. Los extremos se tocan. ¡Llor a los eclécticos!

---

<sup>2</sup> Ya la misma nomenclatura que se utiliza es sospechosa. El bien común se deja en manos de los “partidos” cuando por su importancia tendría que estar en manos de los “enteros”. Tenía razón Unamuno cuando, habiéndole preguntado cuál era su partido, respondió airado: “Yo no me parto”.

Pero la Política no es sólo inspiración (*¿prudente?*) de la acción de gobierno. Lo es todo. Es la acción de gobierno en sí, es el monopolio de la acción de gobierno; es la preparación, la acción, la jubilación y el disfrute de los resultados de la acción de gobierno, todo a mayor honra del que sabe nadar y guardar la ropa. O, con otras palabras, es el arte de gobernar autoritariamente con métodos democráticos, ya que lo contrario sería demasiado pedir. Es la valoración espiritual de una empresa que consume toda la vida, la planificación y la improvisación en uno, la inquisición práctica y el reparto de títulos de nobleza políticos “ad maiorem partiti gloriam”. Ser y no ser en una pieza, Hamlet de los Parlamentos, la primitiva imagen del político del brazo con el liberalismo, el constitucionalismo, la división de poderes (a extinguir) y el principio de legalidad (made in Europa and USA, 18...), sigue siendo rentable.

Hablamos de Política y de políticas (con minúscula), haciendo aplicación concreta a un sector de la vida humana de la Acción de Gobierno (con mayusculísimas) nacida de tan esperanzadores orígenes, nacida más bien como la serpiente del árbol del bien y del mal para desesperación de los hombres de buena y a veces bonísima voluntad, de quienes, cuando se habla de política jurídica, entienden el arte de legislar lo mejor posible y no el de legislar “ad pompam vel ostentationem” o para arrebañar votos como sea, con escándalo o sin él; que, cuando se habla de política criminal, entienden la política aplicada a la lucha contra la delincuencia y no un modo de hacer política en general, que aparece desgraciadamente cada vez más extendido, lo mismo en relación con la política interna que con la de la Unión Europea, pongo por ejemplo. Los hombres a los que me refiero son los que salvan todavía la vida del Derecho ante los ojos congestionados y desamparados de la Política, que seguirá sin sorpresa, eterna salteadora de caminos, esperando su segunda oportunidad (la política siempre espera su segunda oportunidad; no sabe contar mas allá...).

En esa segunda o segundísima oportunidad a la política le crecerán brazos y piernas y, robustecida con el síndrome de pulpo nocturno y eruditísimo, volverá al centro de sus mares, disimulando sus armas, esperando especialmente ahogar la libertad, la libertad de expresión víctima siempre de la ley del embudo, ahogar la libertad en nombre de la otra libertad encubierta también bajo la forma de pulpo, la libertad imaginada y vulnerable, esperando siempre, siempre esperando, en nombre de la esperanza, en nombre de las cadenas para encadenar el mar, siempre el mar, siempre en nombre de la libertad, cubriendo con una sonrisa “el pañuelo del que nacieron los adioses...”

En estas condiciones, me parece por lo menos improbable que, ante una necesidad legislativa concreta, los poderes públicos se dejen orientar por las exigencias propias del principio de legalidad y del Estado de Derecho. Más lógico será que acudan al principio de oportunidad, que, según se le mire, coincide exactamente con su contrario: el principio de inoportunidad. Además, el principio de oportunidad será de oportunidad no reglada, no relacionada con el interés de la norma, relacionada quizá por azar con otro interés social legítimo, o con un interés personal (“hay leyes con nombres y

apellidos”), que todavía será más difícil de justificar si es que alguien lo pretende. Por intuición y por experiencia, se puede esperar que los casos justificados pertenezcan más al reino del azar que al de lo previsible. Más abajo volveremos sobre este tema.

### III. Dos aspectos del método jurídico

La pasión por el método dividió a los juristas en los años ilusionados en los que se luchaba, a principios del siglo XX, por buscar la prestigiosa consolidación de la condición de “ciencia” para el conocimiento jurídico, percibido como “conocimiento jurídico y complementario básico” de las lecciones que componían en el proyecto, como componen ahora, tal vez, la política material criminal de aceleración del cambio por el carácter progresista de la sociedad, que ha recibido su primer pink honorario de juristas extranjeros, y que intentan sacarle a la vida las consecuencias sociales y musicales del privilegio de oír despaciosamente lo que los mismos hombres, de pavorosa descripción, siempre provistos y desprovistos alternativamente de medios y recursos para sacar adelante sus osadías, y siempre provistos alternativamente en el gozo subjetivo y también abogando alternativamente por la redención espiritual como ascensión personal al éxito del Derecho penal, parecen encontrar un buen camino para su realización personal en la prevención general y especial como fines constitucionales de la pena.

Una simple ojeada a las estructuras lingüísticas o conjuntos de palabras relativas a los modos de vida social con una significación común nos ilustra sobre su diversa naturaleza: a) Hay conjuntos que justifican su existencia con su existencia misma y satisfacen el fin de su creación con la posibilidad de su conocimiento y disfrute por los órganos de los sentidos. Es el caso de la filosofía, de la literatura, del arte en general. b) En el extremo opuesto, se sitúan los conocimientos científicos, es decir, las proposiciones relativas a la existencia y comportamiento de seres reales, manejando categorías obtenidas por observación y por experimentación como procedimientos instrumentales objetivos de averiguación de la verdad. Existencias y comportamientos reales, cuya verdad es objeto de observación (ajena) y de experimentación (repetición artificial del fenómeno), hasta descubrir las leyes naturales, ajenas a la voluntad del hombre, que regulan el supuesto. c) Y en el medio encontramos el Derecho como orden de conocimientos teórico-prácticos que no se satisface con su mera existencia, pero que tampoco tiene que ser demostrada su esencia objetiva porque su esencia radica en mandatos y juicios de valor sobre los cuales ha de recaer una actitud de concordia o de enfrentamiento que por la vía de la colaboración o de la sumisión conduzca al colectivo a un razonable y razonablemente fundamentado equilibrio de poder.

Los juristas, apoyados por los criminólogos, ensayan el método deductivo y el método inductivo en el desarrollo de las llamadas “Ciencias penales” y la solución de los conflictos cuya existencia y salida razonable son elementos imprescindibles para considerar que la gran estancia de juego, donde se realizan las prestidigitaciones más

asombrosas, es el centro de aprendizaje de otra “Weltanschauung”, donde lo esencial no es si se sabe la ley y dónde, sino para qué se sabe. De lo abstracto a lo concreto, el método artesano de deducción de las conclusiones y las aplicaciones más concretas, en homenaje tal vez no consciente pero ascendentemente superior y no ajeno a los Monstruos del 7º Arte, carentes muchas veces de la formación jurídica adecuada, lo que no les ha impedido comprometerse en el proyecto, darle vueltas y más vueltas, y terminar cumpliendo más que dignamente con la obligación asumida de ir cada vez un poco más adelante en la empresa de conocerse a sí propio, cada vez con mayor empeño, siempre adelante, siempre preocupado por la libertad, la razón y la justicia, siempre apasionado por la precisión del lenguaje. Con el respeto de lo litúrgico, con la gallardía de la aventura permanente.

Y, junto al camino descendente, el camino ascendente. De la regla abstracta, por deducción, a la solución del caso concreto. Pero también de las normas concretas, por inducción, a los principios generales del Derecho, buscando siempre la mayor cobertura y la reducción de las bases del ordenamiento a media docena de principios generales que permitan una sistematización clara y ágil en beneficio de la justicia y de la buena fe. “In medio est virtus”, dijo un mediano, y he aquí que la medianía logró imaginar, maquinó, maquiaveló un giro radical que confundiera los propósitos de continuidad... “Renovarse o morir”: es preferible renovarse. En tal caso, y supuesto que “nihil humani a me alienum puto”, ¿por qué no renunciar por una vez a la Lógica abstracta en beneficio de la Intuición directa? O sea, de la Jurisprudencia de conceptos a la Jurisprudencia de intereses.

Nuestra forma usual de argumentar es la siguiente: “Un requisito esencial del delito es la culpabilidad (conciencia y voluntad) – Es así que la persona jurídica no tiene conciencia y voluntad reales – Luego, la persona jurídica no puede delinquir.” Y nos quedamos tan frescos. Como si el pensamiento jurídico fuese un derivado del pensamiento aquinatense o kantiano, que se justifica por su propia existencia, como el pensamiento artístico, que también se justifica en sí mismo o, si se prefiere, en la emoción que causa. Y es que el pensamiento filosófico o artístico son puro pensamiento, mientras que el caso del pensamiento científico es distinto. Dedicada la Ciencia a averiguar cómo es y cómo se comporta el mundo que nos rodea, utilizando como métodos esenciales la observación y el experimento, el pensamiento científico ya no es gratuito, sino que se justifica por un resultado concreto: su concordancia con la realidad. Por muy bello y sugestivo que pudiera ser un pensamiento aparentemente científico, si nuevos experimentos demuestran que estaba equivocado, hay que desechar el error y quedarse necesariamente con el pensamiento verdadero<sup>3</sup>. En esto no hay libertad: es una cuestión de ética.

<sup>3</sup> Por supuesto que un hombre de ciencia puede cultivar a la vez el pensamiento científico y el pensamiento artístico. Un ejemplo notable fue Camilo Flammarion, de quien se decía que era “el más poeta de los astrónomos y el más astrónomo de los poetas”. Pero lo que no se puede hacer en tales casos es *dar gato por liebre*. El prestigio de la ciencia y la ética del científico exigen “dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César”.

El pensamiento jurídico tiene su propio ámbito de actuación. A diferencia del pensamiento filosófico y artístico, no se justifica por la belleza de su propio contenido, porque es un pensamiento para la acción. Y a diferencia del pensamiento científico, que también es o puede ser (ya que se habla de ciencias puras y de ciencias aplicadas) un pensamiento para la acción, el jurídico se justifica en la medida en que las normas de conducta en que consiste, y los juicios de valor en que se fundamentan, son justos, equitativos, proporcionados, razonables. El contenido de las proposiciones jurídicas no es una satisfacción intelectual ni una emoción ni una parcela de conocimiento de la realidad material, sino la fijación de reglas de conducta para hacer más llevadera la realidad (psicológica y) social a la que también pertenecemos colectivamente. La proposición jurídica tiene que convencer de sus virtudes sociales para ser aceptada por sus destinatarios. Contribuye o debe contribuir a hacer la vida en común más equilibrada, y a suministrar criterios aceptables para solucionar los conflictos de intereses y distribuir los derechos y deberes entre los miembros de la sociedad, por lo que debe coincidir con los principios esenciales normativos (morales, sociales, políticos) de los destinatarios de las mismas. El gobernante puede prescindir de todo contacto con los gobernados y decidir por sí mismo, pero entonces hablaríamos de un dictador (que tendrá que recurrir a la fuerza) y no de un gobernante legítimo. Aunque a veces los legisladores tienen que realizar una labor pedagógica, normalmente los juicios de valor que se traslucen tras sus normas han de reforzar la aceptación y el respeto que la persona y la labor del gobernante merecen para que podamos hablar de legitimación (al menos, desde nuestra forma actual de considerar la democracia, que no ha sido siempre igual a lo largo de la historia).

La aplicación de estos criterios a los problemas propios de la red jurídica de normas requiere, por hipótesis, aparte de otros posibles planteamientos, una atención a los intereses en juego, precisamente porque el jurídico no es un pensamiento autónomo sino un pensamiento para la acción, un pensamiento para enseñar a comportarse socialmente, un pensamiento para la práctica del "día a día". Por eso, puestos a buscar una representación simbólica del Derecho, más que un libro, que es el emblema que se suele utilizar, sería adecuado un destornillador. Por dos razones fundamentales: a) porque el destornillador es una herramienta de trabajo, modesta y doméstica si se quiere, pero necesaria para nuestra vida; b) porque el destornillador permite sacarle partido empleado con imaginación (imprescindible, si caemos en la cuenta del sentido equívoco y ambiguo que tienen muchas veces las palabras empleadas por las normas jurídicas): puede servir para atornillar, destornillar, pinchar, golpear, hacer de palanca, defenderse, etc. A mi juicio, ésta es la esencia del Derecho, y no hay por qué rasgarse las vestiduras, porque esta pobreza de medios no impide que con frecuencia hayamos de llevar a cabo valoraciones y decisiones de gran responsabilidad y compromiso. Cuando sucede así, no sólo la alegría compensa otros resultados, sino que comprendemos el privilegio de dedicar nuestros afanes profesionales a una acti-

vidad que supone relación directa con y capacidad de influir en los hombres antes que en las cosas que constituyen su medio ambiente.

La pregunta que se me ocurre ahora, y enlace con el ejemplo anterior de argumentación jurídica usual de frente al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la siguiente: Utilizando como puntos de partida la fenomenología y no la deducción lógica abstracta al modo escolástico, y también la jurisprudencia de intereses estilo Ihering con preferencia a la jurisprudencia de conceptos, a) ¿Podemos pensar en obtener de la jurisprudencia de intereses la conclusión de que sus criterios de interpretación sirven mejor que otros posibles a la política jurídica basada en el ánimo de lucro y en la rapidez de las transacciones propia del Derecho mercantil y de paso a acelerar el desarrollo económico y social en el mercado interior y en el internacional, o más bien obtendremos la conclusión de que los dichos criterios facilitarán, segura o probablemente, los abusos en el comercio y la comisión de conductas antijurídicas dolosas, o hemos de pensar que esta eventualidad no merece ser tomada en consideración porque el nivel de aumento en el desarrollo económico y social que se va a producir compensará suficientemente el inevitable pero controlable aumento de conductas delictivas que también se van a producir, como los chacales que siguen a los leones? Y b) La respuesta a las preguntas anteriores puede obviamente ser afirmativa o negativa según que se crea o no en lo que se dice en el enunciado de aquéllas. Puestas así las cosas, me pregunto si incurriré en algún error o defecto de carácter lógico si decido de antemano hacer mía la alternativa más próxima a mi modo de ser y de pensar, con la reserva, eso sí, de rechazarla si se me demuestra el mayor acierto de la postura contraria. Es decir, invierto la carga de la prueba, porque me parece tan legítimo partir de una postura (desde lo abstracto) como de la otra (desde lo concreto), ya que las dos responden a los principios generales o criterios orientativos del Derecho mercantil de nuestro tiempo, y sostengo esa postura a menos que se me demuestre lo contrario, en cuyo caso, lealmente, lo aceptaré. No veo defecto de lógica ni de ética en este procedimiento, acorde en grandes rasgos con la escuela del pensamiento tópico.

Esta especie de soliloquio me lleva a la tercera pregunta: c) Dadas las conclusiones anteriores, ¿sería también un defecto imperdonable sostener que el denunciado riesgo de incremento de las acciones delictivas en las transacciones mercantiles podría ser útil acompañarlo de una modificación de la punibilidad, que consistiría, no tanto en incrementar las penas (como tenemos tanta propensión en nuestro país), sino en incluir, junto a la responsabilidad individual de los autores de los hechos, la responsabilidad penal de la propia empresa o sociedad, que daría lugar a auténticas penas colectivas, no a las medidas de seguridad del artículo 129 del vigente CP, con la esperanza de que esa declaración expresa de responsabilidad de la empresa pudiera funcionar como un freno a la tentación empresarial de delinquir, dadas las graves consecuencias que ese sanbenito podría producir en el orden económico y de la competencia mercantil en el ámbito interno e internacional?

Pero ¿iqué penas? En este orden quiero señalar que la postura de imponer penas a las personas colectivas y la que entiende que no se puede pasar de medidas de seguridad o de sanciones administrativas, no difieren tanto a fin de cuentas. Pues los primeros declaran que se pueden imponer penas a las personas colectivas, pero sólo penas “apropiadas a su naturaleza”, es decir, aquellas que no tengan carácter corporal directo o indirecto (penas de muerte y privativas de libertad), porque la falta de cuerpo en esos entes de ficción que son las personas jurídicas, no cabe negarla. De manera que penas sí, pero sólo las económicas (multa) y las privativas de derechos comerciales (inhibiciones y suspensiones). La postura contraria, de los que sostienen que penas no, por el escrúpulo sistemático que ya conocemos, atribuye también a las medidas o sanciones administrativas una limitación análoga a la de la otra teoría, a saber, que las medidas y sanciones apropiadas sólo pueden incidir en el patrimonio o en la capacidad mercantil de las entidades afectadas. Así que, al final, las terribles diferencias entre las dos posturas absolutamente antitéticas se reducen a valorar si la multa o la inhabilitación se pueden imponer o no como sanciones penales, como sanciones administrativas o a elegir según las circunstancias (procedimiento elegido). No veo obstáculo de fondo pues el régimen jurídico va a ser prácticamente el mismo y sólo estamos discutiendo una cuestión de etiquetas. Si no va a ninguna parte, nada. Pero, si hay alguna razón de política criminal que permita o requiera dar a alguno de los procedimientos posibles una situación privilegiada, aprovechese la ocasión.

Una pregunta más: ¿la entidad sancionada siente la multa impuesta igual o de distinta forma si es penal o si es administrativa? Respuesta: en cuanto a su declaración y ejecución, habrá diferencias entre el procedimiento penal y el administrativo, pero la pérdida patrimonial se sentirá igual por el propietario, sin que la diferencia de título pueda acarrear un sentimiento más angustioso porque el titular de la decisión sea un juez o una autoridad administrativa. También será una consecuencia de distinto alcance en el futuro que las sentencias imponiendo multas tengan acceso al Registro de Penados y Rebeldes, y las decisiones administrativas no. Esta diferencia en cuanto al futuro, que puede tener un efecto preventivo de cierta intensidad, ¿cómo debe motivar al gobernante? Entiendo que en buena política criminal el gobernante habrá de escoger la regulación más adecuada a los fines propuestos, con respeto siempre del principio de legalidad y de la jerarquía de las normas. En consecuencia, si alguna ventaja vemos para el procedimiento judicial (penal) sobre el administrativo, en orden a la prevención, en una situación en que no imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas puede suponer un riesgo de incremento de la criminalidad, naturalmente el legislador debe establecer el procedimiento más prometedor.

Más precisiones, por si pueden ayudarnos a formar nuestro criterio. La postura favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas entiende que no todas las penas de la lista del Código podrían aplicarse a las sociedades, pues, incidiendo la

mayoría de las penas sobre el cuerpo del reo, y no teniendo las personas jurídicas en cuanto ficciones cuerpo material alguno, es obvio que tales penas no podrían ser aplicadas, lo que deja reducida la lista a las económicas y las privativas de derechos (multas e inhabilitaciones). Pero, a su vez, la postura contraria a la declaración de responsabilidad penal entiende igualmente que sólo las sanciones adecuadas a la naturaleza de las colectividades, es decir, las sanciones económicas y de inhabilitación o suspensión, son las que pueden imponerse. Luego, las dos posturas, posiciones o posicionamientos se entienden maravillosamente bien en este punto, que podríamos considerar esencial. Así las cosas, ¿sentiría una persona jurídica una diferencia sustancial entre que una misma sanción de multa le fuera impuesta por vía judicial, o por vía administrativa? Entiendo que no y eso reduce todavía más la importancia de las diferencias entre las dos posturas.

Y aún llegaría a más. Si para el sector doctrinal más exigente no se podría de ninguna manera imponer la pena a las entidades a las que nos estamos refiriendo, porque el sistema exige la culpabilidad del reo y en el caso imaginado no podría la entidad ser declarada culpable por las razones anímicas que ya conocemos, yo no tendría inconveniente en que la ley declare expresamente en la parte general del CP que, cuando el delito se cometiere en el giro o tráfico de una persona jurídica, el administrador o empleado que hubiera realizado materialmente la conducta típica incurrirá en la pena prevista en el tipo correspondiente, sin perjuicio de que también se pueda imponer como pena alguna de las sanciones hoy previstas como medida de seguridad en el artículo 129 del CP a la persona jurídica en cuanto tal, y por tanto imputándolas a su patrimonio, así como la responsabilidad civil derivada del delito. De esta manera quedaría absuelto el legislador de haber infringido el sistema, cosa que tampoco me preocupa. La atribución expresa de culpabilidad a la persona jurídica puede hacerla el legislador, porque se trata de una categoría exclusivamente jurídico-penal que al legislador de esta naturaleza toca redactar, y no veo inconveniente en ello porque también en Derecho penal caben las ficciones y ésta sería una ficción coherente con los fines del Derecho penal, razonable y no opuesta a la orientación subjetiva del mismo. Ni siquiera se podría rechazar esa atribución con base en el principio de “la naturaleza de las cosas”, porque este principio pone límites a las construcciones penales que toman datos esenciales gratuitamente de otros sectores del ordenamiento y no es el caso. La ficción, como se ha dicho, es razonable porque atiende a los fines de la política criminal de nuestro tiempo. El sistema es para el hombre y no el hombre para el sistema. El sistema es un mero instrumento que debe ayudarnos a conocer y aplicar mejor las normas. Si en esas condiciones el sistema puede verse obligado por la ley a ceder su rigor intelectual en general o en cuestiones puntuales determinadas, sea para bien sustituirlo o adaptarlo. Si un instrumento no me viene bien, adapto el instrumento, no me corto el brazo, naturalmente. Así pues, “no matter”.

La verdad, la virtud, la prudencia, el acierto tienen sus propios caminos, sus venenos, sus atajos, sus encrucijadas. El camino es recto, pero no siempre conduce al

resultado deseado o con la urgencia apetecible, porque a la rectitud del camino se añaden la oscuridad de las zonas boscosas, lo resbaladizo de lagos y pantanos, el suelo pedregoso, los barrancos y desfiladeros... La fe en el resultado evoca la fe desesperada en el procedimiento y la desesperación casi sin fe cuando el Arcángel se limita a ponernos al pie del hermoso chorro en potencia de la gracia pero sin una sola palabra de estímulo ni de orientación sobre cómo se abre la llave... En estos casos es cuando procede la sangre fría, el dominio de los músculos, la atención falsamente perdida, utilizar el procedimiento como una tabla de naufrago, el combate contra las fieras y contra los insectos, el ahorro de cantimplora, y el rechazo de las tentaciones de impaciencia y de rencor, y las de pasividad e inercia..., pero resistiendo sin dudar como el protagonista de "Guerra y paz". Resistiendo se conquista el laurel, a pesar de las burlas de los desplazados y de la ira protagonizada por el sistema inmisericorde.

"Justo" es sinónimo de "razonable" y en ningún caso comporta facilidad, vida larga, seguridad en la fidelidad, esperanza de amistad y alegría en contribuir al imperio de la ley... El bueno no siente placer en serlo. El bueno es bueno "malgré lui", por equivocación, por mala cabeza, por prudencia y esperanza, porque el Reino de los Cielos impide que lo abandonen los inteligentes, los listos, los preparados para la vida moderna, pero no impide la marcha de los desclasados, los no desarrollados, los que actúan de buena fe, los que carecen de ocurrencias, los que creen en el hombre... Y mientras los Elegidos rezan al Dios de los Cielos,"que está siempre callado" (Miguel Hernández), los inocentes y los ingenuos jugaremos alucinados en los grandes salones y lloraremos o clamaremos en la lectura de los salmos por la inocencia perdida... Y no podremos olvidar a aquel que dijo: "La mejor manera de evitar una tentación es caer en ella".

#### IV. El sujeto del Derecho

Sujeto del Derecho es el hombre. No pueden serlo los otros seres vivos, porque pese a las Sociedades Protectoras, los animales (¿y las plantas?) carecen de la autonomía necesaria para autodeterminarse, para actuar con conocimiento y con libre voluntad, para tener conciencia de su dignidad, para programar su futuro, para dar un sentido a su vida<sup>4</sup>, para actuar con coherencia... Sólo una vez ha habido un irracional con personalidad reconocida y fue "Incitatus", caballo de Calígula, un caso irrepetible. Los animales, las plantas, los minerales tienen una protección indirecta, en cuanto objetos de derechos subjetivos humanos, individuales como el derecho de propiedad, o difusos, como el derecho al medio ambiente o el derecho a no soportar espectáculos crueles.

---

<sup>4</sup> Dar un sentido a la vida es una de las características esenciales del ser humano. El gran poeta Rainer María Rilke lo decía con palabras inolvidables: *Señor, dale a cada cual su propia muerte – que sea verdaderamente salida de su vida, - en la que encontró el amor, un sentido y su angustia ...*

Convertir a la persona en sujeto del Derecho y de los derechos no fue causal ni repentino. Pasaron largos siglos en los que el hombre fue víctima ciega del azar, de la naturaleza y de los dioses<sup>5</sup>, hasta que, después de recibir los mensajes de la Ilustración, cobró conciencia de que “el mundo estaba hecho a su imagen y semejanza”, y que nadie sino él podía y debía coger las riendas con sus manos y conducir el carro en la dirección del Sol, referente del día y de la noche, hasta el fin del horizonte que delimitan los océanos. Pero tampoco el concepto de persona fue unánime, equivalente al de hombre, aunque en todo caso la máscara (“persona” en el teatro grecorromano) decía relación a una realidad humana. Si bien, profundizando en el concepto, hayamos de reconocer, una vez más, que “ni están todos los que son, ni son todos los que están”... Hay hombres (individuos) que no son personas y hay personas (colectivos) que no son hombres.

Hay hombres que no son personas, sino objeto de la propiedad de otros hombres, a los que denominamos “esclavos”<sup>6</sup>. La condición de esclavo se puede adquirir por nacimiento (hijo de esclavo), por compraventa, por derecho del corso o de la guerra (captura, equivalente a la ocupación), por deudas, por la comisión de delitos. En Derecho romano, el preso por deudas podía ser vendido como esclavo, al otro lado del Tiber, para enjugar la deuda con el acreedor. Los británicos, durante años, han llamado “*servus poenae*” al que era objeto de sanción de privación de libertad, que, mientras duraba la condena estaba sometido a un régimen homogéneo de vida, que llevaba consigo privaciones de todo tipo y la disciplina fundada en el látigo. En España, la interdicción civil acompañaba a las penas de trabajos perpetuos, deportación o destierro perpetuo del Reino, los cuales “se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España” (art. 53 del CP de 1822). Pero la esclavitud es hoy un delito gravísimo en una serie de códigos penales (aunque en la mayor parte se sobreentiende) y tratados internacionales, no obstante lo cual parece que no ha desaparecido la esclavitud clandestina, por ejemplo, de mujeres para la prostitución o de niños para utilizarlos como combatientes. Hay Estados del tercer mundo que todavía no se han enterado de los cambios habidos en Derecho internacional y del carácter vinculante de los mismos.

También hay personas que no son hombres físicos, individuales, sino grupos de hombres físicos e individuales que se unen para una actividad común, a los cuales el Derecho otorga la condición de personas para facilitar su tráfico y la consecución de los fines sociales. En España, para tener personalidad jurídica, el colectivo debe revestir la forma y naturaleza de corporaciones (de Derecho público), asociaciones (de Derecho privado) o fundaciones (en las que el elemento esencial no es el colectivo de personas que trabajan en una dirección determinada, sino la existencia de un

<sup>5</sup> Otra cita poética, esta vez de Ricardo Reis (Fernando Pessoa): *Pido a los dioses que sean generosos – y que no se acuerden de nosotros...*

<sup>6</sup> Nuestros autores de Teatro clásico representaban a los esclavos con un gran clavo incrustado en la frente, lo que se debía leer: “*Este es-clavo*”...

patrimonio creado para una finalidad determinada, que tiene que ser vigilada por un patronato) (arts. 35-39 del CC). El nombre de sociedades se emplea por los Códigos civil y mercantil para las asociaciones el primero, y para las asociaciones con ánimo de lucro que realizan actos de comercio el segundo.

Todas las personas (por reconocimiento, no por concesión del Derecho) tienen capacidad jurídica (aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones) y capacidad de obrar (aptitud para realizar actos con eficacia jurídica). La capacidad jurídica la tienen todas las personas. La capacidad de obrar requiere unas exigencias mínimas de juicio y voluntad, y por lo tanto no la tienen los menores de una cierta edad, los enfermos mentales y las sociedades no validamente constituidas (arts. 199-201 del CC). La capacidad de obrar no es la misma en todas las actividades con proyección jurídica: no es la misma la capacidad para casarse, para ejercer el comercio, para desempeñar un cargo público... y para delinquir. La falta de capacidad para realizar actos que no sean personalísimos se suple con los mecanismos de la representación y de la delegación. Figuras características son el padre de familia, el tutor, el curador, el presidente de una compañía, el administrador...

La capacidad penal, o capacidad para cometer acciones punibles, llamada técnicamente "imputabilidad", ha planteado siempre un problema de diferencia de trato entre las personas físicas (individuos) y las personas colectivas, morales y jurídicas. Pues, si delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible, nadie duda que en el tráfico de una persona colectiva se pueden realizar acciones típicas, antijurídicas y punibles, pero el caballo de batalla ha sido la "culpabilidad", pues sólo hay culpabilidad cuando se realiza una acción ilícita, con conocimiento de que lo es y con la intención libremente adoptada de cometerla, o por imprudencia, habiendo conocido de modo suficiente su antijuridicidad. Y conciencia y voluntad sólo las tienen los hombres físicos, no los grupos respecto de los cuales expresiones como "voluntad colectiva", "conciencia general" u "opinión pública" no son sino ficciones o metáforas pero no entidades reales. Tal vez sin embargo convenga ante el siglo XXI replantearse las cosas y aceptar la autonomía del cerebro humano para tratar las "ficciones" como si fueran realidades. (La poesía puede, en esto, echarnos una mano).

La importancia de la política criminal internacional en relación con la delincuencia colectiva es múltiple. De una parte, ilustra suficientemente sobre el peligro que representan estas fuerzas organizadas por el Señor Oscuro para el triunfo universal del mal. De otro lado, permite asumir novedades de política criminal en relación con determinadas formas de determinados tipos de delincuencia especialmente grave y planear la lucha contra esa delincuencia de demandas más elaboradas. Por poner un ejemplo, la lucha del Gobierno español contra los terroristas que infectan el pueblo vasco adquirió una nueva dimensión cuando en los tratados internacionales firmados en el marco de la Unión Europea los Estados firmantes aceptaron la punibilidad de la mera pertenencia a la banda, lo que tradicionalmente no era posible en la mayor parte de los Estados, porque sus Códigos lo valoraban como un acto

preparatorio impune. O la renuncia a la doble incriminación, que en el auxilio judicial internacional necesita únicamente que el hecho cometido por el extraditatus sea punible en el Estado requirente con una pena grave. O la Orden Europea de detención y captura, de cuya existencia es lamentable que Bélgica no se haya enterado, y se siga guiando por esa broma colectiva según la cual los mayores crímenes del mundo son sólo “travesuras” cuando se hacen con un fin político...y las víctimas mueren muy contentas cuando su aburrida vida queda ennoblecida por un asesinato salvaje en honor del Supremo Olimpo de la Política... La Iglesia ya lo había anticipado... Dios les perdone.

## V. Importancia del tema

La Unión hace la fuerza, decía el viejo refrán, y los hombres se unieron para todo: para el amor y para la guerra, para la alegría y para el llanto, para el placer y para la tristeza, para el estudio y para el ocio, para el trabajo y para las libaciones de Baco en las tabernas, para el recuerdo de las buenas obras y para la conmemoración de los grandes delitos, para odiar y para perdonar, para ser y no ser... La unión hace la fuerza y la fuerza deshace la unión. Y vuelta a empezar...

La gran preocupación de la política criminal internacional contemporánea es la delincuencia organizada, es decir, no se refiere a un tipo de delincuencia en concreto. Lo importante no es el fin, lo importante es el hecho de que los hombres se unan para delinquir en relación con cualquiera de los tipos de delito previstos en cualquiera de los códigos penales o de los tratados internacionales “ad hoc” que se han promulgado y se han firmado en este desorientado mundo.

La diferencia entre la delincuencia organizada y la no organizada empieza siendo cuantitativa y termina por ser cualitativa, porque no se trata solamente de que cuatro manos pueden hacer más “fechorías” que dos, sino de que las realizadas por las cuatro (o las cien, o las mil, o el medio millón) tienen mucha mayor enjundia, más gravedad y, con mucho, mayor valor económico y social que las organizadas por las dos manos del ejemplo, o aun que las organizadas por cien o por mil manos, pero en grupos de a dos. Una banda bien organizada y numerosa se organiza como un Estado, pero mejor, porque se trata de su propio interés y de su supervivencia. El hombre astuto como serpiente se cotiza mejor que el hombre cándido como paloma.

La organización comprende el estamento directivo, el ejecutivo, el ideológico o asesor, la gestión, las finanzas, la adquisición de armas, la preparación de nuevo personal y gestión de campos de entrenamiento, el elemento de prensa y propaganda (miembros o simpatizantes de la banda), el estamento de “relaciones diplomáticas” (relaciones con otras bandas, nacionales o internacionales, con los representantes del poder económico, con los Gobiernos de los Estados a los que intentarán corromper o intimidar...). Además, cuentan con su capacidad operativa (que les permite, por ejemplo, asaltar bancos o dedicarse al tráfico de drogas para obtener medios para

sus actividades terroristas o de trata de personas, etc.) o con su pericia en el uso de las nuevas tecnologías, en lo que suelen ir por delante de los Estados. (Sobre la decepcionante respuesta de los Estados a las bandas organizadas y armadas, algo veremos más adelante).

Merece una mención en este lugar la Convención de las Naciones Unidas hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional (BOE de 29 de septiembre de 2003), cuyo contenido paso a resumir:

- Lo primero es la definición de “grupo delictivo organizado”: “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.” Quizá sea una definición un tanto estrecha, si se compara con nuestra LECrim, pero el caso es ponerse de acuerdo en un punto de partida.
- La Convención obliga a los Estados partes a castigar como delitos graves (delito punible con una privación de libertad máxima de al menos 4 años o con una pena más grave): la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito y la corrupción de funcionarios públicos, ampliando así el catálogo de delitos internacionales. El art. 23 de la Convención penaliza también la obstrucción de la justicia para inducir al falso testimonio en relación con los delitos aquí comprendidos. Además de tipificar estos delitos en su legislación, los Estados partes se obligan adoptar una serie de medidas preventivas para combatirlos.
- La Convención vuelve a tocar el asendereado tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, e insiste en una regulación específica de las mismas por la participación en los delitos indicados, aunque sin prejuzgar si ha de ser civil, penal o administrativa. (Lo cual al menos es un indicio de que postular la responsabilidad penal no se verá como un disparate).
- Otras normas se refieren al procedimiento penal, que ha de tener en cuenta la naturaleza grave de los delitos aquí citados, por ejemplo, en materia de libertad anticipada o provisional; a la pena de decomiso, extensible a los bienes en los que se hubiera transformado el producto del delito, y a la jurisdicción competente, que se extiende al Estado del territorio, al de la nacionalidad del delincuente y la víctima, o responde a otros criterios adoptados por las legislaciones internas, como podría ser el principio de persecución universal, reconocido por el art. 23.4 de la LOPJ española.
- Las normas de cooperación judicial internacional son amplias. En extradición ha de regir el principio “aut dedere aut iudicare”. Se reconoce el traslado de personas condenadas, la asistencia judicial recíproca, las investigaciones conjuntas, las técnicas especiales de investigación, la remisión de actuaciones penales, el establecimiento de antecedentes penales, la protección de testigos y de víctimas, la coope-

ración de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la información sobre delincuencia organizada, las medidas de capacitación y de asistencia técnica y otras medidas destinadas al desarrollo económico y funciones de prevención de la delincuencia organizada transnacional.

\* \* \* \* \*

Ya estamos llegando al final de esta comunicación y me gustaría que las piezas se ensamblaran solas. Ahora sabemos que el objeto propio de estas páginas era una consulta sobre la viabilidad de la responsabilidad penal de las sociedades o personas colectivas por hechos cometidos por sus representantes o directivos con ocasión del giro y tráfico propio de la empresa: ¿cabe, pues, esa responsabilidad, que implica una asunción de los propios actos y una voluntad rebelde al ordenamiento que en principio sólo parecen propios de una persona física...?

El Derecho es grande buscando soluciones a sus propias aporías... Cuando aparece no regulada por el ordenamiento jurídico una materia que tal vez debería estarlo, las soluciones que ofrece la doctrina son dos, perfectamente contradictorias y basadas en los principios generales del propio Derecho positivo: “Primera solución: Cuando el Derecho no regula la materia en juicio, es claro que la voluntad del ordenamiento es que no se regule y permanezca ajurídica, v.g. las relaciones de amistad”. “Segunda solución: en tal caso, puesto que las materias similares aparecen reguladas, la voluntad del ordenamiento es que la regulación de unas se aplique a las otras por analogía, porque el Derecho tiene horror vacui”. Quisiera creer que el tema de la consulta de hoy es más claro y menos problemático. “Scio nihil scire”.

En todo caso, el tema no es baladí. Y ha sido abordado en mil ocasiones por las organizaciones internacionales en su lucha contra la coerción de o contra los Gobiernos de los Estados miembros. La abundante documentación producida no exige que se instrumenten las recompensas de sus leccionarios jurídicos. Con gran prudencia se dice ahora que se instrumenta, aunque no por primera vez, la lejana idea de que, frente a las conocidas responsabilidades, civil, penal, administrativa y social, se recitaba constantemente en las Canarias, ante el viejo drago, la idea, por lo demás feliz e indescriptible, de que en las Islas Afortunadas procede decir la última palabra como gavilla de ideas en construcción, como un cielo sin nubes que se fuera poblando de aviones y vencejos, como el saludo cariñoso de un cachorro que no conoce la fatiga. Despacio y barajemos.

## VI. Propuesta de solución

1. La lucha (doctrinal) por sostener o rechazar la responsabilidad penal de las sociedades o personas jurídicas es antigua y pone de manifiesto la tensión que se plantea en el interior del Derecho, entre las consecuencias de su consideración como

estructura lingüística, en cuyo desarrollo la obtención de conclusiones por deducción y la elaboración de principios generales por inducción han de responder a una lógica formal impecable, puesto que las mismas han de tener la cualidad de ser impuestas normativamente en caso de falsa aceptación por los destinatarios del poder, y las consecuencias de su naturaleza de instrumento destinado a la solución de conflictos, en que es la utilidad social que de él se obtenga la causa legitimadora de su existencia y funcionamiento dentro del orden institucional establecido. Esta tensión, incompatible con la concepción pastoril de la paz y de la seguridad social como fines esenciales del Derecho, requiere que se dé al problema una solución armónica con la naturaleza de “saber para la vida” que tiene el Derecho.

2. El pensamiento clásico y radical parte del sistema que legitima la construcción conocida de los elementos del delito, que ha de ser considerado como una acción típica, antijurídica, culpable y punible para satisfacer las necesidades lógicas de la Dogmática alemana neokantiana, pero propiamente el requisito de la culpabilidad no es una característica del hecho sino del sujeto, que es culpable en la medida en que es imputable, realiza una conducta típicamente antijurídica, actúa con conocimiento y libertad, manifiesta una voluntad rebelde al ordenamiento y no le acompaña ninguna causa de inculpabilidad o irreprochabilidad. Pues bien, para el pensamiento sistemático, esos datos que se indican sobre la culpabilidad únicamente pueden concurrir en la persona física, en el mundo real, porque para atribuírselos a una persona jurídica se ha de sostener una noción de los conceptos de acción y de voluntad que constituyen una auténtica ficción o proceden por analogía de los mismos conceptos en la realidad individual (hablar de “voluntad colectiva” o “voluntad general” es auténticamente una metáfora, de naturaleza más literaria que jurídica).
3. El Derecho no es contrario al empleo de ficciones como recurso para racionalizar su contenido y aplicaciones, en cuanto pueda dar lugar a soluciones comunes para situaciones iguales o equivalentes, pero resulta al menos extraño fundamentar una extensión de la responsabilidad penal en una ficción, por oponerse a principios tan básicos en ese sector del Derecho como son la interpretación restrictiva, el principio de intervención mínima o el principio de rechazo de la analogía “in malam partem”. El rechazo para las personas jurídicas de una sanción que presupone en el sancionado conciencia de la realidad, conciencia de su irregularidad en relación con el ordenamiento, conciencia del daño que causa, conciencia de la ilegalidad de ese daño, y, no obstante todo lo anterior, aceptación libre de la acción y del resultado, se fundamenta en que, al faltar en la sociedad-“reo” elementos esenciales para basar nuestra teoría del delito en la responsabilidad subjetiva (concurrencia de dolo o culpa), la responsabilidad que estamos atribuyendo en el caso se acerca a la responsabilidad objetiva, lo que, me atrevo a diagnosticar, podría incluso llegar a ser considerado como inconstitucionalidad desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, que ve reflejado el principio de culpabilidad en los

artículos que la Carta Magna dedica en su primera parte a las garantías penales, lo que ya no me parece tan claro y a mi duda me atenderé posteriormente.

4. La doctrina tradicional distingue claramente, con ocasión de un delito cometido en el giro y tráfico de una persona jurídica, dos niveles de responsabilidad:

A) La responsabilidad personal, ordinaria, subjetiva, de la persona física o personas físicas que hayan delinquido en la empresa, aprovechando la ocasión que les proporcionaba su puesto de trabajo dentro de ella, o la oportunidad que les ofreció en un momento determinado un furtivo de los niveles directivos más altos, decidido a utilizar una complicidad que les beneficiaba a ambos y a todos cuantos quisieran formar parte de la aventura, animados ahora por la posibilidad mal disimulada de comenzar su exilio, tras el apoderamiento de los bienes de las cajas fuertes, con un crucero que para muchos representaba el gran deseo de toda una vida y para algunos la posibilidad de convertirse en comerciantes independientes al menos un centenar cada vez.

Cuando la sociedad representara simplemente la ocasión para cometer una acción con buena base económica, aprovechándose de la sugerencia o propuesta de otro miembro de la empresa que actuara por voluntad personal, procedería aplicar las reglas generales de la codelinquencia y participación en un delito ajeno. Cuando el empleado delinquiera realmente “en nombre y por cuenta” de la sociedad, sería cuando procediese decidir si la entidad en cuanto tal merecería también ser sancionada penalmente. Lo veremos a continuación. Ahora bien, por lo que respecta al autor material del delito, el CP de 1995, recogiendo una norma anterior, establece que “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 de delito o falta requiera para ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Es decir, el representante o mandatario que, actuando en nombre o representación de su principal, comete un delito “especial” para el que se requiere ser por ejemplo comerciante, responde personalmente del delito cometido si el principal es comerciante, aunque no lo sea el autor del delito. He aquí un curioso traspaso de circunstancias típicas, una “desespecialización” de un delito especial que tiene consecuencias en el orden de las penas. La pena personal será para el autor material de la infracción, pero de la pena de multa responde también directa y solidariamente la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta se actuó (artículo 31 del CP de 1995, modificado por LO 15/2003 de 15 de noviembre).

B) La responsabilidad de la propia empresa puede serlo a título de responsabilidad penal propiamente dicha (subjetiva) o a título de peligrosidad (objetiva).

El CP de 1995 ha optado por la segunda alternativa y en el artículo 129 enumera las medidas de seguridad que podrán aplicarse a la empresa (aunque el CP las denomina “consecuencias accesorias”<sup>7</sup> y dice que “estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”<sup>8</sup>), pero sólo en los casos expresamente previstos en la parte especial del Código, que son los siguientes: delitos relativos a la manipulación genética (art. 162), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189.8), delitos de exhibicionismo y provocación sexual (art. 194), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.2), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288); delitos societarios (art. 294.2), receptación y otras conductas afines (art. 302.2), delitos contra los derechos de los trabajadores (art.318), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327), delitos contra la salud pública (art. 366), tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes (art. 369.2 y 371.2), falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386 in fine), delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2), delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 520) y depósitos de armas, municiones o explosivos (art. 569).

Esto no me parece suficiente solución. No quedan claros los criterios utilizados para decidir en qué supuestos las empresas o sociedades son “criminógenas” y cuándo no. Pienso que son las circunstancias del caso concreto las que nos tienen que proporcionar esa información y no el azar en la selección de los delitos concernidos, que además son los delitos “de moda” en los últimos años y las últimas reformas del Código y ni siquiera se recoge la lista aceptada de delitos internacionales. Propugno pues una extensión de las medidas del artículo 129, que pueda afectar en su caso a todos los delitos, sin perjuicio de la propuesta que voy a formular inmediatamente.

5. Repito aquí la propuesta o sugerencia que inicié más arriba: yendo, no de lo general a lo particular, sino de lo particular a lo general, creo práctico atribuir penas a las personas jurídicas y no veo inconveniente insuperable en el plano teórico para hacerlo, incluso declarando expresamente culpables “por imperio de la ley” a las personas jurídicas en cuyo giro o tráfico, en nombre o representación o por cuenta de las mismas, alguno de sus directivos o empleados con poder de decisión haya cometido un delito. En la documentación de las organizaciones internacionales de

---

<sup>7</sup> Sin embargo, los artículos 189.8, 288, 294, 302.2, 318, 318 bis.5, 327, 366, 369.2 y 371.2 las denominan medidas. Los demás artículos citados optan por consecuencias. “La donna è mobile...” pero ganan las medidas, por mayoría.

<sup>8</sup> El artículo 302.2, relativo a la receptación y delitos afines, tiene su propia relación de medidas a imponer, en su caso, a las empresas o sociedades.

nuestro tiempo, singularmente en la de la Unión Europea, abundan las referencias a la necesidad de establecer o mejorar el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, “de modo disuasorio, proporcionado y eficaz”, y se deja a los Estados miembros el cuidado de elegir responsabilidad penal, civil o administrativa, pero obsérvese que la primera no se descarta por razón de su naturaleza. Este es un punto de apoyo firme.

Quiero decir que la atribución de culpa “ex lege” no va a perturbar en absoluto el funcionamiento de la empresa, no la va a hacer objeto de penas personales (que sería el único obstáculo serio), no va a impedir su giro o tráfico, no va a producir socialmente la sensación de que se está actuando contra la naturaleza de las cosas y, en cambio, puede tener el buen efecto preventivo de causar la suficiente conmoción en el mundo del comercio como para que se produzca una venturosa epidemia de “respeto” a seguir delinquiendo con la misma alegría que antes, puesto que ya no responderá solo el empleado a quien se le puede compensar por las molestias ocasionadas, reembolsándole las multas a título de gastos extraordinarios de la empresa. Si del modo que sugiero se tientan dos veces la ropa en lugar de hacerlo una sola, algo hemos ganado desde un punto de vista político-criminal. Además, las personas jurídicas tienen el mismo nivel de capacidad y de derechos que los particulares. Tampoco es escandaloso que se equiparen igualmente en deberes y que “el que esté a las maduras, esté también a las duras”.

6. El único reproche que cabe esperar desde un punto de vista teórico es que la solución propuesta se opone al sistema dogmático y a la naturaleza de las cosas, pero insisto. El sistema es para el hombre y no el hombre para el sistema. El sistema es una ordenación de conocimientos para su mejor comprensión y utilización, no es una fuente de creación de categorías inmutables. El sistema se limita a ordenar lo que se le da para ello. Y, en cuanto a la naturaleza de las cosas, es un principio que juega cuando el Derecho penal se apropia de una institución o figura ajena, teniendo entonces la limitación de que no podrá alterar la naturaleza que le da el sector originario otro de las ciencias o del mismo ordenamiento, pero, cuando se trata de conceptos exclusivamente penales, el Derecho penal tiene soberanía para regular las categorías formales y conservar o modificar los juicios de valor que le merezcan las relaciones y situaciones relevantes desde la perspectiva del ius puniendi, como mejor le parezca en relación con la política criminal de cada momento. Las cosas en Derecho no son: las vemos y las calificamos como nos orienta nuestra ideología y nuestra formación y de acuerdo con nuestra idea de la legitimidad. Yo creo legítimo cuanto he expuesto aquí (no verdadero, porque ése sería un planteamiento equivocado). De aquí la importancia de la Moral que algunos no quieren ver (la Moral como costumbre, naturalmente).

## VII. La proyectada reforma del Código Penal español

### VII.1. Texto de la reforma

#### *a) Los delitos*

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el CP de 1995, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de enero de 2007, aborda el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, suprimiendo el apartado 2 del artículo 31 y añadiendo un artículo 31 bis, del tenor siguiente:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el párrafo anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.
3. La concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.
4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
  - a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
  - b. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.

- c. Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.
  - d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades.”

Los “supuestos previstos en este Código”, a los que podrá aplicarse, según el artículo 31 bis, lo dispuesto en dicho artículo, son los siguientes: art. 162 (delitos relativos a la manipulación genética, clausura temporal), art. 264.4 (daños informáticos, multa), art. 288.2 (delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores, multa y prohibición de actividades), art. 294.2 (delitos societarios, multa), art. 297 bis (idem administradores, disolución y clausura definitiva), art. 302.2 (receptación y conductas afines, disolución, suspensión, prohibición de actividades o pérdida de subvenciones), art. 310 bis (delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, multa, inhabilitación o pérdida de subvenciones), art. 318 (delitos contra los derechos de los trabajadores, multa e intervención judicial), art. 319.4 (delitos sobre la ordenación del territorio, multa y prohibición de actividades), art. 327 (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, multa y prohibición de actividades), art. 366 (delitos contra la salud pública, clausura o cierre definitivo), art. 369.2 (tráfico de drogas, multa, comiso, clausura o pérdida de beneficios), art. 369 bis.1 (idem, multa, disolución, clausura y comiso), art. 399 bis (falsedades documentales, disolución y clausura definitiva), art. 430 (tráfico de influencias, suspensión y clausura), art. 445.2 (delitos de corrupción en las transacciones mercantiles internacionales, prohibición de actividades), art.569 (depósitos de armas, municiones o explosivos, disolución).

*b) Las penas*

Por lo que respecta a las penas, el nuevo artículo 33.7 dispone lo siguiente:

“7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a. Multa por cuotas o proporcional.
- b. Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

- c. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio hayan cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, ella no podrá exceder de quince años.
- f. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios de incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”

El nuevo artículo 66.3 queda redactado como sigue:

“3. En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, procederán los jueces o tribunales según su prudente arbitrio, procurando observar, en la medida de lo posible, las reglas establecidas en este capítulo.”

Y el nuevo artículo 116.4:

“4. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código, de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.”

Y el segundo párrafo del artículo 127.1, relativo al decomiso:

“El juez o tribunal podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva acometida en el marco de una organización criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización criminal.”

Las medidas del artículo 129 tampoco se libran de la reforma:

- “1. El juez o tribunal, previa audiencia del MF y de los respectivos titulares o representantes si los hubiere, podrá imponer motivadamente a las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas, como medidas orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7.
2. Será requisito necesario para la imposición de las medidas que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización, o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros.
3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

Y, por último, el nuevo artículo 130.2 dispone:

- “2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, o resulte de la escisión.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica, se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.”

### c) *Crítica*

La exposición de motivos del proyecto, de la que cabe decir que tiene afortunadamente una extensión y una profundidad poco habituales en los últimos años, justifica fundamentalmente las reformas en la adecuación a necesidades o vigencias que no se pudieron percibir en todo su alcance a raíz de la promulgación del CP de 1995, especialmente derivadas de los compromisos y obligaciones que supone la integración europea y la importancia del tercer pilar, que exige la armonización o aproximación de las leyes estatales en materia penal. Sin embargo, no se aporta legislación comparada para ver cómo han reaccionado los demás países de la Unión ante estas exigencias político-criminales. En el sentido indicado, una de las más importantes reformas se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Resumo las numerosas páginas de la exposición de motivos dedicadas a justificar esta concreta reforma:

1. Los obstáculos tradicionales para la responsabilidad de las personas jurídicas que planteaba el principio “societas delinquere non potest” deben ceder ante las obligaciones que plantean un cierto número de decisiones marco que obligan a superar esa dificultad, con el fin de robustecer el marco jurídico en que ha de desenvolverse internacionalmente el principio de libre empresa. El argumento no es concluyente. Si el obstáculo radicaba en el terreno de los principios, ni se disuelve por una insistencia manifestada por diez o por cien países de la Unión Europea (que igual podrían pedir que  $2+2=5$ ), ni nada obliga en teoría a afirmar que el principio de la libre empresa tiene virtualidad para imponerse sobre los principios generales del Derecho penal. Pero tan rebuscada argumentación viene a apoyar mi criterio de que, si se quiere hacer una cosa, se hace, que la justificación ya se ensamblará después. Como puede comprobarse, el mundo no se ha venido abajo por el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque el mismo sea más consecuencia de un acto de fe que de un razonamiento jurídico.
2. Las garantías que exige este nuevo principio descartan la posibilidad genérica de imputación de la responsabilidad de la persona jurídica en cualquier clase de delito, a favor de un sistema de incriminación específica, que recae sobre delitos de indudable trascendencia. Con el mismo esfuerzo se podía haber argumentado la solución contraria: es más neutral establecer el principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con carácter general, que seleccionar discrecionalmente un grupo de delitos “trascendentes”, que podían igualmente haber sido otros, y que nada impide que mañana se cambien con la misma firmeza por razones de política criminal, no dogmáticas. Creo preferible una imputabilidad genérica.
3. El principio de culpabilidad no sufre si se exige en las personas físicas que realizan los hechos materiales. Estamos bordeando el surrealismo. Se mire como se mire, estamos siempre haciendo equilibrios entre la responsabilidad subjetiva (culpabilidad) y la responsabilidad objetiva (causalidad, peligro). Sería más sincero reconocer que la criminalidad alentada en nuestro tiempo por las actividades económicas de las personas jurídicas obligan al legislador, si se quiere mantener la eficacia del Derecho penal, a objetivar un tanto la responsabilidad, al margen de que la responsabilidad de las personas físicas pueda conservar la subjetividad que hoy tiene. La compensación por vía de circunstancias atenuantes específicas tampoco es una necesidad del sistema, menos si se han de basar en conceptos indeterminados, como pruebas decisivas o medidas eficaces. También sobra la instigación como forma de la participación criminal, que no se corresponde con una figura de la parte general.
4. Las penas no se pueden aplicar al Estado, Administraciones públicas, partidos políticos y sindicatos. Ningún inconveniente por ahora, pero es que tampoco se aplican a las corporaciones en general. La lista de personas jurídicas no es satisfactoria, pues, además de las asociaciones, fundaciones y sociedades, en algunos preceptos se incluye a las empresas, que son más bien un elemento patrimonial de las sociedades, y a las organizaciones criminales, que no son un concepto jurídico, sino criminológico.

5. A las personas jurídicas no se les puede imponer cualquier clase de penas, sino las que "obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada". Esto no me dice nada. Más bien la razón de que las penas para las personas jurídicas se hayan de limitar a penas económicas, inhabilitaciones y suspensiones, es que las demás penas tienen un componente de individualidad física que no se compagina con las colectividades.

En resumen, una reforma impuesta por vigencias prácticas, que se quiere disimular, sin ser necesario, con argumentaciones teóricas que fallan estrepitosamente. Pero si la reforma se puede hacer, y no hay desgarramiento de vestiduras, se puede hacer. Eso basta para reforzar mi propia propuesta de solución, que no presenta sustanciales diferencias con el proyecto de ley, mucho más elaborado. Me siento apoyado, pues, por el proyecto de ley.

### VIII. Colofón

1. La teoría aquí expresada es sincera. El autor no se ha sentido condicionado ni por el respeto a la Dogmática alemana y su sentido exigente del sistema, de una parte, ni por la política criminal internacional sobre delincuencia organizada, de otra.
2. En realidad, hemos partido de una pregunta de lo más inocente: si en el duelo entre la responsabilidad de las personas jurídicas, penal o administrativa, hay gustos para todo, pero una coincidencia en que las penas o sanciones han de ser económicas o de incapacidad para negociar, ¿qué más da que sean unas u otras? Desde mi punto de vista, queda libre el criterio de la doctrina para preferir unas u otras, ya que no por criterios esenciales, coincidentes, por las ventajas prácticas que una de las posturas pueda tener sobre la otra. Después de todo, el Derecho es para la vida real, no una sinfonía. No voy a repetir los argumentos basados en el sistema o en la naturaleza de las cosas, ni en la inconstitucionalidad de la solución preferida. Creo, por consiguiente, que una ventaja en orden a la prevención general, por parte de la sanción penal, aunque sea pequeña, basta para fundamentar una decisión.
3. Si no hay razones teológicas, inconstitucionales o morales en contra, la elección de la sanción penal es sencillamente la respuesta más eficaz para un problema conflictivo concreto. Es una aplicación puntual del "teorema" del destornillador, antes aludido, como símbolo doméstico del Derecho.
4. Problemas como el de residencia de la culpabilidad o la objetivación de la responsabilidad criminal que parece apuntarse tras este primer paso, tampoco son suficientemente consistentes. Los aludidos son conceptos jurídico-penales cuya posible alteración por la ley no sitúa al Derecho penal como reo ante el Diccionario de la RAE, sino que ayuda a matizar las cuestiones concretas de los casos concretos. No es una novedad absoluta una ficción sobre la culpabilidad. No es más

indigna la responsabilidad objetiva que la subjetiva: simplemente responde a planteamientos político-criminales diferentes. Eso no la hace necesariamente injusta. Traslademos el problema. Es la justicia de la solución tópica concreta lo que legitima la solución adoptada, no la bondad o tecnicismo del lenguaje empleado. Algún ilustre jurista decía que el Derecho “es una cosa doméstica”. Pienso que tenía razón. ¿Debemos acercarnos a la teoría a la práctica o la práctica a la teoría?

5. Seguiremos caminando...

### **Bibliografía**

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: El nuevo artículo 31.2 del Código penal, *Revista de Derecho penal*, 12, mayo 2004, 139 ss.
- Anuario de Filosofía del Derecho, 1986. (Número monográfico dedicado al método jurídico).
- BACIGALUPO, Enrique: Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica, en: Cobo-Bajo (directores): *Comentarios a la legislación penal V-1*, EDERSA, Madrid, 1985, 315 ss.
- BACIGALUPO, Enrique (y otros): Evolución de los métodos y medios del Derecho penal, *Nuevo pensamiento penal* (Buenos Aires), abril-junio 1973, 145 ss.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.
- BARBERO SANTOS, Marino: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, *Revista de Derecho Mercantil*, abril-junio 1957, 285 ss.
- BARTSCH, Hans Jürgen: *Política criminal contemporánea. Perspectivas europeas*, Eguzkilore, 9, 1995, 9 ss.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Crisis del Derecho represivo*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.
- BIONDI, Biondo: *Arte y Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1953.
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico: La responsabilidad sin culpa en los Derechos civil y penal, *Anuario de Derecho penal*, septiembre-diciembre 1948, 477 ss.
- CERVINI, Raúl: Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado, *Doctrina penal* (Buenos Aires), 40, octubre-diciembre 1987, 689 ss.
- CÓRDOBA RODA, Juan: Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en Derecho español, *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, 119 ss.
- CÓRDOBA RODA, Juan: La responsabilidad penal de los administradores de compañías mercantiles, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987/1, 33 ss.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española, *Anuario de Derecho penal*, 1986/3, 837 ss.
- DÍAZ PALOS, Fernando: Responsabilidad penal objetiva, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1981, 505 ss.
- DÍAZ PALOS, Fernando: *Teoría general de la imputabilidad*, Bosch, Barcelona, 1965.
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín: *Cambio social y Derecho penal*, Estudios penales, I, Santiago de Compostela, 1977, 139 ss.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: Teorías del sistema jurídico y concepto de Derecho, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, 297 ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín: *La imputabilidad en el Derecho penal español*, Comares, Granada, 1994.
- GRACIA MARTÍN, Luis: El actuar en lugar de otro en el Derecho penal, Zaragoza, 1986.
- GRACIA MARTÍN, Luis: La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, *Actualidad penal*, 39, octubre 1993, 583 ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis: Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch, Barcelona, 1986.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: Ciencia y Derecho: sobre la influencia del pensamiento científico en el mundo jurídico, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2038, 1 junio 2007, 5 ss.
- HASSEMER, Winfried: *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, Cuadernos de Política Criminal, 18, 1982, 473 ss.
- HASSEMER, Winfried: Crisis y características del moderno Derecho penal, *Actualidad penal*, 43, noviembre 1993, 635 ss.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2 vols., 2ª edición, Madrid, 1971.
- HERRERO HERRERO, César: *Política criminal integradora*, Dykinson, Madrid, 2007.
- LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- MANTOVANI, Ferrando: Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, *Doctrina penal (Buenos Aires)*, 22, abril-junio 1983, 261 ss.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa: El principio de responsabilidad subjetiva..., *Cuadernos de Política Criminal*, 31, 1987, 185 ss.
- MATA BARRANCO, Norberto de la: *Criminalidad organizada en la Unión Europea*, Eguzkilore, 15, 2001, 39 ss.
- MIR PUIG, Santiago: Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *los Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- MIR PUIG, Santiago: Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Revista Electrónica de Ciencias Penales*, 06-01, 2004.
- MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directores): *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Derecho penal e ideología*, UNED, Granada, 1978.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Metodología y ciencia penal*, Universidad de Granada, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolencias punibles, *Cuadernos de Política Criminal*, 3, 1977, 152 ss.
- MUÑOZ LORENTE, José: Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en España: su contradictorio presente y su incierto futuro, en *los Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, 945 ss.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: Alternativas y trances del Derecho penal de hoy, *Anuario de Derecho penal*, septiembre-diciembre 1978, 521 ss.
- NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: Derecho penal y política criminal, *Doctrina penal* (Buenos Aires), 15, julio-septiembre 1981, 479 ss.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: Las actuaciones en nombre de otro, *Anuario de Derecho penal*, 1984.
- PASTOR, Santos: *Sistema jurídico y Economía*, Tecnos, Madrid, 1989.
- PEREDA, Julián: Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva, *Anuario de Derecho penal*, mayo-agosto 1956, 213 ss.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Actualidad penal*, 2, enero 1995, 15 ss.
- PUY MUÑOZ, Francisco: El Derecho y la naturaleza de las cosas, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1966, 75 ss.
- RECASENS SICHES, Luis: Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable, *Fondo de Cultura Económica*, México, 1971.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de: Relaciones del Derecho penal con el Derecho político, *Doctrina penal* (Buenos Aires), 11, julio-septiembre 1980, 595 ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de Código penal, *La Ley*, 31 octubre 1980, 2 ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Societas delinq mere non protest”, *La Ley*. 3 de octubre 1996.
- ROXIN, CLAUDIUS: ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?, *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, 671 ss.
- RUÍZ VADILLO, Enrique: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Europeo, *Revista de Derecho penal y Criminología* (UNED), 1, 1991, 327 ss.

- SAINZ CANTERO, José Antonio: La influencia de las ideas políticas en las ideas penales, Escuela Social, Granada, 1959.
- SANDRO, Jorge Alberto: Inculpabilidad voluntaria y responsabilidad objetiva, Doctrina penal (Buenos Aires), 1, enero-marzo 1978, 71 ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd: Cuestiones básicas de dogmática penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, Anuario de Derecho penal, mayo-agosto 1988, 529 ss.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas, Actualidad penal, 28, julio 1993, 387 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en el Libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1995, 357 ss.
- STRATENWERTH, Günter: El problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 19, 1964, 7 ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: Metodología de la Ciencia expositiva y aplicada del Derecho, 3 vols., Fundación Central del Notariado, Madrid, 2002.
- VARELA GARCÍA, Carlos: La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, Actualidad penal, 48, diciembre 1995, 915 ss.
- Varios: Delincuencia organizada, Universidad de Huelva, 1999.
- Varios: La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- Varios: La imputabilidad en general en el Derecho penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- Varios: La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Cuadernos de Derecho Judicial VII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.: Reforma política y Derecho penal, Cuadernos de Política Criminal, 1, 1977, 73 ss.
- ZIPF, Heinz: Introducción a la política criminal, EDERSA, Madrid, 1979.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, Cuadernos de Política Criminal, 53, 1994, 613 ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”, Cuadernos de Política Criminal, 11, 1980, 67 ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas, Poder Judicial, 46, 1997, 331 ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en los Estudios penales en memoria del profesor José Manuel del Valle Muñiz, Pamplona, 2001, 885 ss.