

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: «LA RESPONSABILIDAD PENAL DE EMPRESAS, FUNDACIONES Y ASOCIACIONES», 2008

PABLO GONZÁLEZ SIERRA

*Abogado y Maestro en Derecho penal
Universidad de Guanajuato, México*

Para Zugaldía Espinar no es nada nuevo el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De hecho fue él quien realizó un estudio solitario y pionero sobre el tema hace ya veintiocho años (1). En su «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional —societas delinquere non potest—» publicado en el número 12 de Cuadernos de Política Criminal, en 1980, hace reflexiones visionarias y, por así decirlo, anticipadas a su tiempo, respecto de la necesidad imperiosa de revisar los conceptos dogmáticos, que constituyen un obstáculo para la política criminal (así lo señalaba), pues impiden criminalizar a las empresas y asociaciones que en la realidad cotidiana suelen cometer acciones de un daño social muy importante.

Incluso antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 insistía Zugaldía Espinar sobre el tema, siempre con la misma exigencia: Es menester que la dogmática jurídico penal alcance el avance progresivo de la política criminal, para poner «al derecho» este actual mundo «al revés», donde la aplicación «selectiva-personal» del Derecho Penal lo ponía en su punto de quiebra al aplicar sanciones por delitos de bagatela a personas físicas por delitos menores, y permitir que el Derecho administrativo sancionador impusiera cuantiosas multas a empresas o asociaciones respecto de conductas que pusieran en crisis el sistema económico del país (por ejemplo) (2).

Casi siempre las reflexiones visionarias y anticipadas a sus tiempos constituyen motivos de críticas y tomas de posturas contrarias

(1) Antes de ello solo se publicaron los trabajos de BARBERO Santos, Marino, «¿Responsabilidad penal de la empresa?», en *Actualidad penal*, 1987-1, y «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», *Revista de Derecho Mercantil*, 1957. En ellos hace apología del dogma *societas delinquere non potest*.

(2) ZUGALDÍA Espinar, José Miguel, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *Cuadernos de Política Criminal*, número 53, 1994, pp. 614 y 617 y ss.; el mismo, «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)», en *Hacia un derecho penal europeo económico. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 723 y s.

de la gran mayoría de los tratadistas. No fue la excepción el estudio de Zugaldía Espinar.

Pero también, como siempre sucede con los cracks que rompen paradigmas (dicho en el esquema de Thomas S. Khunt), la idea se acercó a su tiempo y llegó a él. Cada vez más detractores se han ido convenciendo (como es el caso de Miguel Bajo Fernández (3)) y las nuevas generaciones de penalistas han adoptado esta postura y esa idea como temas principales en sus investigaciones.

Visto a lontananza, el estudio que Zugaldía Espinar publicó hace veintiocho años fue y es al día de hoy un análisis vivo y vigente de las razones que se tienen para trocar al dogma, y la forma o manera de enfrentar el nuevo tema: *societas delinquere potest*. Seguramente por su vigencia y actualidad el autor reproduce ese estudio en el primer capítulo de su monografía.

La monografía es prologada por don Gonzalo Quintero Olivares. Estima que las llamadas consecuencias accesorias del artículo 129 CP de 1995 no son verdaderas penas, y no pueden tomarse como una plasmación de una responsabilidad propia de las personas jurídicas. Empero previene que el peso de los tiempos y la política criminal conjunta europea acabarán haciendo realidad un régimen de responsabilidad criminal de las empresas que pronto llegará a ser derecho positivo.

El primer capítulo constituye un análisis de la conveniencia político criminal de criminalizar a las personas jurídicas. Influenciado por Bacigalupo Zapater (Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979) y el Xº Congreso Internacional de Derecho comparado celebrado en 1978 en Budapest, Zugaldía Espinar denuncia que en el afán de defender un concepto, el sistema dogmático de derecho penal sucumbe y se estanca ante el proceso de progresiva racionalización de las ciencias sociales.

En efecto, mientras que las conclusiones de reuniones científicas de derecho penal en el mundo recomendaban el enjuiciamiento criminal de las personas jurídicas, y los países con órdenes jurídicos de familia anglosajona no tenían ningún problema de criminalizar a las personas morales, por el menor rigor dogmático, en España constituye el *societas delinquere non potest* un paradigma inexpugnable e inconvencible.

(3) «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en *ADPCP*, mayo-diciembre 1981, pp. 372 y ss., donde se mostraba crítico. Mientras que ha cambiado su postura en «La responsabilidad penal colectiva», en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, VII, Madrid, 2006, p. 33 y ss.

Luego de exponer la evolución legislativa en otros países y en España (en donde los Proyectos de Código Penal de 1884, 1891, 1912 y 1920 admiten la responsabilidad penal de las empresas; lo que cristaliza en el artículo 44 del Código Penal de 1928 (4)), expone los argumentos y contrargumentos en base a los que se niega o afirma la posibilidad dogmática de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas.

Desde la negación (y los contrargumentos de la afirmación) de la posibilidad de acción de la persona jurídica, hasta la culpabilidad y la inidoneidad de sufrir penas, incluyendo los aspectos problemáticos del proceso penal y las inconveniencias político criminales (que también las hay) para enjuiciar a las personas jurídicas, son estudiadas y analizadas por Zugaldía Espinar.

En el segundo capítulo realiza un breve análisis de la figura jurídica actuar en nombre de otro prevista en el artículo 31.1 del Código Penal de 1995, con el objetivo de distinguirla del topos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Al hacerlo también perfila de mejor manera el tema de la monografía al distinguir la criminalidad en la empresa y criminalidad de la empresa (que es el contenido de la obra), así como la responsabilidad penal de los directivos de las empresas en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas.

Dentro del capítulo tercero Zugaldía Espinar se posiciona dentro del debate doctrinal: es posible realizar una revisión de las categorías dogmáticas penales de la imputación, culpabilidad e idoneidad y personalidad de las penas, para adscribirlas a la forma de ser y de funcionar de las personas jurídicas, con respeto de los principios constitucionales.

Luego de realzar la necesidad político criminal de hacer responder penalmente a las personas jurídicas, desestima como única herramienta jurídica para contrarrestar esas nuevas formas de criminalidad al derecho administrativo sancionador. Argumenta a favor del derecho penal como el instrumento jurídico idóneo contra las conductas criminales de las personas jurídicas por su carácter simbólico, esto es, se trata de superar la simple infracción administrativa para atribuir la etiqueta de criminal a las personas jurídicas que provoquen un aumento de riesgo no permitido con alto contenido de dañinidad social.

Desarrolla así los presupuestos metodológicos que podría tener una nueva teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídi-

(4) Por cierto, reproducido en el artículo 11 del Código Penal Federal en México, hoy vigente desde 1931.

cas. Estima que un modelo de autorresponsabilidad penal (o responsabilidad penal propia) de la persona jurídica adecuado es el del hecho de referencia. El sustrato material para afirmar la acción de la persona jurídica siempre será el que realiza una persona física, pero lo decisivo será construir los criterios normativos para el sí, cómo y cuándo atribuir esa responsabilidad a la persona jurídica. No es un simple «transferir» una responsabilidad penal de una persona a otra, sino atribuir normativamente la responsabilidad a la jurídica, independientemente del de la persona física.

El autor hace enseguida una breve y sustancial relatoría de las posiciones metodológicas para atribuir la conducta y la culpabilidad a la persona jurídica. Es de mencionarse que aún y cuando los sistemas funcionalistas o autopoieticos parecen resolver bien el problema dogmático, a tono con sus presupuestos metodológicos (la persona jurídica es un sistema que puede incrementar riesgos no permitidos y soportar comunicativamente la consecuencia de la infracción de la norma), prefiere ensayar modelos apartándose de esos presupuestos metodológicos.

Concluye al respecto que «el sistema del hecho de referencia y los sistemas funcionalistas tiene bastantes elementos en común... ambas construcciones vienen a coincidir en que el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en el fondo, es un problema de imputación normativa tanto del injusto como de la culpabilidad» (5).

En otro orden de ideas, mientras los tratadistas discuten los legisladores han abierto plaza y, con criterios pragmáticos y atendiendo a la evidente necesidad social, han roto el dogma de que las sociedades no pueden delinquir.

No solamente se ha quedado en recomendaciones o el Corpus Iuris de la Unión Europea, sino que las legislaciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza, y desde luego España, admiten la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Zugaldía Espinar se suma al pequeño universo de penalistas (que cada vez crece más) de considerar «las consecuencias accesorias» del artículo 129 CP 1995 como verdaderas penas. En el capítulo cuarto concluye que por exclusión, si no pueden ser ni consecuencias de tipo civil, administrativo, sanciones preventivas-reafirmativas o que privan a la persona física del instrumento peligroso (la empresa), ni tam-

(5) P. 149 y 150

poco medidas de seguridad, entonces deben ser penas. Que además de todo, es preferible esa consideración pues así se impregna su imposición de las garantías que proporciona el derecho penal, esto es, un sistema de responsabilidad directa o de la propia empresa, en el que se aplique la pena si y sólo si a la empresa se le puede atribuir el resultado socialmente dañoso y se le puede reprochar su propia culpabilidad.

Un sistema garantista exige unos presupuestos dogmáticos para la aplicación de la sanción a la persona jurídica. Propone que solo se aplicará la pena si «una persona competente vinculada a la persona jurídica (directivo o trabajador) realice un hecho de referencia típico vulnerando deberes de la persona jurídica en el ejercicio de las actividades sociales (giro de la empresa) en interés de la persona jurídica; se exige también dolo o imprudencia por parte de la empresa y que todo ello ocurra como consecuencia de haberse omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control (defecto de organización que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de la empresa» (6)⁶. Puntos que el autor desarrolla posteriormente.

El Proyecto de Ley Orgánica de Reforma al Código Penal de 15 de enero de 2007 merece especial atención en el trabajo monográfico que se reseña. El capítulo quinto es dedicado a su detallado análisis.

Luego de justipreciar en términos generales el Proyecto de Reforma, y desde luego, criticar inconsistencias y contradicciones, divide en Parte General y Parte Especial su estudio.

A las claras se puede concluir que el PLORCP coincide con lo previamente propuesto por Zugaldía Espinar acerca de una verdadera responsabilidad directa de la persona jurídica y con sus criterios de imputación (acción y culpabilidad —salvo algunas contradicciones también evidenciadas por el autor—).

La monografía que se reseña no se limita al ámbito sustantivo de la responsabilidad de las personas jurídicas, sino que también aborda el aspecto procesal. La admisión sin tapujos del dogma *societas deliquere potest* implica necesariamente cambios sustanciales en la forma en que se debe juzgar a las personas jurídicas. De *lege ferenda* se proponen resolver aspectos relativos a la especialización de la jurisdicción, la forma de estar presente en el proceso penal, las características de la acción penal, medidas precautorias, entre otras cosas. Esto en el capítulo sexto.

Y por último, en el capítulo séptimo el autor realiza una valoración global del PLORCP de 15 de enero de 2007, verificando sus as-

(6) P. 214.

pectos positivos y las áreas de oportunidad en las que es posible mejorar.

La obra del Profesor Zugaldía Espinar constituye, sin duda alguna, una contribución fundamental para el debate dogmático español, sobre todo, porque pone al día al lector al abordar de manera profunda el PLORCP de 2007. Finalmente es el producto de una forma de pensar coherente desde hace más de 28 años.

Concluyo señalando que no estoy tan convencido de que el criterio metodológico y, en consecuencia, los presupuestos dogmáticos que el autor maneja, sean los que reflejen en verdad un modelo de responsabilidad directa o propia de la persona jurídica (de lege ferenda). Con ese esquema (aparentemente simple y sencillo), tal vez ni la acción (ni el dolo y la culpa) ni la culpabilidad le pertenecen en realidad a la persona jurídica; lo que podría dar lugar a serios problemas de imputación y llegar a consecuencias rechazables. Sin embargo, tampoco se puede negar que son los criterios pragmáticos los que campean en la reforma en el Código Penal español para generar el sistema jurídico penal de las personas jurídicas.