

# ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS? ALGUNAS TESIS<sup>1</sup>

## CORPORATE CRIMINAL LIABILITY? SOME THESIS

Miguel Díaz y García Conlledo<sup>2</sup>

*A mi querido maestro, Claus Roxin, por todo lo que le debo.*

### RESUMEN

En el limitado espacio de que se dispone se intenta plantear algunas tesis que, de ser ciertas, confirmarían la imposibilidad de que exista una responsabilidad penal en sentido estricto o punibilidad de las personas jurídicas, tampoco en un ordenamiento jurídico como el español que habla de ella expresamente. Se deja abierta sin embargo la puerta a que esa responsabilidad pueda adjetivarse de criminal en un sentido más amplio.

Palabras-clave: Derecho Penal; Teoría del Delito; Dogmática Penal; Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.

### ABSTRACT

In this limited space that is available, this work aims to present some thesis that, if is true, would confirm the impossibility of the existence about a criminal liability in strict sense or corporation's punishability, even in a legal system such as the Spanish which establishes expressly. However, the door is left open to the fact that this responsibility can be described as criminal in a broader sense.

Keywords: Criminal Law; Theory of Crime; Criminal Dogmatic; Corporate Criminal Liability.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se inscribe en los proyectos de investigación *Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos* (Ministerio español de Economía y Competitividad – MINECO, DER2013-47511-R) y *Principios y garantías penales: sectores de riesgo* (MINECO/Agencia Estatal de Investigación –AEI-, DER2016-76715-R), de los que soy investigador principal y en la investigación de la UIC 166 (Junta de Castilla y León), que dirijo. Por razones de espacio, las citas se acortan al máximo y tienen solo carácter indicativo y ejemplificativo, lejos de cualquier pretensión de exhaustividad. La versión actual es la traducción de mi trabajo en alemán *Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen*, publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 5/2016, Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, 238-248.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de León. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España). E-mail: mdiag@unileon.es

## 1 ESPAÑA SE ADHIERE LA TENDENCIA DEL (APARENTE) *SOCIETAS DELINQUERE POTEST*

Con la reforma operada en el Código Penal (CP) español por Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, España se sumó a la corriente de países que, con mayor o menor claridad, pretenden consagrar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas (sin exclusión de la de las físicas). En el caso español, se habla expresamente de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de penas para ellas. No es posible detallar en el espacio de que se dispone siquiera los rasgos básicos de esta regulación<sup>3</sup>, que, por cierto, ya ha sido dos veces modificada<sup>4</sup> y solo muy recientemente aplicada<sup>5</sup>.

En definitiva, parece que en España, como en otros países, se parte ahora de que las personas jurídicas pueden delinquir: *societas delinquere potest*. Mis breves consideraciones siguientes pretenden demostrar que ello en realidad no es así.

## 2 PRIMERA TESIS: LA PERSONA JURÍDICA NO DELINQUE, LA FÍSICA SÍ

Para empezar, cabe dudar de que las personas jurídicas cometan delitos (en realidad, cabe más bien aseverar lo contrario), por las razones que veremos, pero también por el aval que supone el propio tenor de los preceptos del CP español: el art. 31 bis.1, párr. 1.º dice que las personas jurídicas en los casos legalmente previstos serán penalmente responsables

*de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma,*

---

<sup>3</sup> La bibliografía al respecto es muy abundante. Un resumen en alemán de la regulación (antes de la reforma de 2015 que se menciona enseguida), con ulteriores referencias, puede verse en MARTÍNEZ CANTÓN FS Wolter, 2013, 1372 ss.

<sup>4</sup> La primera por LO 7/2012, de 27 de diciembre, para excluir a partidos políticos y sindicatos de las excepciones al régimen de responsabilidad, que inicialmente compartían con las personas jurídicas que hoy quedan fuera de él, simplificada, administraciones públicas y afines. La segunda, por LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde 1 de julio de 2015), con modificaciones diversas, aunque especialmente referidas a precisar el régimen de los programas de cumplimiento o *compliance*, su naturaleza y efectos.

<sup>5</sup> Efectivamente, cuando el presente trabajo estaba concluido, el Tribunal Supremo (TS) español dicta su primera sentencia condenatoria respecto de una persona jurídica (STS 154/2016, de 29 de febrero), dictada en pleno jurisdiccional del TS, algo poco frecuente, y expresando voto discrepante la mitad menos uno de los miembros de ese pleno, evidentemente importante, y que solo ha podido ser tenida en cuenta aquí de modo muy parcial, incorporando breves referencias. Poco después, aparece una segunda STS relevante (STS 221/2016, de 16 de marzo), que ya apenas puede mencionarse aquí.

y en el párr. 2º que también serán responsables

*de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*

(lo que se repite en otros preceptos del CP).

De modo que el CP parece reconocer literalmente, en mi opinión con razón, que no son las personas jurídicas, sino las físicas, las que cometen los delitos. Ello nos llevaría a la cuestión de si el legislador español configuró un modelo de heterorresponsabilidad o de autorresponsabilidad<sup>6</sup> de la persona jurídica, que no abordaré en profundidad aquí, aunque señalaré que mi opinión es que hay indicios de ambos sistemas, preponderando el de heterorresponsabilidad.<sup>7</sup>

### **3 SEGUNDA TESIS: NO HAY VERDADERA TEORÍA DEL DELITO PARA PERSONAS JURÍDICAS (Y SÍ VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS PENALES BÁSICOS)**

#### **3.1 ¿PARA QUÉ UNA TEORÍA DEL DELITO?**

Si la teoría del delito, largamente elaborada, sirve, muy resumidamente, para ofrecer criterios generales válidos de interpretación y aplicación del Derecho penal, esto es, para la determinación de la responsabilidad penal con criterios comunes más allá del caso concreto, ofreciendo seguridad jurídica y una respuesta adecuada y proporcionada a la gravedad del hecho y a las peculiaridades subjetivo-individuales en su realización,<sup>8</sup> parece que, de existir una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas,

---

<sup>6</sup> Sobre los distintos modelos, cfr., por muchos, NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, 85 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, 2012, 64 ss.

<sup>7</sup> Naturalmente, ello lo discuten diversos autores. La Fiscalía General del Estado (FGE), en su Circular 1/2016, de 22 de enero, ve recogido un régimen de heterorresponsabilidad o transferencia. Sin embargo la reciente STS 154/2016, de 29 de febrero, se pronuncia por la configuración en la ley española de un régimen de autorresponsabilidad de la persona jurídica, si bien por escasa mayoría.

<sup>8</sup> Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, 9 nm 1.

esta debería poder gozar de esas ventajas que ofrece tal teoría. Aunque hay autores que pretenden que los elementos de la teoría del delito están presentes (con peculiaridades) también en la “actuación” de las personas jurídicas, creo que no es el caso. Repasemos los cuatro elementos tradicionales de esa teoría, sin discutir si la división cuatripartita o tripartita (entendiendo que tipo y antijuridicidad están estrechamente unidos) de esos elementos es la más correcta.

## 3.2 LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

### 3.2.1 La Acción

Una de las razones tradicionales de la negación de la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas es la de su incapacidad de acción.

La “actuación” de la persona jurídica no cuadra con los conceptos de acción mayoritarios en la doctrina, que generalmente vinculan tal concepto (prescindiendo aquí de debates) a una actuación humana (activa o pasiva) mínimamente voluntaria manifestada al exterior, si se quiere, como emanación de la personalidad del sujeto.<sup>9</sup> Y nada de ello encaja con las actuaciones de las personas jurídicas, que carecen de voluntad, carácter humano y personalidad en sentido estricto, por mucho que algunos autores, hábil y bienintencionadamente hayan querido mantener este concepto para personas jurídicas, apoyándose en que algunos de los más modernos e interesantes conceptos de acción no mencionan expresamente el término humano.<sup>10</sup> Pero estos últimos lo incluyen de manera evidente en la mención de la personalidad. Y es mucho forzar esta palabra el querer aplicarla a la “personalidad” jurídica.

Sin duda será fácil excluir de antemano cualquier responsabilidad de tintes penales también de la persona jurídica en supuestos de “fuerza mayor” que serían de ausencia de acción de personas físicas. Y sin duda es también posible construir un elemento base de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos por las personas físicas que la integran que cumpla una función similar a la de la acción. Pero será *otra*

---

<sup>9</sup> Cfr., por muchos, ROXIN, AT I, 3ª ed., 1997 § 8 nm. 50 ss. [PG I, 1997, § 8 nm. 50 ss]; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, 10 nm 43 ss.

<sup>10</sup> Así, p. ej., GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 2ª ed., 2015, 66, con referencia explícita al concepto personal de acción de ROXIN.

“acción” en otra teoría, más que del delito, de los presupuestos de imposición de medidas (criminales en sentido amplio tal vez, si se quiere, o a consecuencia de hechos criminales cometidos en su seno por personas físicas) a personas jurídicas.

### 3.2.2 El Injusto Típico y el Problema del Dolo y de la Imprudencia

Malamente se puede hablar de cosas como, por ejemplo, causalidad, si la acción, entendida al modo tradicional, no la realiza una persona jurídica. Los tipos penales o la mayoría de ellos están redactados describiendo conductas humanas. Difícilmente se podrá entender que una persona jurídica obra amparada por una causa de justificación (y ello al margen de la mala utilización, que debe corregirse mediante interpretación, de la palabra culpabilidad en el CP en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, y con la idea de que difícilmente la adopción de sistemas de *compliance* podrá significar justificación en el sentido que normalmente se da a la palabra), etc. El *iter criminis* y la autoría y la participación, propios del tipo, presentan peculiaridades en relación con la persona jurídica, etc.

Pero lo que realmente resulta complicado es hablar de un injusto propio de la persona jurídica que resulte equiparable al injusto personal que domina en relación con las personas físicas y, sobre todo, incluso prescindiendo de cuestiones de ubicación sistemática (injusto o culpabilidad), resulta problemático el tema del dolo y la imprudencia.

Por un lado, parece que los intentos más depurados de fundamentar un verdadero injusto propio de la persona jurídica proceden de los defensores más convencidos de modelos de autorresponsabilidad y giran en torno a la idea de la mala organización de la correspondiente corporación o entidad.<sup>11</sup> Ciertamente, ello posee la ventaja de poder sustentar con más base exigencias como la de probar la relación de causalidad y la de imputación objetiva entre la defectuosa organización y los delitos cometidos por las persona físicas. Pero tampoco convence plenamente sobre todo por el difícil encaje de los elementos subjetivos.

---

<sup>11</sup> Solo, p. ej., en Alemania HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, 1995, 271 ss., y en España GÓMEZ-JARA DÍEZ, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española, 2010, 153 s.; La Ley 23-12-2010 (versión *online*). Naturalmente, existen otras opiniones que, al menos, facilitan una separación más clara de injusto y culpabilidad en las personas jurídicas y defienden un concepto de injusto más próximo al propio de las personas físicas; v. p. ej., con referencia al riesgo para bienes jurídicos, GÓMEZ TOMILLO (n. 8), 74 ss. Pero, a mi juicio, resultan también insuficientes para explicar las distintas cuestiones que se mencionan en el texto.

Para empezar, muchos creemos que en la imprudencia y, sobre todo en el dolo, se contienen elementos psíquicos (aunque no sean los únicos) incompatibles con la esencia de la persona jurídica y, si se quiere, hasta con la naturaleza de las cosas. Ya solo por eso resultaría “otra” teoría del delito la que hablara de dolo e imprudencia en relación con las personas jurídicas. Y no debería olvidarse que, aunque los campos semánticos de las palabras pueden incluir zonas difusas o de sombra, no por pretender denominar de una determinada manera un fenómeno (dolo, imprudencia en relación con las personas jurídicas) se ajusta esa denominación al significado posible de esos términos.

Pero, más allá de lo anterior, los problemas continúan. De las dos formas de imputación de delitos a la persona jurídica que contempla nuestro Derecho (mencionadas brevemente más arriba), especialmente la segunda (el no ejercicio del control debido) podría cuadrar tal vez (aunque sea de modo traslaticio) con la idea de imprudencia, pues lo normal será que la falta de control (control omitido, claro, por personas físicas, como no puede ser de otra manera, pero olvidemos esto ahora) se deba a dejación, descuido, y lo raro será que se produzca con dolo (de quienes deben controlar, de nuevo, claro). Pero resulta que en la inmensa mayoría de los casos la responsabilidad que el CP establece se refiere a delitos dolosos: ¿castigaremos con la pena del dolo algo parecido a la imprudencia, con vulneración, al menos, de los principios de igualdad, responsabilidad subjetiva – si se quiere, para los que lo utilizan en este sentido, de culpabilidad – y de proporcionalidad? Así parece. Y ello prescindiendo que la verdadera imprudencia se refiere a los elementos del delito concreto, con los que no siempre será fácil relacionar este “otro” concepto de imprudencia.

Pero es que, además, en el otro supuesto de imputación (el de los delitos cometidos por las “cabezas” de la empresa, si me permite el tan usado símil antropomórfico) es difícil siquiera hablar de imprudencia, pues no parece demasiado consistente la apelación a una especie de *culpa in eligendo vel in vigilando*, cuando la elección de esas personas puede haber tenido lugar varios años antes de haberse cometido el delito y ellas pueden haberse comportado durante todos esos años con absoluta corrección. Y, por supuesto, aunque la hubiera, subsisten problemas tan importantes como que el castigo suele referirse a hechos dolosos.

Si esto es así, más difícil aún será encontrar “otro” dolo que se parezca remotamente al propio de las personas físicas, incluso si se “despsicologiza” este. Si hay algún caso que presente analogía, será excepcional. Y además, debería probarse su referencia al delito concreto cometido, lo que no parece fácil, salvo supuestos de rara aparición en la realidad (los encargados del control de otro dejan de controlar para que este realice el concreto delito de que se trate en favor de, por ejemplo, su empresa).

Y cuando, para salvar la dificultad de fundamentar autónomamente el dolo o la imprudencia de la propia persona jurídica, estos se hacen depender de que exista dolo o imprudencia en la actuación de la persona física,<sup>12</sup> ¿no están en realidad claudicando los defensores del modelo de autorresponsabilidad en el intento y reconociendo que el sistema será de heterorresponsabilidad, con la consiguiente merma, en mi opinión, también del principio de responsabilidad personal, por mucho que se diga que dolo e imprudencia son solo una parte del complejo juicio de culpabilidad de la persona jurídica? Al menos habrá que reconocer que se claudica parcialmente.<sup>13</sup>

### 3.2.3 La Culpabilidad

Algo similar sucede con el concepto de culpabilidad, otro de los motivos que llevó tradicionalmente a rechazar la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica. Desde luego, si se parte de un concepto psicológico de culpabilidad, la posibilidad cae por su peso. Sin embargo, las teorías psicológicas de la culpabilidad están superadas hace mucho tiempo. Tal vez puede pensarse las normativas ofrecen más opciones.

Los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas apelan a menudo aquí también a los fallos, defectos o déficits de organización, si bien con muy distintos matices<sup>14</sup> (lo cierto es que no siempre se distingue bien si estos se refieren al injusto o a la culpabilidad de la persona jurídica). Una de las construcciones más importantes en España, la de Gómez-Jara Díez, está vinculada a una concepción funcionalista sistémica del Derecho penal.<sup>15</sup> Tal vez esta opinión case bien con una concepción minoritaria, funcionalista sistémica, de la culpabilidad para las personas físicas (que no comparto por razones que aquí no es posible explicar), pero no tanto con otras concepciones normativas de la culpabilidad.

---

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO (n. 8), 162 ss.

<sup>13</sup> Sobre las desventajas de un igual tratamiento de dolo e imprudencia en el caso de las personas jurídicas, entre otros y con ulteriores referencias, ENGELS, *Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit im europäischen Kartellrecht*, 2002, 124 s. Y, si se llega a la conclusión de que la responsabilidad de las personas jurídicas establecida en el CP es objetiva (muy claro: GÓMEZ MARTÍN, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.)/Gómez Martín (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 365), entonces es evidente la vulneración del principio de responsabilidad subjetiva.

<sup>14</sup> La elaboración probablemente más frecuente de la idea proviene de TIEDEMANN, que la ha difundido en muchas publicaciones en diferentes países (v. solo TIEDEMANN NJW 1988, 1172).

<sup>15</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, 201 ss. y *passim*; el mismo, (n 9). 95 ss.; el mismo, *ZStW* 119 (2007), 315 ss. Aunque su cercanía a JAKOBS es clara, este autor hace referencia a sus diferencias de opinión con Jakobs en relación con nuestro tema, y con razón: v. JAKOBS, *FS Lüderssen*, 2002, 559 ss., 570 ss.

A veces se matiza más y se dice que la culpabilidad de las personas jurídicas se fundamentaría en que su mala organización generaría una cultura empresarial de incumplimiento, contraria a la correcta ética empresarial y generadora del riesgo de que se cometan delitos o de una incorrecta, inadecuada o insuficiente disposición jurídica propiciadora de hechos que reflejarían una inadecuada cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Pero llamar a eso culpabilidad resulta rechazable si, como es mi caso, no se entiende (o no se entiende exclusivamente) esta como reprochabilidad, sino como atribuibilidad (del hecho a un sujeto), y se procura un alejamiento de fundamentos exclusivamente morales o éticos de la culpabilidad.

Pero incluso teorías normativas de la culpabilidad que admiten el carácter de reproche de esta, como la aún muy extendida del reproche por no haber actuado de otro modo pudiendo hacerlo, resultan incompatibles por partir de una idea de libertad (con mayúscula y absoluta o más limitada y razonable) difícilmente predicable, ni siquiera de manera analógica, de la persona jurídica. Y si se sostienen (combinadas o no con algo parecido a la anterior) concepciones de la culpabilidad (con o sin ese nombre) basadas en la motivabilidad o accesibilidad del sujeto por la norma (especialmente acertada me parece la que habla de motivabilidad normal por la norma), va a ser muy difícil entender que una persona jurídica se motive ella misma (se organice como se organice).<sup>16</sup>

Y aquí se torna dudoso el respeto de principios tan fundamentales como los de culpabilidad e igualdad (que guardan importantes vínculos entre sí).

### 3.3 OTROS PROBLEMAS DE TEORÍA DEL DELITO

Como no puedo alargarme aquí en exceso, señalaré solo que, probablemente en buena medida porque la regulación de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido sin mayores precisiones (salvo en algunos casos, como el de las atenuantes) en el CP al lado de la de las responsabilidad de las personas físicas, se producen dificultades en relación con algunas figuras de la teoría del delito, como causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o incluso de la punibilidad, agravantes, etc. Y, desde luego, en aspectos del tipo objetivo como la autoría y la participación y el *iter criminis*, si se van planteando las diferentes posibilidades de calificación de las “conductas” de la persona física y la jurídica.

---

<sup>16</sup> Exhaustivamente, contra la posibilidad de culpabilidad colectiva (y con la propuesta de fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas en una “responsabilidad estructural”), CIGÜELA SOLA, La culpabilidad colectiva en el Derecho pena. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa, 2015, *passim*.

### 3.4 VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI

Resumiendo lo anterior, no cabe hablar en mi opinión de los elementos de la teoría del delito en relación con las personas jurídicas (que ni siquiera cometen delitos), salvo cambiando su significado de manera, bajo mi punto de vista, artificiosa. En algunas cuestiones, ello no posee una relevancia meramente clasificatoria o terminológica, sino que el contenido que se le pretende dar a los elementos del delito para personas jurídicas no deja claro el respeto a principios y garantías penales básicos, de modo que la “otra” teoría del delito no supera las dificultades que pretende no insalvables. Hemos hablado ya de los principios de igualdad, responsabilidad personal, responsabilidad subjetiva, proporcionalidad y culpabilidad; pero incluso podríamos cuestionar (dejemos aquí la cuestión abierta) si se respetan las garantías materiales más importantes del principio de legalidad y hasta el *ne bis in idem*.<sup>17</sup>

## 4 TERCERA TESIS: LAS “PENAS” PARA PERSONAS JURÍDICAS NO SON PENAS

El art. 33.7 CP español establece un catálogo de lo que literalmente denomina “penas aplicables a personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves” que incluye (prescindo aquí de precisiones) multa, disolución, suspensión temporal de actividades, clausura temporal de locales y establecimientos, prohibición temporal o definitiva de actividades futuras como las relacionadas con la comisión del delito o su favorecimiento o encubrimiento, inhabilitación temporal para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y obtener beneficios e incentivos fiscales o de Seguridad Social e intervención judicial temporal para salvaguardar los derechos de los trabajadores o los acreedores. Algunas de ellas pueden ser adoptadas como medidas cautelares en la instrucción de la causa. El resto de preceptos que se refieren a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o establecen su aplicación a delitos concretos hablan igualmente de “penas”.

Sin embargo, de mis tesis anteriores se deduce ya la imposibilidad de que se trate de auténticas penas: si la pena tiene como presupuesto la comisión de un delito y la culpabilidad del sujeto, difícilmente podrá haber penas para personas jurídicas, pues estas ni cometen delitos ni son susceptibles de culpabilidad. Naturalmente, de nuevo podemos

---

<sup>17</sup> Muchos autores mencionan riesgos para las garantías. V. solo a modo de ejemplo SCHÜNEMANN ZIS I-2014, 1 ss., 17 s.

señalar que las etiquetas y hasta las convenciones lingüísticas pueden retorcerse y llamar penas a esas medidas que prevé el CP. Pero, como he señalado antes en relación con otros conceptos, no por mucho aplicarles el nombre reunirán las características que, en una larga elaboración, se atribuyen a las penas.

Si la persona jurídica no puede ser el destinatario de la norma penal, ¿cómo va la pena a desplegar sobre ella sus fines, sea como sea que estos se conciban, es decir, como retribución o como prevención (general o especial) de hechos que, por lo demás, no ha cometido ni podrá cometer en el futuro ni ella misma ni otras personas jurídicas?

Para no insistir demasiado, cabe además recordar que esas penas vulnerarían principios como el de responsabilidad subjetiva, personal, culpabilidad, etc. y hasta pondrían en tela de juicio otros como el *ne bis in idem*.

¿Qué naturaleza poseen realmente esas “penas” o medidas? Se pueden observar diversos matices en las distintas medidas,<sup>18</sup> pero básicamente tendrían la función de reforzar la prevención general frente a eventuales delincuentes (¡personas físicas!), disuadiéndoles de utilizar la estructura de la persona jurídica para cometer delitos, así como poseerían una eficacia preventivo-especial frente a quienes (¡personas físicas!) han delinquido, evitando que utilicen en el futuro la cobertura o facilidades que para delinquir pueda ofrecer la persona jurídica.<sup>19</sup> Probablemente, como señala Luzón Peña,<sup>20</sup> la utilización del nombre de “penas” (y de “responsabilidad penal”) por la ley española opera también un efecto preventivo-general añadido sobre las personas (¡físicas!) que dirigen las personas jurídicas, a la vista del mayor coste reputacional (daño o riesgos para la reputación) que supone la “pena” frente a medidas con denominaciones más neutras.

En todo caso, la multa es la única sanción que en su contenido material (y hasta en su denominación) se distingue de las “consecuencias accesorias” que para personas jurídicas preveía el anterior art. 129 CP, que hoy reserva tales consecuencias para entes sin personalidad jurídica, con contenidos similares, salvo, de nuevo, la multa y también la disolución, esto último en coherencia con la falta de personalidad jurídica, pero previéndose (parece que a semejanza de la disolución) la posibilidad de “prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”.

---

<sup>18</sup> V., por ejemplo, MIR PUIG, Foro FICP 2015-2, 140 ss., 144 ss.

<sup>19</sup> Así, subraya ambos fines, LUZÓN PEÑA PG, 3ª ed., 2016, 1 nm. 35.

<sup>20</sup> LUZÓN PEÑA PG, 3ª ed., 2016, 1 nm. 42 ss.

## 5 CUARTA TESIS: LAS NECESIDADES POLÍTICO-CRIMINALES PUEDEN RESOLVERSE DE OTRA MANERA

En nuestro entorno está mayoritariamente superado mediante regulaciones del llamado “actuar por otro” (§ 14 StGB, art. 31 CP) el problema de la no concurrencia en la persona física de los elementos cualificantes en un delito especial (utilizo conscientemente la terminología tradicional, pretendiendo un sentido amplio), que sí concurrirían en la persona jurídica. Así, queda solo el problema fundamental de la eventual utilización de la estructura de la persona jurídica como refugio o “coraza” para la comisión de delitos por personas físicas que actúan en su seno o frente su persecución, problema o peligro que sus defensores consideran conjurado con el establecimiento de responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

Pues bien, entiendo que no es necesario para ello establecer ese régimen, sino que bastan otros modelos: por ejemplo, al margen de sus eventuales defectos concretos, el de consecuencias accesorias que se fijaba en el CP español de 1995 (art. 129) hasta su reforma en 2010, que ya he mencionado brevemente. Ello no implica necesariamente hablar de responsabilidad civil o administrativa. Puede hablarse en un sentido amplio de responsabilidad “criminal” (en referencia a responsabilidad por crímenes cometidos, naturalmente por personas físicas, pero en el seno y en relación con la actividad de personas jurídicas), atendiéndose con ello a necesidades preventivas plausibles e incluso reforzando la idea de coste reputacional a la que ya me he referido más arriba.<sup>21</sup>

Hablar de responsabilidad penal y de penas y regular el sistema en el propio CP no es conveniente, aunque solo sea por el riesgo de contagio de ese régimen (necesariamente más laxo en garantías) al de personas físicas. Si, como afortunadamente no es el caso en España, la responsabilidad de la persona jurídica sustituyera a la responsabilidad penal de la persona física, se crearían incluso factores criminógenos.<sup>22</sup> La responsabilidad de la que hablo podría regularse en una tan en boga “ley integral” (a ser posible sin más añadidos o adjetivos) que contuviera también los importantes aspectos procesales que el régimen implica y un refuerzo de la conveniencia de establecer sistemas serios y rigurosos, con implantación real,

---

<sup>21</sup> LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016., 1 nm. 35. Esta naturaleza “criminal” de la que hablo no es extraña respecto de otras consecuencias del delito, como las medidas de seguridad (que no presuponen culpabilidad y por ello no vulneran el principio de culpabilidad) e incluso las medidas para delincuentes menores de edad y jóvenes.

<sup>22</sup> Incluso en los Estados Unidos de América hoy en día la finalidad principal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece más bien la cooperación de estas en la persecución penal de aquellos de sus miembros que cometen delitos que la propia punición de la sociedad: v., p. ej., HASNAS ACLR 46 (2009), 1354.

de *compliance*, tal vez el fin más perseguido (por razones diversas, más o menos plausibles) por las nuevas regulaciones de la responsabilidad “penal” de personas jurídicas.<sup>23</sup>

Frente a la acusación de nominalismo o formalismo que a veces se nos hace a quienes nos oponemos a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídica, en el sentido de que, al fin y al cabo, esta supone una mayor garantía por el control de esa responsabilidad por un juez penal en un proceso penal,<sup>24</sup> se puede preguntar: ¿qué se gana forzando la teoría del delito, el concepto tradicional de responsabilidad penal en sentido estricto, el de pena para intentar incluir en ellos a las personas jurídicas en cuyo seno y provecho las personas físicas cometen (¡estas sí!) delitos? En mi opinión, si acaso, confusión, riesgo de contagio de la relajación de principios fundamentales a todo el Derecho penal y probable distorsión de categorías penales que han tendido a servir de garantía a los ciudadanos. El ya mencionado más arriba sistema de consecuencias accesorias, por ejemplo, también se somete al control de un juez penal. Y, en todo caso, la “ley integral” que sugiero puede dejar el procedimiento en manos de un juez penal sin ningún problema y rodearlo de garantías (diferentes en todo caso de las que rigen para la auténtica responsabilidad penal en sentido estricto, la de las personas físicas).

## 6 TESIS CONCLUSIVA: *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

Muchas explicaciones y razonamientos adicionales serían necesarios en torno a la (en mi opinión, mal) llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. No son aquí posibles. Pero, si las tesis brevemente enunciadas anteriormente resultan correctas, se alcanza, al igual que lo hace un importante sector doctrinal,<sup>25</sup> la conclusión de que no es posible hablar estrictamente de responsabilidad penal o punibilidad de las personas jurídicas ni siquiera en ordenamientos jurídicos como el español. De modo que, incluso en estos ordenamientos jurídicos, *societas delinquere non potest* o, si se prefiere y de manera más completa, *societas delinquere nec puniri potest*.

---

<sup>23</sup> Entre muchos otros, absolutamente claro SCHÜNEMANN ZIS 1-2014, 17 s.

<sup>24</sup> Así, p.ej., GÓMEZ ALLER, Jacobo Dopico (Dir.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva, 2012, 67.

<sup>25</sup> Por citar solo a unos pocos autores españoles, pero también conocidos en Alemania: GÓMEZ MARTÍN, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.)/Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012, 331 ss.; Mir Puig, PG, 10ª ed., 2015, 7 nm. 58 ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 1 nm. 35, 11 nm. 38 ss. Especialmente combativos en su crítica, en Alemania, SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, 1 ss. (quede abierta o pendiente aquí la cuestión de si se trata de un “zombi político-criminal”; se trata, como mínimo, de una construcción muy artificial) y, en España, GRACIA MARTÍN, Foro FICP 2015-2, 149 ss.

## BIBLIOGRAFÍA

- CIGÜELA SOLA, Javier. **La culpabilidad colectiva en el Derecho penal**: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- ENGELS, Hartmut. **Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit im europäischen Kartellrecht**. Berlin: Verlag Spitz, 2002.
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico (Dir.). **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009**: una reflexión colectiva. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Buenos Aires: Bdef, 2010.
- \_\_\_\_\_. Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffs. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 119, p. 290-333, 2007.
- \_\_\_\_\_. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Falsa alarma: o sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “societas delinquere non potest”. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). **Garantías constitucionales y Derecho penal europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 331-383.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2015.
- GRACIA MARTÍN, Luis. La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. **Foro FICP**, Barcelona, n. 2, p. 149-231, jul. 2015.
- HASNAS, John. The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability. **American Criminal Law Review**, v. 46, n. 1329, p. 1329-1358, 2009.
- HEINE, Günter. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen**: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken. Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 271 e ss.
- JAKOBS, Günther. Strafbarkeit juristischer Personen? In: PRITTWITZ, C. et al. (Ed.). **Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Lecciones de Derecho penal**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia. Die Strafbarkeit juristischer Personen in Spanien bei Begehung von Übertretungen, erläutert an einem Fallbeispiel. In: ROXIN, Claus; ZÖLLER, Mark A.; HILGER, Hans (Hrsg.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013**. Band 250. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1371-1386.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte General. 10. ed. Barcelona: Reppertor Editorial, 2015.
- \_\_\_\_\_. Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad. **Foro FICP**, Barcelona, n. 2, p. 140-148, jul. 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre. 3. ed. München: CH Beck, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts**: ein kriminalpolitischer Zombie. München: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), I-2014. p. 1-18.

TIEDEMANN, Klaus. Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt am Main, n. 19, p. 1172, 1988.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.