

SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

MANUEL COBO DEL ROSAL
Catedrático Jubilado de Derecho Penal
Abogado

Fecha de recepción: 10-07-2012
Fecha de aceptación: 04-09-2012

RESUMEN: El presente artículo contempla unas reflexiones críticas y la particular visión del autor sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basándose en su amplia experiencia teórico-práctica y en su consideración como referente en la Doctrina penal española.

PALABRAS CLAVE: *Persona jurídica, responsabilidad penal, «societas delinquere non potest», Doctrina penal española.*

ABSTRACT: *This article provides a critical reflection and personal view of the author on the criminal liability of legal persons, based on their theoretical-practical experience and in his consideration as a reference in the Spanish Penal Doctrine.*

KEY WORDS: *legal person, criminal liability, «societas delinquere non potest», spanish criminal Doctrine.*

SUMARIO: I. SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

Uno de mis maestros, el profesor Juan del Rosal, publicó en la editorial Reus en 1952 el texto ampliado de una conferencia que pronunció en la Academia Matritense del Notariado el día 31 de mayo de 1948 y al inicio llevó a cabo una reflexión muy general que, por su interés actual, me permito reproducir a continuación:

“De antiguo ronda la preocupación por el presente tema, la cual se ha agigantado en el último tercio del pasado siglo y en el actual ante el auge adquirido por las llamadas personas morales en la vida de relación de la comunidad contemporánea, con las naturales repercusiones en el ámbito

del saber jurídico. Bastaría subrayar este aserto con sólo señalar la incontable bibliografía en el Derecho privado y público.



Tampoco el penalista ha quedado aislado en este concierto de opiniones, sobre todo en los últimos cincuenta años, como consecuencia de la participación de estas personas en el tráfico jurídico y, por desgracia, en el orbe de los delitos.

Dicha conferencia-artículo, con el título “La sociedad como ente penal” ha sido, como es frecuente suceda en la actual literatura penal española, con gran frecuencia, por decir así, “ninguneada” por los modernos autores que han escrito sobre el tema, lo que objetivamente debiera resultar inexplicable, pero no subjetivamente, dado el desarrollo de la cuestión jurídica y el total contenido del mismo, de mucho más nivel que las absurdas elucubraciones que se están llevando a cabo por algunos y otros autores contemporáneos que se creen de vanguardia. Tampoco hacen mención a Quintiliano Saldaña, Catedrático de Derecho penal de la Universidad entonces Central de Madrid y junto con Del Rosal fueron quienes desarrollaron el tema con cierta seriedad en el pasado siglo. Inexplicable. Los autores modernos tienen el censurable vicio de no citar a los antecesores españoles, quizá porque escriben en español y el plagio puede comprobarse generalmente. Prefieren citar a alemanes a los que más escasamente se tiene acceso, en una actitud ladina y un tanto esnobista, cuando no profundamente palurda y cateta, prefiriendo adherirse a una opinión extranjera, aunque sea disparatada, y para ello ocultan ignorantemente lo que han dicho con anterioridad autores que han escrito en español, con bastante sensatez por cierto, a diferencia de sus

contribuciones, por lo demás muy insensatas, que rozan gran parte de las veces la vigencia del simple sentido común.



“Tres palabras del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas en papel-basura”. Esta frase del Fiscal alemán Von KIRSCHMANN, quizá por su simplismo, cuando no su superficialidad, tuvo algún éxito en ciertos sectores de opinión del pasado siglo. La respuesta del Profesor MEZGER no dejó lugar a dudas de ninguna clase: Lo que ha sido Derecho penal, aunque legislativamente se derogue, merece la pena que sea investigado, afirmaba con su habitual certeza y sagacidad el maestro alemán, hoy políticamente censurado, y cómo no, por algún que otro autor español de cuya obra me ocupé con cierto detalle hace pocos años en la conocida revista Cuadernos de Política Criminal, que me honré en fundar y en dirigir durante años.

Para aquellos que no tiene como posición jurídica e intelectual el estudio a fondo del Derecho penal positivo, la frase se utilizaba como un látigo contra quienes apoyamos, siempre y en todo caso, el normativismo penal como principal y único objeto de conocimiento de las Ciencias de Derecho penal, y no digamos de la aplicación de la justicia criminal. En el anterior sentido, debe recordarse, como en su día dijo, muy sensatamente, el filósofo Karl JASPERS, que “no hay realidad más patente para cerciorarnos de nosotros mismos que el estudio de la Historia”. Y no digamos, en nuestro caso, del estudio de la Historia del Derecho, hoy tan injustamente menospreciada y olvidada por la doctrina que pretende ser científica en España.

Los autores que han huído del positivismo jurídico, entre los que se encuentran, muy destacadamente, los llamados partidarios de la teoría de la acción finalista que formulara el que fuera mi maestro en la Universidad de Bonn, H. WELZEL, formularon principios más de filosofía del Derecho que de Derecho penal en sentido estricto y construyeron, con él a la cabeza, la teoría que se va a denominar de la “naturaleza de las cosas” y que se va a constituir en el fondo del pensamiento de las llamadas estructuras lógico-objetivas del ser de las cosas. Así se pudo mantener, a principios de los sesenta del pasado siglo, por WELZEL y sus fieles acólitos, no sólo germanos sino también españoles e iberoamericanos, que el Derecho penal positivo que no se ajuste a esta idea prelegislativa de las estructuras lógico-objetivas del ser de las cosas, es un derecho injusto y nulo, utilizando el parecido esquema mental y metódico como hicieron, también en el pasado siglo, los iusnaturalistas.

Ha sucedido, sin embargo, que la actitud cerradamente negativa del denominado neoclasicismo, expresión del pensamiento políticamente neoliberal, más precisamente socialdemócrata, le hicieron confesar a los arrogantes finalistas, a llevar a cabo una tardía confesión, en el sentido de que la metódica del finalismo no es más que un estudio de una propuesta de *lege ferenda* para conseguir una justicia penal más justa, según se expresara en sus últimos años el propio Hans WELZEL y, posteriormente, sin titubeo alguno, el profesor de la Universidad de Colonia HIRSCH.

El pensamiento neoclásico con su solidez neoliberal del Derecho penal moderno y una serie de puntos fundamentales indemostrados en más

de medio siglo por los entusiastas finalistas, abocaron a esa tardía confesión, que no es más que una especie de retirada a tiempo.



Debe tenerse en cuenta que con la aparición de los Estados totalitarios, muy exacerbados en la Europa central, se hizo tabla rasa de una estructura armoniosa del delito, creada, con sumo equilibrio, por el pensamiento liberal. Pretendieron configurar una nueva concepción del delito y atacaron política y furibundamente el clásico y lógico método analítico, siendo sustituido por un método unitario, por no decir totalitario, y que supuso, y plantó sus raíces, todavía florecientes, una especie de caotización de la teoría jurídica del delito, analítica, como debe ser, a lo largo de los años.

La caída después de perder la Segunda guerra mundial con la consiguiente e inmediata derogación del Derecho penal nazi, no va a comportar la total desaparición doctrinaria de una serie de actitudes, en cuanto se refieren a los principios clásicos que, disimuladamente pretendieron vestir, y es curioso, con un ropaje progresista, que no lo son, ni mucho menos, respetuosos con los principios de un Derecho penal de verdad, liberal y democrático. Todavía están influidos por las ideas totalitarias que ahora no definen de forma expresa, pero sí solapada o quizá por confusión o simple mimetismo y que pretenden sean tenidas como los paladines, curiosamente, del sumo progresismo, por supuesto con una extraña mezcla de izquierdismo político que genéricamente ofrece un singular conglomerado que, en el fondo, no es más que una manera de negar aquellos postulados, que los juristas nazis denominaban pensamiento

decadente y burgués del Derecho penal liberal, expresión de la no menos decadente y egoísta burguesía de la época.



Por esa y por otras razones, estoy completamente de acuerdo con mi colega y, en su día, condiscípulo, profesor RODRÍGUEZ MOURULLO, cuando ocupándose del tema societas delinquere non potest, en la reciente reforma del año 2010, cuando dice en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid correspondiente al mes de septiembre de ese mismo año:

“El legislador de 2010 demuestra de este modo un preocupante menosprecio por la legalidad ordinaria vigente y por los principios establecidos por el Tribunal Constitucional, como si todo ello fuese absolutamente indiferente. Se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas con absoluta indiferencia de la definición legal del delito recogida en el artículo 10, del principio de responsabilidad subjetiva consagrado en el artículo 5, ambos del Código penal, y de los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena proclamados por el Tribunal Constitucional”.

Curiosamente, una misma identidad metódica y de los principios penales nos va a conducir, andando los años, a unas mismas conclusiones en el tema que hoy me ocupa, que voy a intentar complementar en la misma línea de pensamiento, reforzándolo con argumentos, principalmente técnico-jurídicos, como corresponde a quienes hemos entregado nuestra vida al estudio de las Ciencias de los delitos y las penas.

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas queda totalmente en el vacío puesto que, a pesar de que sean, por decir así, receptoras de pena, en general, lógicamente no privativas de libertad, pero sí sobre todo de limitaciones de otros derechos, de orden económico y comercial y hasta de disolución (pena de muerte) se trataría de una especie de feo “pegote colgado malamente o en el delito de otros ya sean sus directivos, administradores o quienes actúan en nombre y representación de esas sociedades (personas morales).

En esos casos, seriamente no puede hablarse de una teoría jurídica del delito por muchas fantasías interpretativas que se utilicen, por la sencilla razón de que las personas jurídicas seguirán y siguen siendo entes de ficción que no tienen capacidad de acción ni de culpabilidad. Algún autor, quizá pretendiendo hacer una gracia, que no la tiene, ha afirmado que, en caso de discrepancia, “peor para la dogmática” (Zugaldía Espinar, J.M., La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones, Valencia, 2007), literalmente afirma que si subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues peor para esta última. Gracia, como digo, a mí no me hace ninguna, y será difícil encontrar algún penalista medianamente serio que sonría con tamaño gracejo. Y no es que podamos proclamar, sino que debemos afirmar que existen muchas discrepancias puesto que las dificultades no presentan solución de ninguna clase, dada su naturaleza aporética. De manera que cuando se echan las campanas al vuelo y se afirma rotundamente que las personas jurídicas cometen delitos puede contradecirse diciendo que NO tajantemente.

Ni fáctica ni jurídicamente pueden cometer delitos de clase alguna ni por acción ni por omisión, ni delitos con resultado, ni delitos simplemente formales, ni siquiera los más espiritualizados delitos de desobediencia, pues como ya he puesto de manifiesto en otras ocasiones, las sociedades carecen de las facultades que tienen las personas físicas y el mismo Código penal que con tanta finura, yo me permitiría decir, con todos los respetos, con cierta zafiedad y grosería, ha hecho brotar como una especie de espurio hongo basado en una consecuencia del delito en estricto sentido sólo cometido por las personas físicas entre la basura de la reciente reforma de la reciente reforma del año 2010 y ha proclamado consecuencias limitadoras, negativas y restrictivas para las personas jurídicas, pero no porque hayan sido delincuentes, sino porque se derivan de los delitos cometidos por sus representantes legales de hecho o de derecho o directivos, etc., beneficios de ilícita proveniencia para el patrimonio de las personas jurídicas. Nunca el Código penal alude a que las personas jurídicas, ahora, y así por las buenas, cometen delito. Ni mucho menos.

Desde otra perspectiva, puede concluirse que, en ninguna parte del vigente Código penal se afirma que se construya una autoría criminal de las personas jurídicas. Porque la autoría ni se puede improvisar ni se puede derivar de una prejuiciosa y errática interpretación, por muy buena y amplia voluntad represiva que conlleven mentalidades defensistas extremadamente de la sociedad o del Estado. El artículo 27 CP afirma, con toda virtualidad que son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices y, acto seguido, define taxativamente en los arts. 28 y 29 CP quiénes son autores y quiénes son cómplices. De la literalidad y sentido de ambos artículos, si se leen, como debe ser, de forma

no locoide e imprejuizada, no hay posibilidad de afirmar una societas como realizadora, en régimen de autoría estricta o de complicidad, de infracción penal de clase alguna.



La autoría no es una noción fantasiosa tan versátil como caprichosa, que puede uno inventársela y sacársela de la manga cuando convenga. La autoría, como concepto central de la Parte General del Derecho es una institución definida, taxativamente, por el Derecho penal y con la que se debe ser, en todo momento, congruente pues es uno de los conceptos nucleares del Derecho penal en su parte general, y por tanto no admite ni espurias expansiones ni conmociones ni nada que se le parezca ni siquiera ni por la propia Ley penal. Esta no ha llegado a decir que las personas jurídicas sean o puedan ser autoras o cómplices de delito de ninguna clase, sino que se ha utilizado, rozando el disparate, que las personas jurídicas serán “penalmente” responsables de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de de las mismas y en su provecho por sus representantes legales y administradores de hecho o de Derecho, como dice el art. 31 bis del CP y también serán responsables siempre que las personas físicas de iure pertenezcan a esa societas hayan podido realizar delitos en beneficio de dichas corporaciones. De suerte que se ha llegado al brutal disparate de crear una responsabilidad que se denomina penal, porque sí, sin que se sea autor ni cómplice como es el caso de las sociedades y ya así puede haber todo, como sería la disparatada existencia de un delito sin autor, sin que, en suma, se pueda afirmar la autoría. Eso, no.

La reforma reciente del Código penal ha mantenido el clásico esquema para la autoría criminal del Título XII del Libro I, denominado

“De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas”. Así, el art. 27 CP, el primero de ese Título, categóricamente afirma, sin la menor excepción, que “son reponsables criminalmente de los delitos y faltas, los autores y los cómplices” y, acto seguido, describe a los primeros y posteriormente a los segundos. No aparece persona jurídica de ninguna clase,

De manera que, como decimos, se crea una responsabilidad penal para las sociedades sin que haya habido una declaración jurídico penal de autoría ni de complicidad. No la habido, ni la puede haber, porque no son ni autores ni cómplices de delito o falta de ninguna clase. Porque no puede ser.

En ningún momento el reciente el imprecavido legislador penal español ha proclamado que las sociedades puedan cometer delitos o faltas, sencillamente porque jurídico-penalmente no pueden ser autoras ni cómplices. Sin embargo, en el artículo 31 bis, en su reciente redacción, se alude a que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos en su nombre, por su cuenta o en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Hasta ahí ha llegado el inverosímil y oficioso legislador penal español, que concibe una responsabilidad criminal para las personas jurídicas que no han cometido delito o falta de ninguna clase. De manera que ha creado una absoluta distorsión como es la de la responsabilidad criminal de unas personas morales que no han cometido, porque no pueden cometerlo, delito alguno. Lo habrán cometido sus directivos, sus empleados, pero no ella. Ante tamaña posición, la doctrina española, siquiera sea momentáneamente

ha enloquecido y ha sacado a relucir la bizantina conclusión de los delitos cometidos por esos entes de ficción jurídica que son las sociedades, que nunca podrán cometer, como ha sucedido siempre, delito alguno, porque no pueden cometer ningún hecho, ni tienen capacidad de acción ni menos de culpabilidad. No estamos a presencia de una destrucción o ruptura del viejo brocardo romano de *societas delinquere non potest*, porque quien delinque no son las sociedades, y siguen sin delinquir, puesto que quienes lo hacen son los representantes legales o administradores de hecho o de derecho de las mismas, con su actividad personal y criminal.

De suerte que no tiene el menor sentido plantearse el tema de los delitos y faltas cometidos por las sociedades, obviamente por la simple razón de que no pueden delinquir de ninguna forma, ni culposa ni dolosamente, porque, en definitiva, decir lo contrario es suplir lo que de todo punto ha omitido el legislador penal y crear en abstracto, una responsabilidad penal para quien no es, ni puede ser, ni autor ni cómplice. Se trata de delitos cometidos no por las personas jurídicas sino por las personas físicas pertenecientes a una sociedad que se beneficia de los efectos del crimen.

Estamos, pues, a presencia de un castigo llamado responsabilidad criminal de las sociedades, sin que absolutamente hayan cometido nada penalmente relevante. Y se confunden, lamentablemente, los efectos y beneficios obtenidos y derivados en provecho de las mismas por los delitos cometidos, esto sí, por las personas físicas que desempeñen determinadas funciones en la actividad de la sociedad, que es cosa distinta, muy distinta.

Haber aprovechado una reforma bastante amplia para meter de rondón, valga la expresión, una extraña y vituperable colgajo en el esquema de la responsabilidad criminal, con desprecio a todos los principios fundamentales y, sobre todo al dogma de que la responsabilidad criminal se genera por el “hecho propio cometido” es algo muy grave que podría haberse solucionado de una manera más inteligente, menos superficial, menos precipitada y menos primaria, en definitiva. Simplemente con una Ley de naturaleza jurídico-mercantil o, incluso, administrativa, en que dichas jurisdicciones sancionen con las multas o con las restricciones de los derechos de las sociedades en cuestión, llegándose a su disolución (una especie de pena de muerte societaria).

No voy a desarrollar ahora la exigencia jurisdiccional de esa responsabilidad criminal derivada de la reforma en el procedimiento penal y los múltiples problemas que se plantean, si se quiere ser mínimamente respetuoso con los derechos fundamentales ordenados por nuestra Constitución, especialmente por su artículo 24, ya que habría que reformar en este punto, y muy a fondo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Parece lo lógico que se exija antes por la jurisdicción mercantil o contencioso-administrativo, por una Ley de esa naturaleza, evidentemente no penal, cuya jurisdicción deberá remitir a las citadas para que depuren las responsabilidades civiles correspondientes a una Ley de esa naturaleza.

Incrustar y colocar un engendro, como el que se ha creado en la reforma del 2010 es, sencillamente, un soberano error de una enorme complejidad y poner en entredicho el principio del hecho, confundiendo lamentablemente el hecho delictivo con su resultado económico, en su caso. Menos mal hubiese sido, y más oportuno, haber clarificado y

reforzado el vigente artículo 127 CP, relativo a las denominadas “consecuencias accesorias” en orden a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de las cuestionadas actividades delictivas, sin tener la necesidad de llevar a cabo una desconcertante afirmación, como la de los delitos cometidos por las sociedades que no pueden cometer, y siendo respetuosos con un Derecho penal que sea fiel trasunto de una Constitución como es la española de 1978, expresiva de un Estado social y democrático de Derecho y también, desde luego, con los principios dogmáticos que siempre se ha deseado inspiren el Derecho penal protector de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Pero, dígase lo que se diga, el Código penal, que además no lo dice, las sociedades no delinquen como alborotadamente y de manera harto irracional, con verdadera beatería por la Ley penal escrita, se han arrodillado, con contadas excepciones, pésima y fantasiosamente determinados hermeneutas que ya no saben ni lo que dicen, con contados y excepcionales autores. Los defensores de la reforma del CP (2010) siempre dirán que no son las sociedades las que delinquen, sino que se castiga a las personas físicas que actuaron en su nombre o que pertenecían a las mismas. Entonces, pues lo que hay que hacer es debatir amplia y extensamente el tema de la responsabilidad penal de las sociedades que se aprovechen de los delitos y darles cobertura legal en una Ley de Derecho privado al efecto.

De todas formas, una cosa debe quedar clara: antes de la reforma y después de ella, sigue teniendo plena vigencia el aforismo romano *societas delinquere non potest*, y desde su total vigencia no sólo es criticable la

reforma penal acaecida en mala hora, sino sobre todo la estólida actitud acrítica y beata de un gran sector de la doctrina española que deja en el aire, con absoluta superficialidad graves problemas derivados del inusitado decisionismo y expansionismo represivos del moderno Derecho penal español. Y ahora, precisamente, no dentro de una dictadura, sino de una democracia, porque tampoco se han preguntado por qué han de sufrir el castigo los socios o partícipes de la sociedad completamente ignorantes y ajenos a los delitos en cuestión, en mayor o menor grado, según el capital aportado a la sociedad y sin que ni siquiera tengan la menor noticia de la comisión de delitos por otros administradores de la misma, en la medida que la pena pecuniaria o, mejor, sanción económica, les va a afectar también. A esos accionistas o partícipes inocentes totalmente de la sociedad particular y personalmente.

Al menos, para los especialistas, el Derecho penal español se merecía un poco, siquiera sea así, de mayor respeto y consideración.