

REAL ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

**REFUTACIÓN DEL PRINCIPIO
*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST***

DISCURSO LEÍDO EL 23 DE ENERO DE 2020
EN EL ACTO DE SU RECEPCIÓN PÚBLICA POR EL

Ilmo. Sr. D. VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN

Y PRESENTADO POR LA

Ilma. Sra. Dña. MANUELA FERNÁNDEZ JUNQUERA



OVIEDO
2020

REFUTACIÓN DEL PRINCIPIO
SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

REAL ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

**REFUTACIÓN DEL PRINCIPIO
*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST***

DISCURSO LEÍDO EL 23 DE ENERO DE 2020
EN EL ACTO DE SU RECEPCIÓN PÚBLICA POR EL

Ilmo. Sr. D. VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN

Y PRESENTADO POR LA

Ilma. Sra. Dña. MANUELA FERNÁNDEZ JUNQUERA



OVIEDO
2020

© MANUELA FERNÁNDEZ JUNQUERA
VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN

Depósito Legal: AS- 23-2020
Edita e Imprime: Imprenta del Servicio de Publicaciones de la Universidad
de Oviedo

PRESENTACIÓN
DE LA
ILMA. SRA. DÑA. MANUELA FERNÁNDEZ JUNQUERA

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, Ilmos. Srs.y Sras. Académicos, Sras. y Srs.

La Real Academia Asturiana de Jurisprudencia recibe hoy como Académico Correspondiente al Sr. D. Víctor Martínez Patón, que ya lo es desde 2018 de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Martínez Patón es abogado en ejercicio de los Ilustres Colegios de Oviedo y Madrid, Licenciado en Filología Clásica, y Licenciado y Doctor igualmente, en Derecho. En este caso con un doble Doctorado, uno en España por la Universidad Autónoma de Madrid, y otro en Francia, en Ciencias Criminales, por la Universidad Paris-Nanterre. En la Universidad francesa obtuvo la máxima calificación que va acompañada de la siguiente mención, que hacía años que no se otorgaba a una Tesis Doctoral en Derecho Público: *Très honorable avec felicitations, proposition de Prix national de thèse et proposition de subvention pour la publication*. Actualmente es Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja y de la Universidad Antonio Nebrija de Madrid.

Hace apenas cinco años tuve el honor de presentar ante esta Academia al Catedrático Miguel Bajo Fernández, y en aquel momento explicaba la razón que me permitía hacer su presentación. Razón que provenía de una sólida amistad que databa, como sucede con las amistades permanentes, de nuestros años de estudiantes compartidos en la Facultad de Derecho de Oviedo. Pues bien, poco antes de que el Profesor Bajo nos abandonase definitivamente, me encomendó vivamente que llevara a cabo la solicitud de miembro correspondiente de su discípulo Víctor Martínez Patón. Atendiendo, pues, a aquella solicitud así lo hice entonces, y ahora finalizo lo iniciado entonces con su presentación ante esta Academia, como último homenaje que pueda rendir al que fuera mi amigo. No obstante, debo aclarar que lo hago también con sumo gusto, ya que el candidato que ahora presento tiene sobrados merecimientos para ello, como voy a exponer a continuación.

Según acabo de reseñar, los primeros estudios de Víctor Martínez Patón fueron los de Filología Clásica. Finalizada esta primera licenciatura pasó una larga estancia en la prestigiosa Escuela Nor-

mal Superior de Paris, institución altamente reconocida y valorada en el mundo académico, donde realizó una Tesina titulada: “*h₁es-*, la raíz del verbo ser en latín”, que fue premiada como el mejor trabajo de investigación en el Curso 2004-2005 por la Sociedad de Estudios Latinos y con la que obtuvo el grado de suficiencia investigadora. Al año siguiente, una vez regresado a España, comenzó los estudios de Derecho en el Curso 2005-2006, y una vez finalizados, inició su Tesis Doctoral dirigida por el Profesor Bajo, cuyo tema se centraría en el *Análisis Histórico de la responsabilidad penal corporativa*. La preocupación de maestro y discípulo por la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la conexas, concretada en la posibilidad jurídica de que tales entidades puedan delinquir, se concreta para esta Academia en las dos Disertaciones que ambos eligieron para su entrada en la misma.

Finalizada su Licenciatura en Derecho, Martínez Patón entró en contacto con la llamada “Escuela de Oviedo” en torno a la figura de Gustavo Bueno, comenzando así una intensa relación que devino en su nombramiento como Investigador Asociado de la Fundación Gustavo Bueno y su participación directa con dicha Institución, en la que tuvo ocasión de compartir dos Mesas redondas con el Profesor Bueno.

Llama la atención la diversidad de intereses no estrictamente jurídicos que adornan a Víctor Martínez Patón. Por un lado, su formación clásica, latina y griega, siendo un buen conocedor y lector de ambas lenguas, por otro, su afición a la filosofía, como acabo de reseñar, y por otra, sin duda su actividad intelectual más curiosa, la que realiza en torno a la Historia del fútbol, tema sobre el que tiene diversas publicaciones, artículos y alguna monografía, lo que le ha conducido a ser en la actualidad Presidente del Centro de Investigaciones de Historia y Estadística del Fútbol español, afición y nombramiento que puede causar cierta perplejidad a más de un aficionado al fútbol que, sin duda, habrá en esta sala. Fue esta actividad, marginal al Derecho, pero que completa su personalidad, la que le permitió conocer personalmente a Félix Martialay, famoso historiador, no solo del deporte, sino también del cine, del arte y de la literatura y del que se está ocupando de

publicar su obra completa, de la que ya se han editado 48 tomos, el último de los cuales, todavía en el mes de enero de este año. Este impulso a la publicación de obras póstumas de indudable interés, le ha llevado también a preparar la edición de la Tesis Doctoral del Magistrado del TS y Fiscal General de Estado desde 2017 hasta su fallecimiento, José Manuel Maza, sobre “Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos”.

Su formación jurídica se amplió notablemente con diversas estancias en centros extranjeros, como la Academia de Derecho Europeo de Treveris, la Alta Escuela de la Provincia de Lieja, la Universidad libre de Berlín, la Academia Normal Superior de Pisa y la Universidad Americana de Bulgaria.

Su formación en Humanidades, o mejor dicho, en el pensamiento dialéctico que suele ser inherente a estos estudios, y que en su caso trabajó en la llamada “Escuela de Oviedo”, se deja sentir en la Disertación que pronunciará dentro de un momento, sobre todo cuando analiza el significado de la frase latina que da título a la misma.

Hay otros dos puntos que me gustaría destacar de su Discurso. Por un lado, su aportación al origen exacto del brocardo, que siempre se consideró romano, sin duda, sencillamente como él mismo apunta, por el hecho de ser transmitido en latín. Martínez Patón realiza en este punto un análisis histórico muy cuidadoso y detallado, como tendremos ocasión de escuchar enseguida. En segundo lugar, también quiero destacar la idea que subyace de forma continua, que arranca de su maestro el Profesor Bajo, y que se concreta en la incoherencia que supone defender la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas y, al mismo tiempo, negarles su responsabilidad en la comisión del delito o falta. En este punto, el asunto me resulta muy próximo ya que las normas sancionadoras del Derecho Tributario, siempre fueron aplicables a las sociedades. Basta recordar la primera Ley General Tributaria de 1963 cuyo artículo 77.3 disponía con total claridad que “Serán sujetos infractores las personas jurídicas y las entidades mencionadas en el artículo 33...que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones...”, llegando así nuestra Ley tributaria a hacer

responsables incluso a las entidades del artículo 33, que no tenían personalidad jurídica fuera del ámbito tributario, como era, por ejemplo, la herencia yacente. Disposiciones que reproduce la Ley actualmente vigente. De manera más genérica aún, se tipifican los autores de los delitos contra la Hacienda Pública como aquellos que son cometidos por “El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública...”. En fin, sin ánimo de extender mi intervención en terrenos en los que no debo, sólo pretendo indicar que estas cuestiones y otras derivadas, como el delito de blanqueo de capitales, me han preocupado desde hace unos años y es en ellas donde se plasma la que yo llamo la vis atractiva que de siempre he sentido hacia el Derecho Penal.

Por último, quiero destacar su reflexión final sobre la vigencia de este principio en el derecho penal español que, tras un breve recorrido histórico, tanto legal como jurisprudencial, con referencias a nuestras normas penales fuera de la península, concretamente en el Protectorado de Marruecos, desconocidas para una gran mayoría, le conducen a su conclusión final contraria a la vigencia del aforismo que se cuestiona.

Y creo que ya ha llegado el momento de que el Sr. Martínez Patón nos ilustre sobre la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer delitos, y con sumo gusto, le cedo la palabra.

DISCURSO
DEL
ILMO. SR. D. VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN

Exordio

Ilmo. Sr. Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, Ilmos. Sres. Académicos, señoras y señores:

Mis primeras palabras tienen que ser necesariamente de agradecimiento. A esta Real Academia y a sus ilustrísimos académicos por haber tenido la benevolencia de aceptar mi ingreso en esta Real Institución, y muy en particular a la Ilma. Sra. Dña. Manuela Fernández Junquera, por haber propuesto mi ingreso y por haber realizado en el día de hoy una presentación tan amable como generosa. Por supuesto, este agradecimiento lo hago extensivo a todos ustedes, que tanto me honran con su presencia.

Muchos y diversos son los motivos que me provocan hoy una profunda emoción al ingresar en esta Real Academia Asturiana, si bien difícilmente puede ninguno rivalizar con el inmenso honor que me supone compartir Academia con tantos y tan ilustres juristas, a cuyo lado no puedo aspirar sino a aprender de su constante magisterio.

Asturias es la tierra donde me ha faltado nacer y poco más. Y asturianos eran los dos profesores que, junto con Félix Martialay, más han marcado mi vida: Gustavo Bueno, que era ovetense de adopción –fue nombrado hijo adoptivo de esta ciudad en 1995–, y Miguel Bajo, que era ovetense de nación.

Miguel Bajo fue mi profesor de derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid, y poco tiempo después aceptó dirigirme la tesis doctoral. En el sentido clásico, y con el significado más profundo, puedo decir que Miguel Bajo fue mi maestro. “*Puedes presentarte –me dijo en un correo electrónico de octubre de 2018– como discípulo y protegido mío*”. Sé que todos los presentes entienden el orgullo con el que hablo hoy ante ustedes recordando esas palabras del profesor Bajo.

Fue precisamente en esta misma sala y en este mismo atril donde Miguel Bajo leyó el 27 de noviembre de 2015 su discurso de ingreso como miembro honorario de esta Real Academia, titulado “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mente del legislador penal de 2015*”. En aquellas fechas yo vivía en Oviedo,

donde me había refugiado del ruido madrileño para escribir mi tesis doctoral precisamente sobre cuestiones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y por ello me ha parecido oportuno dedicar mi intervención de hoy a tratar sobre el mismo tema que eligió el profesor Bajo en un discurso, el mío, que está por completo dedicado a su perenne memoria.

Miguel Bajo defendió en aquella ocasión la exigencia de identificar un hecho propio de la persona jurídica, pues la atribución de responsabilidad penal por el hecho cometido por la persona física vulneraría los irrenunciables principios del derecho penal¹. Esa defensa del sistema de autorresponsabilidad no era en absoluto original en el discurso de Bajo, pero sí lo fueron sin embargo los argumentos por él desplegados. Partía Bajo de la identidad ontológica entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, para sobre tal identidad analizar resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central con el fin de aplicar al derecho penal los principios enunciados por aquel tribunal administrativo.

La exigencia de un hecho propio de las personas jurídicas se enfrenta aparentemente con el famoso brocardo *societas delinquere non potest*, y es precisamente el objeto de mi discurso analizar el contenido de este axioma para demostrar, en definitiva, cómo este principio no es en absoluto freno para la tesis expuesta por Miguel Bajo en el año 2015.

Ilustrísimos señores, podría parecer simplemente ingenuo preguntarme hoy ante todos ustedes por el significado de una frase que ha encabezado los manuales de derecho penal durante decenios y cuyo contenido se nos ha presentado siempre como evidente. Voy a intentar no obstante demostrar que tras esa evidencia se esconde una frase de contenido oscuro con una historia muy diferente a la que todos hemos siempre imaginado. Para ello presentaré en primer lugar un análisis lógico de la frase, seguido de

1 STS 514/2015, de 2 de septiembre (ponente Excmo. Sr. D. Manuel MARCHENA GÓMEZ): “cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho Penal”.

una descripción histórica, y concluiré con las correspondientes conclusiones.

Puesto que a lo largo del discurso me veré obligado a repetir la frase, quiero en este punto hacer una mínima mención a la manera en que voy a pronunciarla. Como bien saben todos ustedes la pronunciación de acuerdo con el latín clásico sería [sokietas delink^were non potest], siendo el [ie] de *societas* un hiato, y con fonema labiovelar en *delinquere*. Por cuestiones de carácter histórico que explicaré más adelante renuncio a esta pronunciación clásica, y optaré por leerla sin más a la manera española.

Análisis lógico de la proposición *societas delinquere non potest*

Dicho todo lo anterior, es momento de empezar con el análisis lógico del brocardo, en el que les adelanto es preciso obviar el hecho de que esté redactado en latín. En este sentido hay que señalar que frases que hemos leído sin cesar del tipo “*las sociedades no pueden delinquir, como demuestra el principio societas delinquere non potest*”, son simplemente la expresión de una tautología disfrazada en dos idiomas, equivalente a si dijéramos por ejemplo que “*está prohibido fumar como demuestra el principio smoking is forbidden*”.

La importancia de que esté redactada en latín, si es que tiene alguna, será de carácter estrictamente histórico, y por ello lo analizaremos una vez que hayamos presentado el análisis lógico que nos disponemos a empezar.

Societas delinquere non potest es un enunciado que expresa la posibilidad (*potest*) negada (*non*) de que un concreto término (*societas*) realice una determinada operación (*delinquere*). De cuál sea el contenido de cada una de las unidades léxicas dependerá a su vez el contenido del enunciado completo. Si todas las unidades léxicas fueran unívocas, esto es, tuvieran un solo significado, el sentido del enunciado sería a su vez unívoco; pero si alguna de las unidades léxicas fuera análoga o tuviera varios significados, los posibles significados del enunciado completo serían iguales al producto de cuantos significados diferentes tuvieran las diversas unidades léxicas.

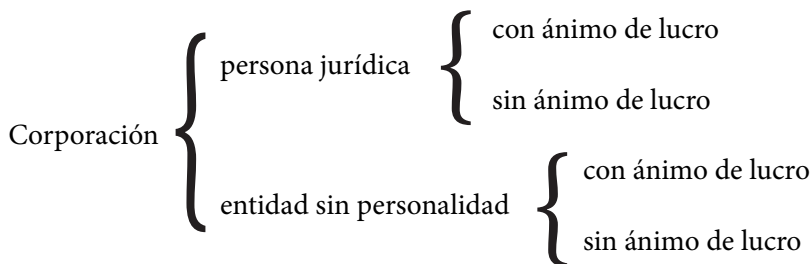
Partiendo de que el contenido de la negación es unívoco, analizaremos a continuación las tres unidades léxicas (*societas*, *delinquere* y *potest*) para comprobar, lo adelanto, cómo las tres son análogas y no unívocas, por lo que en consecuencia el significado de la frase entera también será análogo. Es preciso recordar en este punto cómo Gustavo Bueno señalaba, por ejemplo frente a Leibniz, que la analogía del lenguaje de palabras lejos de ser un defecto es acaso su principal virtud, pues permite interconectar campos y grupos heterogéneos. El riesgo de la analogía reside, sin embargo, en que no es siempre de fácil identificación, lo que puede provocar que se interprete un término análogo como si fuera unívoco y en consecuencia lo que se genere es un equívoco, esto es, un error.

Societas

Empezaremos por el análisis del término *societas*, y es preciso recordar en primer lugar que la lengua latina no conocía los artículos gramaticales, de tal modo que *a priori* es igualmente posible la traducción de *societas* como “*una sociedad*” o como “*la sociedad*”. En español uno y otro sintagma tienen significados muy diferentes, que remiten a una distinción primera entre lo que podríamos llamar sociedad en sentido privado (*una sociedad*) o sociedad en sentido público (*la sociedad*).

La sociedad en sentido privado admite una doble clasificación atendiendo a dos criterios: la presencia o ausencia de personalidad jurídica, y la presencia o ausencia de ánimo de lucro. Ambos criterios admiten combinación, de tal modo que el ánimo de lucro puede ser aplicado no solo al término genérico sino también a los específicos producto de la aplicación del primer criterio

Corporación { con ánimo de lucro
sin ánimo de lucro



De la combinación de ambos criterios resultan nueve significados posibles, pero descartamos todos aquellos cuya responsabilidad penal no se ha predicado nunca como exclusiva frente al resto. En consecuencia para nuestro análisis retendremos cuatro de los significados: el término genérico que incorpora todos los demás significados, el específico de persona jurídica (opuesto a entidad sin personalidad), y estos dos dotados de ánimo de lucro.

Por su parte, en su sentido público, podemos distinguir entre los significados prejurídicos (“*las abejas viven en sociedad*”) o preterjurídicos (“*la sociedad civil exige reformas a sus representantes políticos*”) y los jurídicos, clasificados de acuerdo con la división clásica entre Estado (“*la sociedad política española*”), región (“*la sociedad catalana*”) y municipio (“*la sociedad ovetense*”).

De entre los contenidos públicos descartamos a los efectos de nuestro análisis aquellos que no tienen contenido jurídico, sin negar con ello sin embargo que su análisis pudiera resultar fecundo en un plano estrictamente filosófico.

Delinquere

En cuanto a la operación “*delinquere*”, es obligado citar nuevamente a Miguel BAJO, pues como ya hemos adelantado él defendió en su discurso de ingreso en esta Real Academia que “*no existe ninguna diferencia sustancial, ni siquiera cuantitativa, sino solo formal, entre el injusto penal y el administrativo [...] pues ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*”.

Desde un punto de vista histórico esta afirmación está fuera de toda duda. Por ejemplo podemos traer a colación un Real Decreto de 18 de mayo de 1853, recuperado en un brillante artículo de 1989 por nuestro Ilmo. Sr. Presidente² Leopoldo TOLIVAR, en el que se declara qué faltas podían reprimirse gubernativamente y cuáles eran privativas de los tribunales, añadiendo que “*si bien sería de desear que toda corrección, por leve que fuese, se impusiera en virtud de un juicio, no se puede aplicar este principio de una manera absoluta sin embarazar en muchos casos el curso de la Administración*”. Es decir, la distinción entre derecho penal y derecho administrativo sancionador es históricamente reciente y remite únicamente a una cuestión de orden estrictamente práctico.

Por ello es imprescindible entender que el verbo *delinquere* tampoco es unívoco, pues puede hacer referencia tanto al derecho penal en sentido estricto como a la *potestas puniendi* en sentido genérico, que engloba como especies al derecho penal y al administrativo sancionador³.

Potest

Finalmente analizaremos el contenido del “*potest*”, que al ser el verbo en forma personal es el que marca el significado de la proposición en su conjunto. Y como ya hemos adelantado, Ilustrísimos Señores, también va a ser análogo y no unívoco.

Cuando decimos que un “*triángulo no puede ser de cuatro lados*” describimos una realidad que no puede ser diferente, so pena de negar el término del predicado (el triángulo, en este ejemplo) o la relación del término con una determinada operación (“*el hombre no puede volar*”). Este significado descriptivo del verbo *potest* supondría que la frase afirmativa “*societas delinquere potest*” es de

2 Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Las sanciones administrativas y la despenalización de las faltas contra el régimen de las poblaciones”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 242, 1989, pp. 257-282.

3 De hecho no son en absoluto inéditas expresiones del tipo “*derecho penal administrativo*” o incluso “*delito administrativo*”, utilizada esta última ya en jurisprudencia del Consejo de Estado de la segunda mitad del siglo XIX.

realidad tan falsa como si dijéramos que “*el triángulo puede tener cuatro lados*”.

Sin embargo “*potest*” también puede tener un significado normativo, que lejos de describir la imposibilidad de cualquier opción diferente, parte de una pluralidad de posibilidades de entre las que se propone o impone una determinada. Si decimos que “*en un restaurante no se puede comer con las manos*” es porque sabemos que es posible comer con las manos, pero normativamente hay un mandato en virtud del cual se rechaza esa posibilidad.

En consecuencia, para la interpretación del *potest* como normativo es imprescindible que las posibilidades existentes tengan todas contenido cierto y posible, pues de lo contrario su formulación carecería de sentido: ni puede prohibirse comer carne de unicornio, porque no existen unicornios, ni pueden prohibirse los triángulos de cuatro lados.

Así pues, si interpretamos el *potest* como normativo nos encontramos con que reconocemos que la frase afirmativa *societas delinquere potest* es de contenido posible, si bien es una realidad que se propone rechazar por su realidad también posible y contraria (*societas delinquere non potest*).

A su vez, y por concluir, el *potest* normativo debe ser analizado dependiendo de cuál sea el destinatario del mandato: si el destinatario es el poder legislativo, el poder judicial o el ciudadano. Si el destinatario fuera el ciudadano, el verbo *potest* adquiere el significado de *debet*, y presupondría el reconocimiento legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En tal caso la norma *societas delinquere non potest* estaría en el mismo plano que *homo delinquere non potest*, entendidas ambas como subtipos de una anterior *nemo delinquere potest* que expresaría el mandato elemental de que nadie debe cometer delitos. Este uso de *poder* por *deber* es el de frases del tipo “*no se puede hablar en una biblioteca*”.

En definitiva, si aceptáramos que el ciudadano es el destinatario del mandato llegaríamos a la conclusión de que el axioma no predica de la *societas* un contenido diferente del que podría predicar de los individuos, por lo que el axioma quedaría vacío de contenido.

No obstante, como suponemos que el axioma sí tiene significado, debemos rechazar esta interpretación y quedarnos únicamente con dos posibles interpretaciones del *potest*, que son contradictorias entre sí: o la posibilidad de que las *societates* delincan no existe (en el caso del *potest* descriptivo) o tal posibilidad por el contrario sí existe (es el caso del *potest* normativo con el poder judicial o el legislativo alternativamente como destinatarios del mandato).

Interpretación común

Creo no confundirme si afirmo que la interpretación común de la frase siempre ha sobreentendido que esta expresaba una imposibilidad incluso ontológica de que las *societates* delincan, lo que se demostraría por el hecho de que así lo había reconocido el derecho romano y así se habría mantenido inalterado durante los siglos, en España en concreto hasta la promulgación de la LO 5/2010.

Así lo expresaba por ejemplo el Excmo. Sr. D. Ángel Escudero del Corral en la sentencia de 4 de octubre de 1972 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

Que las personas morales, tanto se estimen en su naturaleza jurídica como meras ficciones de derecho, o como entes de la vida real, y aunque se las entienda provistas de conciencia y voluntad corporativa de gestión y dirección diferente y autónoma de las de sus miembros personales componentes, no son como tales organismos responsables ante el derecho penal común [...] porque faltan preceptos expresos que así lo determinen, como era menester, y que revocaran el dogma romano de «societas delinquere non potest».

Por supuesto, si la imposibilidad de que una *societas* delinca es ontológica, a la manera que son imposibles los triángulos de cuatro lados, el reconocimiento que la LO 5/2010 hizo de la llamada “responsabilidad penal de las personas jurídicas” sería necesariamente un fraude de etiquetas, pues aprobar en el parlamento que una persona jurídica pueda delinquir tendría el mismo valor que aprobar democráticamente cualquier predicado sobre los trián-

gulos de cuatro lados, que solo tendría contenido si tal predicado fuera de posible atribución a los polígonos cuadriláteros.

Así pues, la interpretación de la imposibilidad ontológica de que una *societas* delinca, lejos de ser una petición de principio, estaría basada en unos hechos históricos determinados y concluyentes. Insisto, no se trataría de analizar los hechos históricos sobre la base de una determinada interpretación de la frase, sino que la interpretación de la frase estaría basada en esos hechos.

Tales hechos serían fundamentalmente dos: que la frase es de época romana, como se induce fácilmente del hecho de que esté redactada en latín, y que el principio existía en el derecho romano y se ha mantenido inalterado en nuestra tradición hasta los últimos decenios del siglo XX en algunos países de Europa y hasta el año 2010 en España.

Parece pues conveniente detenernos en este punto para analizar si efectivamente esos dos fundamentos tienen o no realidad histórica. Puesto que si son ciertos, como se les supone, podremos efectivamente demostrar la verdad de la proposición en su sentido descriptivo, esto es, que es imposible que una *societas* cometa un delito, como imposibles son los triángulos de cuatro lados.

Descripción histórica de la proposición *societas delinquere non potest*

Origen de la frase

Empezaremos pues por presentar el origen de la frase *societas delinquere non potest*, y les adelanto, Ilustrísimos Señores, que infértiles les resultarán cualesquiera búsquedas que hagan de la frase en textos de derecho romano, de derecho medieval o incluso de derecho moderno, pues la frase fue inventada en el año 1881 por el alemán FRANZ VON LISZT en la primera edición de su manual de derecho penal.

Sé que la afirmación es llamativa, pero les aseguro que es completamente cierta. Pero es más, como vamos a ver la frase apenas se utilizó en el siglo XIX, por lo que en realidad nada nos im-

pediría afirmar que nos hallamos ante una frase propia del siglo XX. Precisamente porque es de fecha reciente debemos rechazar su pronunciación con la fonética latina clásica.

VON LISZT inventó la frase siguiendo un conocido sistema introducido por FEUERBACH, en virtud del cual tras haber dado una cierta explicación sobre un tema determinado, resumía tal explicación en latín. Así inventó FEUERBACH, por ejemplo, la frase *nullum crimen sine poena legali* para explicar el principio de legalidad penal que inmediatamente antes había enunciado en alemán. Por imitación, VON LISZT resumió en latín la doctrina defendida por FEUERBACH de que las personas jurídicas no podían delinquir, si bien con el único fin de someterla a crítica y defender la posición contraria: que las personas jurídicas sí debían ser sujetos de responsabilidad penal⁴:

Dado que la imputabilidad es un tipo de capacidad de obrar, solo el hombre puede ser el sujeto del delito, y conforme al Derecho Positivo solo lo puede ser el individuo, no la personalidad colectiva. Societas delinquere non potest. La responsabilidad, en todos los casos, solo puede atribuirse a título individual al representante que actúa, pero no a la entidad que representa.

Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que para inventar la frase, y al margen de seguir el modelo de FEUERBACH, VON LISZT se fijó en una frase inventada por el penalista holandés Oncko Quirijn VAN SWINDEREN apenas seis años antes, en un artículo publicado en 1875 en la *Revista de Justicia Holandesa* del que extraemos el siguiente párrafo⁵:

4 *Das deutsche Reichsstrafrecht*. Berlín, 1881, p. 100: “*Da die Zurechnungsfähigkeit eine Art der Handlungsfähigkeit ist, so kann nur der Mensch Subjekt eines Deliktes sein. Und zwar nach positivem Rechte nur das Einzelindividuum, nicht aber die Kollektivpersönlichkeit. Societas delinquere non potest. Immer können nur die einzelnen handelnden Vertreter, nicht aber der vertretene Gesamtkörper zur Verantwortung gezogen werden*”.

5 Oncko Quirijn VAN SWINDEREN, “*Beschouwingen over de Ontwerpen van een Weboek van Straffen en daartoe behoorende wetten met toelichting, den*

*Ahí está el reconocimiento de la regla *societas delinquere potest* y del principio de que no hay pena sin culpa.*

Ya pueden suponer que no es un detalle menor que la frase de VON LISZT sea negación de una anterior, pues como ya hemos adelantado la mera posibilidad de que exista la frase *societas delinquere potest* parece dirigir la interpretación de nuestro brocardo a la de proposición normativa.

Por otro lado hay que señalar que tanto VAN SWINDEREN como VON LISZT eligieron el sustantivo *societas* en vez del *universitas*, usado comúnmente en latín para expresar el término genérico de corporación en un momento histórico en que la oposición entre personas jurídicas y entidades sin personalidad simplemente no existía. Podemos por ello suponer la voluntad de ambos autores de limitar el contenido de la frase a las corporaciones, con o sin personalidad jurídica, dotadas de ánimo de lucro. Por ello he considerado que la traducción mas precisa de la frase es “una empresa no puede delinquir”.

Como ya adelantábamos, y a pesar de que el invento de VON LISZT es de 1881, la frase apenas fue utilizada en el siglo XIX. De hecho solo hemos conseguido localizar a otro autor que la usó, el croata Nicolas OGORELICA en 1897⁶:

La doctrina hoy es unánime al sostener que el acusado solo puede ser un hombre, el único que puede ser llevado ante el tribunal. Se trata de la

Konig aangeboden door de Siaatscommissie, ingesteld bij Zijner Majesteits besluit' van 28 September 1870 no. 21”, p. 241, en *Tijdschrift voor het Nederlandsch regt*, vol. 8, pp. 229-270: “Want hierin ligt de erkenning van den regel: *societas delinquere potest* en van het beginsel: *zonder schuld geene straf*”. En 1877 este artículo se publicó tanto en francés (“Observations sur le Nouveau projet de code pénal pour le royaume des Pays-Bas”, *Revue de droit International et législation comparée*, vol. 9, 1877, p. 264-287) como en alemán (“Die Entwürfe eines Strafgesetzbuchs für das Königreich der Niederlande”, *Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht*, 1877, pp. 120-140).

6 Nicolas OGORELICA, “Stranke i zastupnici stranaka u kaznenom”, *Mjesečnik pravničkoga društva u Zagrebu* (23), 1897, p. 466: “U doktrini je danas jednodušno mnijenje, da pasivna stranka (okrivljeni) može biti samo fizični čovjek, dakle onaj, koji je sposoban, da lično odgovara pred sudom. U tom upravo leži najveća razlika medju građanskom i kaznenom parnicom, jer *societas delinquere non potest!*”.

mayor diferencia entre el juicio civil y el proceso penal, puesto que una sociedad no puede ser perseguida: societas delinquere non potest!

Pero aún más, lo que sí podemos encontrar en el siglo XIX son frases parecidas, cuyo uso demuestra precisamente que el axioma *societas delinquere non potest* estaba lejos de estar asentado como aforismo, pues estos tienen como una de sus características la de tener una forma inamovible. Así Felix DAHN utiliza en 1879 *universitas delinquere non videtur*⁷, Frank VAN LENNEP en 1887 *universitas delinquere non potest*⁸ o Desiderato CHIAVES en 1889 *collegium delinquere non potest*⁹.

Lo más curioso del caso es que ni siquiera VON LISZT se arrogó nunca la creación de la frase, pues efectivamente no tenía ninguna manera de saber que la frase nunca antes había sido formulada. Solo hoy con los modernos sistemas informáticos podemos afirmarlo sin duda posible.

Tampoco deja de ser curiosa una de las consecuencias de que VON LISZT no proclamara su autoría: a pesar de que la frase solo empezó a ser conocida a partir de la décima edición del manual de Von Liszt publicada en 1900, al estar redactada en latín muchos autores atribuyeron de forma automática la frase al derecho romano, y la acompañaron en consecuencia de adjetivos como “vieja¹⁰”, “clásica” o incluso como “sacramental¹¹”. Por ejemplo, así escribía el jurista italiano Eugenio FLORIAN ya en 1910¹²:

7 Felix DAHN, *Die Vernunft im Recht*, 1879, p. 167.

8 Frank VAN LENNEP, *Wetboek van Strafrecht*, art. 51, 1887, p. 16.

9 Desiderato CHIAVES, intervención en la Cámara de Diputados de Italia del día 4-5-1889. *Atti parlamentari*, Legislatura XVI, 3ª Sessione, *Discussioni*, p. 1242.

10 Agustín MARTÍNEZ VIADEMONTÉ, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 1928, p. 42. También en “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (vol. 77, nº 153), 1928, p. 585.

11 Ambos adjetivos, clásica y sacramental, podemos encontrarlos en Vespasian PELLA. El primero en “La criminalité de la guerre d’agression et l’organisation d’une répression internationale”, *Revue internationale de droit pénal* (86), 1925, pp. 216 y 467; y el segundo en *Aperçu sur la criminalité collective: l’esprit des corps et les problèmes de la responsabilité pénale*, 1920, p. 69.

12 Eugenio FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, 2ª ed., 1910, vol. 1, parte I,

Se pregunta si puede ser sujeto de delito y por lo tanto es imputable solo la persona física o también la persona colectiva o jurídica. La discusión está muy viva, pero nosotros creemos que debe tenerse como bueno el viejo principio societas delinquere non potest.

Por su parte, el primer autor que hemos localizado que expresamente atribuye la frase al derecho romano es el finlandés Niilo Anton MANNIO en 1918¹³:

Societas delinquere non potest: así reza la frase doctrinal heredada del derecho romano, aunque es cierto que en la ciencia esta frase se ha querido abandonar de lege ferenda y ya se ha abandonado parcialmente en algunos sistemas jurídicos positivos, pero sigue siendo dominante tanto en el derecho extranjero como en el nacional.

Este brevísimo recorrido por la historia de la frase quedaría incompleto si no señaláramos que en el decenio de 1920 la frase comenzó a utilizarse en el ámbito del derecho internacional, de la mano fundamentalmente del rumano Vespasian PELLA y del español Quintiliano SALDAÑA. De ese modo el término *societas* dejó de ser la corporación o la sociedad mercantil para convertirse en la sociedad política, es decir, el Estado. Así se dotó a la frase *societas delinquere non potest* de un nuevo significado, que podríamos traducir como “*un Estado no puede delinquir*”, y que se construía precisamente para negar su contenido, exactamente igual que había hecho VON LISZT con FEUERBACH. En efecto tanto PELLA como SALDAÑA defendían que los Estados debían ser suje-

p. 27: “*Si domanda se possa essere soggetto di reato e quindi imputabile soltanto la persona fisica od anche la persona colettiva o giuridica. La disputa é ora vivissima: ma noi crediamo che debbasi tenere saldo il vecchio principio societas delinquere non potest.*”

13 Niilo Anton MANNIO, “Yhteisöllisestä juridisesta henkilöstä”, *Lakimies*, 1918, p. 70: “*Societas delinquere non potest: kuuluu jo roomalaisoikeudesta pe-riytynyt oppilauselma, josta tosin tietoisopissa on de lege ferenda tahdottu luovuttavaksi ja eräissä positiivisissa oikeusjärjestelmissä osittain luovuttukin, mutta joka edelleen on valitsevana niinhyvin ulkomaisessa kuin kotimaisessa oikeudessa.*”

tos de responsabilidad ante un tribunal internacional de justicia, conforme el diseño contenido en los famosos 14 puntos del presidente Wilson. Así por ejemplo decía SALDAÑA en 1926¹⁴:

*La responsabilidad del Estado es pues criminal, cuando este es autor de delitos contra otros Estados. Tal es el concepto jurídico de Derecho internacional que revoluciona la doctrina. Es la nueva realidad del Estado delincuente: nueva en la legislación, vieja en la Historia. Si de una parte el principio *societas delinquere non potest* se oponía, de otra parte la evidencia de la vida internacional no dejaba espacio al sueño utópico de hacer justicia a un Estado soberano.*

En fin, por concluir con el análisis histórico-formal de la frase apuntaremos con toda brevedad que en lengua española la frase *societas delinquere non potest* se utilizó por primera vez en la versión española del manual de VON LISZT publicada en 1916, traducido por JIMÉNEZ DE ASÚA y anotada por Quintiliano SALDAÑA. La siguiente vez que se usó fue en 1922, en el prólogo a la obra de José María FARRÉ MOREGÓ titulada *Los atentados sociales en España*, redactado por el propio SALDAÑA.

Vigencia histórica del principio

Una vez constatada que la frase no es de época romana, sino que tiene menos de ciento cincuenta años, habría quien podría precipitarse y sostener que bastaría este hecho para desmontar la interpretación de la frase como proposición descriptiva. Pero no sería cierto: bien podría el derecho romano haber conocido el principio y haberlo formulado con otras palabras, o incluso que apareciera con diversas formulaciones en los textos de los juriconsultos romanos.

14 Quintiliano SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, “Capacidad jurídica criminal de las personas sociales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (vol. 7, nº 149), 1926. También en *Capacidad criminal de las personas sociales*, 1927, p. 16.

Sin embargo, lo cierto es que en ningún texto romano encontrarán, Ilustrísimos Señores, formulación alguna contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues el derecho romano fue partidario de que las corporaciones tuvieran responsabilidad penal.

Solo hay dos textos romanos, ambos de ULPIANO (“*De dolo malo*¹⁵” y “*Quod metus causa*¹⁶”), que pueden ser estudiados, y ambos fueron unánimemente interpretados por la tradición emanada de la Escuela de Bolonia en el sentido de que el derecho romano reconocía la capacidad criminal de las personas jurídicas. Así puede leerse en autores como AZÓN¹⁷, JUAN TEUTÓNICO¹⁸ o BARTOLOMÉ DE BRESCIA¹⁹.

Esta interpretación unánime solo se rompió con SAVIGNY, que fue el primero en sostener que el derecho romano proscribía la

15 *Ad edictum*, XI y *Digesto*, l. 4, t. 3, n. 15, 1: “*Sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dantam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio*”. (“*Pero se duda si contra los municipes es posible la acción de dolo. Y creo verdaderamente que por dolo propio no puede darse; porque ¿qué pueden hacer con dolo los municipes? Pero entiendo que debe darse si han obtenido beneficio por el dolo de aquellos que administran los bienes de los municipes. En cambio, por el dolo de los decuriones se dará la acción de dolo contra los mismos decuriones*”.)

16 *Ad edictum*, XI, y *Digesto*, l. 4, t. 2, n. 9, 1: “*Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generatiter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona quae metum intulit vel populus vel curia vel collegium vel corpus huic edicto locus erit*”. (“*Se debe advertir, sin embargo, que en este edicto el pretor habla en términos generales, sin añadir quién es el autor de la coacción; por ello se aplica este edicto tanto si es una persona particular la que causa la intimidación, como si es el pueblo, la curia, un colegio o una colectividad*”.)

17 AZÓN, *Summa Azonis*, col. 109 (*apud* Santiago PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*), ed. Eunsa, Pamplona, 1975, p. 346.

18 JUAN TEUTÓNICO, *Glossa Ordinaria Decreti Gratiani*, c. 11, C. VII, q. 1, v. *adulterata* (*apud* Santiago PANIZO ORALLO, *op. cit.*, p. 347).

19 C. 12. q. 2, c. 58, s. v. “*accusandi*” (*apud* Peter CLARKE, *The Interdict in the Thirteenth Century: A Question of Collective Guilt*, Oxford University Press, Nueva York, 2007).

responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰. ¿Y por qué SAVIGNY obvió toda la tradición e interpretó los textos de forma contraria? Pues en nuestra opinión lo hizo, contra los propios textos, con el único fin de buscar la autoridad de un antecedente remoto en que reposar la novedosa posición del derecho penal alemán, que desde el Código Penal de Baviera de 1813 rechazaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pero es preciso seguir con las preguntas. ¿Por qué SAVIGNY no se contentó con buscar antecedentes más próximos en el tiempo de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas? Sencillamente porque sabía que no existían.

Son innumerables las obras que podríamos citar de autores medievales y modernos partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero para no excederme me limitaré a citar algunos ejemplos. De entre los juristas medievales que con entusiasmo y de forma unánime defendieron la responsabilidad penal corporativa, quiero destacar sin duda la figura de SANTO TOMÁS. El gran filósofo medieval dedicó algunas páginas de su *Summa Theologica* al estudio de la cuestión, concluyendo de forma contundente a favor de que las personas jurídicas sí pueden cometer delitos pero introduciendo una disquisición fundamental: lo que no pueden es ser sujeto de todas las penas que se imponen a las personas físicas. En concreto, no pueden imponérseles ni las penas corporales ni las espirituales. Esta doctrina estuvo vigente en el derecho canónico desde el Decreto de Graciano hasta la promulgación del vigente Código de 1983, que fue el primero en rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

No quiero pasar por alto entre los autores medievales al primer autor de un tratado de derecho penal, que fue ALBERTO DE GANDINO²¹. En ese primer tratado de derecho penal hay una parte dedicada al derecho penal de las personas físicas, y una parte dedicada al derecho penal de las personas jurídicas.

20 Friedrich Karl VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, tomo II, p. 334.

21 *Tractatus de maleficiis*, 1286.

De forma equivalente, a principios del siglo XVII Nicolás LOSA²² publicó el primer manual de derecho de sociedades, en que dedica una de las cinco partes en que se encuentra dividido el libro al derecho penal de sociedades.

No puede resultar pues sorprendente que el más famoso penalista prerrevolucionario, Próspero FARINACIO, escribiera en 1589 al hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo siguiente: “*hodie universitates propter earum delicta saepe numero puniri absque controversia videmus*”²³.

Al margen de los autores que han tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya nómina completa sería larguísima, no quiero dejar de contarles un caso real que sirva como ejemplo de que no era cuestión que quedara restringida a cogitaciones eruditas, sino que era de aplicación práctica.

En 1561, durante el último año de la regencia de Catalina de Médicis en el trono francés, un joven alumno de Teología de nombre Jean Tanquerel pretendía defender en la Universidad de la Sorbona una tesis doctoral del máximo interés: se preguntaba Tanquerel que, dado que los súbditos franceses le deben obediencia al rey de Francia porque ha sido elegido rey por la gracia de Dios, si tal obligación de obediencia se mantendría si el rey fuera excomulgado.

Pues bien, al pobre Tanquerel no le dejaron leer su tesis, y lo que es más, el Parlamento de París condenó a la Universidad de la Sorbona con la prohibición de enseñar Teología durante cuatro años, pues era en el seno de esos estudios en los que se había permitido la defensa de esa tesis²⁴. Traducida la situación a términos

22 *Tractatus de iure universitatum*, 1601.

23 Próspero FARINACIO, *Praxis et theorica criminalis*, 1589, III, XIV, 2: “*Cree-mos que hoy no existe controversia sobre el hecho de que las corporaciones son condenadas con frecuencia por sus propios delitos*”.

24 Philippe BORNIER, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV*, 1678, p. 321, que no cita el nombre del estudiante. La sentencia del caso Tanquerel puede leerse en *Arrest de la Cour de Parlement contre Jean Tanquerel* (1561), *Traité des droits et libertez de l'Église gallicane* (Pierre DUPUY, 1731, t. I, pp. 50-54 -1ª ed. 1639-), *Les recherches de la France* (Étienne PASQUIER, 1568, libre III, ch. XVI, n. 201, 208 y 211).

actuales, el tribunal condenó a la Facultad de Teología a la pena interdictiva de suspensión de actividades, vigente en el art. 33.7.c de nuestro Código Penal²⁵.

Podríamos multiplicar los ejemplos, tanto doctrinales como prácticos, pero a los efectos de nuestro análisis no resulta necesario: se trata únicamente de constatar cómo la frase no es romana, pero cómo tampoco es romano el principio que impide a las personas jurídicas cometer delitos. Ni romano, ni medieval, ni moderno, ni siquiera aparecerá ni en BECCARIA ni en los interesantísimos y abundantes tratados de derecho penal publicados antes de la Revolución Francesa.

Así pues, ¿quiénes y cuándo mantuvieron por primera vez la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas? Pues fueron John BLACKSTONE en 1765 en el Reino Unido, influido por el nominalismo de John LOCKE, y Ferdinand HOMMEL en 1779 en Alemania, influido por el subjetivismo de Immanuel KANT.

A partir de BLACKSTONE²⁶, el Reino Unido aceptó que las personas jurídicas no fueran sujetos penales, y mantuvo ese principio inalterado hasta que en 1889 un Interpretation Act del Parlamento Inglés²⁷

25 Art. 33.7.c) CP: “Suspensión de sus actividades por un tiempo que no podrá exceder de cinco años”.

26 Antes de la doctrina de BLACKSTONE es preciso señalar que el juez inglés John HOLT dictó una sentencia en 1701 (12 Mod 559) en que puede leerse lo siguiente: “*a corporation is not indictable, but the particular members of it are*”. (“No se puede procesar a una corporación, solo a sus miembros concretos”).

27 “An Act for consolidating enactments relating to the Construction of Acts of Parliament and for further shortening the Language used in Acts of Parliament ». Re-enactment of existing Rules. N° 2: “**1.** *In the construction of every enactment relating to an offence punishable on indictment or on summary conviction, wheter contained in an Act passed before or after the commencement of this Act, the expression « person » shall, unless the contrary intention appears, include a body corporate. 2. Where under any Act, wheter passed before or after the commencement of this Act, any forfeiture or penalty is payable to a party aggrieved, it shall be payable to a body corporate in every case where that body is the party aggrieved*”. (“**1.** *En la redacción de toda promulgación relativa a una infracción susceptible de ser castigada por prueba de indicios o convicción sumaria, ya esté contenida en una ley aprobada antes o después de la entrada en vigor*

aprobó que siempre que una norma penal usara la palabra “persona” debía entenderse que con ella se designaba tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. Desde 1889 en nada ha variado esa posición en el Reino Unido, que desde aquella fecha y hasta el día de hoy ha reconocido la responsabilidad penal corporativa.

Por su parte Alemania se ha mantenido fiel desde el Código de Baviera de 1813 y hasta nuestros días en su rechazo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, rechazo naturalmente compensado con el reconocimiento de responsabilidad de tipo administrativo. A pesar de que no han faltado opiniones contrarias a esta regulación en alemanes como Carl Friedrich SINTENIS en 1825 o el propio VON LISZT a partir de 1881, lo cierto es que la legislación alemana resistió incluso a la potentísima corriente pacifista de los años 20 que pretendía hallar la solución definitiva para evitar las guerras creando un tribunal internacional de justicia en que los Estados fueran los sujetos justiciables, en doctrina que exigía rechazar el principio *societas delinquere non potest*.

Al concluir la Segunda Guerra Mundial el principio fue sin embargo recuperado con tanta intensidad que todos los que nos hemos formado en el lapso de los sesenta años posteriores a 1945 lo hemos hecho convencidos no solo ya de la vigencia en ese momento del principio *societas delinquere non potest*, sino de que tal vigencia lo era como proposición descriptiva y no como proposición meramente normativa.

Vigencia del principio en el derecho penal español

No podemos concluir este brevísimo repaso histórico sin hacer mención a la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España en estos dos últimos siglos.

de esta Ley, la expresión “persona” comprenderá, salvo que aparezca declaración expresa en contrario, a las entidades corporativas. 2. En la construcción de cada promulgación relativa a un delito punible en acusación o en condena, ya sea contenido en un edicto promulgada antes o después del comienzo de ese edicto, la expresión “persona” podría, salvo indicación expresa de lo contrario, incluir a entidad corporativa”).

Lo primero que habría que señalar en este sentido es que nada, absolutamente nada, han dicho los códigos penales españoles hasta el año 2010 sobre si las personas jurídicas eran o no eran sujetos penalmente responsables. Por ello los defensores de que la frase *societas delinquere non potest* es una proposición meramente descriptiva hallarán un argumento a favor en este silencio, pues efectivamente aquello que no puede ser de otra manera nunca es objeto de regulación: por ejemplo nunca se ha sometido a votación democrática el teorema de Pitágoras.

Pero quienes así argumentaran se enfrentarían con un problema que resulta insalvable: la exposición de motivos del proyecto de código penal de 1884 del ministro Francisco SILVELA decía así²⁸:

Resuélvese en el proyecto una cuestión que ha preocupado con justicia a los tribunales, y que ha sido materia de empeñados debates [...] y que debe elevarse a otra altura para ser juzgada sin apasionamientos de partido ni estímulos de vana popularidad: tal es la de si la responsabilidad criminal se limita a la personalidad en su concepto individual, o alcanza también a las corporaciones o personalidades jurídicas y colectivas.

No hay duda pues de que, lejos de ser unánime la interpretación del silencio de nuestros códigos penales, hubo una época en que generaba “empeñados debates”. Y a tales debates sin duda favoreció la promulgación de leyes penales especiales como el Real Decreto de Imprenta de 1875, que no solo reconoció expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que generó las primeras sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Supremo, no en el año 2016 sino en el remoto decenio de 1870.

28 Francisco SILVELA, *Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1884* (“Delitos cometidos por medio de asociaciones, empresas o personalidades colectivas. Disposiciones especiales sobre los delitos cometidos por medio de la prensa periódica”). El Proyecto Silvela fue presentado al Congreso de los Diputados el 29 de diciembre de 1884 [Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Ap. 1 al Núm. 54].

Justificaba así el legislador de 1875 en el preámbulo de la norma el reconocimiento legal de las personas jurídicas como sujeto penal:

Nuestras leyes o decretos del periodo constitucional fluctuaron entre las penas corporales y las pecuniarias, habiendo ofrecido aquellas el triste cuadro de los editores responsables, hombres desgraciados, que por precio vivían (nuevo género de esclavitud) bajo el peso de una serie interminable de condenas, por delitos que no habían cometido ni podido cometer y estas el poco edificante ejemplo de una guerra entablada entre el dinero al servicio de las empresas periodísticas privilegiadas y el Gobierno de la Nación, bastardeándose la opinión pública, no recayendo tampoco las penas sobre los autores de los escritos condenados, y burlándose al fin la Ley con la fácil devolución de las multas. ¿No es más justo que la represión de las extralimitaciones cometidas por una entidad anónima, como lo es el periódico, recaigan sobre esta misma entidad afectándole por medio de la suspensión o destruyéndole, si a tanto diere motivo con la reincidencia en los delitos más graves por la supresión después de dos o tres suspensiones?

Y para concluir con el siglo XIX, si alguien se pregunta en términos post-kelsenianos si esta norma era o no constitucional, la respuesta no puede ser sino un rotundo sí, ya que el constituyente de 1869 previó específicamente que las corporaciones fueran sujetos penales²⁹. Así decía el artículo 19 de la Constitución:

Art. 19: A toda asociación cuyos miembros delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca sometiendo incontinenti a los reos al juez competente.

29 En opinión del ministro FRANCISCO SILVELA, expresada en la exposición de motivos de su proyecto de código penal (1884), el Real Decreto de Imprenta de 1875 se dictó en desarrollo del citado art. 19 de la Constitución de 1869.

Entrando en el siglo XX, el primer código penal promulgado fue el de 1928. Conocido como código gubernativo, introdujo por primera vez de forma expresa medidas de seguridad que podían imponerse con carácter general a las personas jurídicas. Como es sabido los avatares políticos hicieron que la vigencia de este código fuera de poco más de dos años, pues entró en vigor el 1 de enero de 1929 y fue derogado el 15 de abril de 1931.

No podemos olvidar, sin embargo, un hecho que por ser poco conocido es precisamente del mayor interés: el Código Penal del protectorado español en Marruecos, promulgado en 1914 y en vigor hasta 1958, se basó en el proyecto de código penal de SILVELA de 1884, y en consecuencia reconocía la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas.

Por su parte, en la España peninsular el Código de 1944, que regresó al tradicional silencio, reconoció sin embargo la capacidad de acción delictiva a las personas jurídicas en el tipo del art. 238, si bien las penas por los hechos que aquellas cometieran se impondrían a determinadas personas físicas:

Art. 238 (párr. 2º). Cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos por sociedades, empresas o entidades análogas, se impondrán, en sus respectivos casos, las penas señaladas a los directores, gerentes de las mismas o encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los consejos de administración, siempre que estos tuvieren conocimiento de la orden incumplida³⁰.

En iguales términos, reconociendo capacidad delictiva a las personas jurídicas, se expresará varios decenios después el art. 499 bis introducido por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, Sobre

30 Art. 238, párr. 1º: “El que desobedeciere órdenes expresas del gobierno referentes a la fabricación, transformación, suministro, adquisición, transporte, importación o exportación de materias, efectos, productos, semovientes o cualquier género de mercancías en lo relativo a la sustancia, calidad, cantidad o tiempo de los mismos, incurrirá en las penas siguientes [...]”.

reforma del Código Penal³¹, en que se regula el delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo³².

Por su parte, en el art. 265 también introducido por la ley de 1944 nos encontramos la situación contraria: no se reconoce capacidad de acción a las personas jurídicas pero sí capacidad de recibir determinadas sanciones penales, concretamente la disolución de las asociaciones ilícitas en relación con el depósito de armas:

Art. 265 (párr. 2º). Estas asociaciones serán disueltas para todos sus fines, tanto si se encontraren dichas armas o explosivos en su domicilio, como fuera de él.

De igual modo, se reconoció capacidad penal a las personas jurídicas en el art. 546 bis, introducido por la ley de 9 de mayo de 1950³³, y en el art. 452 introducido por el legislador de 1963³⁴.

31 BOE nº 274, de 16 de noviembre de 1971. Esta ley contenía la siguiente disposición final: “*El Gobierno, en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido del Código Penal*”. Conforme al hábito centenario en lo relativo a la legislación penal, este plazo no se cumplió.

32 **Art. 499 bis (párr. 3º)**. *Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa.*

33 Ley de 9 de mayo de 1950 sobre modificación del Código Penal ordinario y penando el encubrimiento como delito autónomo, BOE de 10 de mayo de 1950. **Art. 546 bis d)**. *Cuando a juicio del tribunal los hechos previstos en los artículos anteriores fueren de suma gravedad, se podrá imponer, además de las penas señaladas en los mismos, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre temporal o definitivo del establecimiento.*

34 Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de 1963 del Código Penal, conforme al mandato de la Ley 79/1961, de 23 de diciembre. **Art. 452bis**. *Serán castigados con las penas de prisión menor, multa de 30.000 a 600.000 pesetas, y en sus respectivos casos, con las inhabilitaciones señaladas en los artículos anteriores: 2º Los que dieren o tomaren en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución o corrupción ajenas. El Tribunal decretará, además de las referidas penas, el*

Junto con estos artículos del Código Penal, todos ellos inalterados hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995³⁵, es preciso señalar que en virtud de una ley penal especial aprobada mediante el Decreto-ley de 15 de febrero de 1952 se atribuyó a las empresas la doble capacidad de acción y de pena³⁶:

Art. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria a que se refiere el artículo precedente, y de las sanciones que establezcan las normas de carácter social, si de los hechos cometidos se desprendiera la existencia de maquinaciones o confabulaciones dolosas, la Delegación de Trabajo correspondiente pasará el oportuno tanto de culpa a la jurisdicción penal ordinaria, que podrá imponer, tanto a la empresa cedente como a la cesionaria, las penas señaladas en el artículo 534 del Código Penal vigente.

La existencia de estos artículos en el Código Penal y de esta ley penal especial llevó a que tanto Luis RODRÍGUEZ RAMOS en 1980³⁷ como el propio Miguel BAJO al año siguiente³⁸ reconocieran que el

cierre temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido. 3º En caso de procedimiento judicial por cualesquiera de los delitos previstos en este artículo, así como en los artículos 452 bis a), b) y c), el Juez instructor podrá ordenar el cierre provisional del local o parte del mismo a que hace referencia este artículo, cuyo dueño, gerente, encargado, administrador o arrendatario fuese procesado.

35 El art. 265 que fue modificado formalmente, pero no en su contenido, por la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del código penal en materia de terrorismo. BOE de 12 de enero de 1979. La posibilidad de disolución llegó hasta el vigente art. 520 del CP 1995.

36 Decreto-ley de 15 de febrero de 1952, por el que se establecen responsabilidades de carácter civil y penal por incumplimiento de leyes laborales y de previsión social. Este artículo 2 fue expresamente derogado por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, Sobre reforma del Código Penal, que introdujo el citado art. 499 bis (párr. 3º).

37 Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el proyecto de código penal*, *La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (1), 1980, pp. 1004-1005.

38 Miguel BAJO FERNÁNDEZ, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (vol. 34, nº 2-3), 1981, pp. 372-373.

principio *societas delinquere non potest* no se respetaba en España de forma absoluta, pues aunque de modo excepcional, lo cierto es que el derecho penal español reconocía a las personas jurídicas tanto la capacidad de acción como la capacidad de ser sujetos de determinadas sanciones penales.

La pretensión de introducir estas sanciones penales dentro de la parte general reapareció en el Proyecto de Código Penal de 1980, donde se recuperaron las medidas de seguridad del Código de 1928. Tres años después en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal se introdujeron de nuevo pero bajo la denominación de “*consecuencias*”. Este sustantivo ya había sido utilizado en el Dictamen de la Comisión referente al proyecto de código penal de 1885 que afirmaba que no podían considerarse penas la suspensión o la disolución de una sociedad, sino que “*tan solo cabe considerarla como la consecuencia de haberse cometido un delito*”. A esta afirmación de la comisión respondía irónicamente Quintiliano SALDAÑA al comentar en 1927 aquel informe de 1885 diciendo: “*¿Y qué son sino consecuencias jurídicas las penas?*”³⁹. Lo cierto es que, con independencia del mayor o menor acierto del término, las consecuencias fueron victoriosas y se incorporaron primero a los Proyectos de código penal de 1992 y 1994, y finalmente al artículo 129 del Código Penal, en que siguen hoy en día para las entidades sin personalidad jurídica tras la promulgación de la LO 5/2010⁴⁰.

Conclusiones

Es momento pues de recuperar el análisis lógico abstracto e interpretarlo a la luz de los datos históricos que acabamos de presentar.

Señalábamos al interrumpir el análisis de la frase que su interpretación como proposición descriptiva podía no ser una petición

39 Quintiliano SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, *Capacidad criminal de las personas sociales*, 1927, p. 58.

40 LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

de principio en la medida en que se trataba de la conclusión lógica de constatar que la frase era romana, que el principio era del derecho penal romano, y que había sido respetado fielmente hasta la muy reciente introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que habría que interpretar como mero fraude de etiquetas. Pero una vez que hemos visto que esos hechos son sencillamente falsos, la conclusión necesaria es que toda interpretación de la proposición como descriptiva será necesariamente una falacia de petición de principio.

Bastaría una sola excepción para negar la regla, como bastaría un solo triángulo de cuatro lados para negar su trilateralidad universal, pero lo cierto es que desde un punto de vista histórico solo puede sostenerse que la norma ha sido el reconocimiento a las personas jurídicas de su capacidad de responsabilidad penal, y que incluso durante los periodos en que las personas jurídicas no eran en general responsables penales sí lo eran de derecho administrativo sancionador, y también de algunas leyes especiales e incluso de algunos tipos penales concretos. En otras palabras, y como posición fuerte, podemos afirmar que la proposición *societas delinquere non potest* entendida como descriptiva no ha sido respetada nunca, lo que es tanto como decir que toda interpretación descriptiva es, desde el punto de vista de la realidad, sencillamente falsa.

De este modo tal interpretación descriptiva de la proposición solo podría mantenerse con un formalismo esencialista radical que supusiera una idea de derecho penal previa al propio derecho penal, cuya realización sería precisamente el derecho penal realmente existente. A tal realización se la supondría imperfecta, con un déficit, al haber admitido históricamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando tal posibilidad no es conforme a la idea de derecho penal.

Al margen de que desde nuestra posición materialista sostenemos que tanto los conceptos como las ideas no son preexistentes sino que bien al contrario se construyen a partir de la realidad, siempre nos quedaremos sin saber cuál es el mecanismo que le permite al esencialista conocer esa idea previa de derecho penal,

y cómo puede saber que tal idea es incompatible con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo relevante, en cualquier caso, es que la realidad indica lo contrario.

Así pues, una vez que rechazamos que la proposición sea descriptiva, debemos necesariamente aceptar que se trata de una proposición normativa cuyo destinatario es el legislador. Y como tal proposición normativa su verdad debe ponderarse de acuerdo únicamente con criterios de prudencia o utilidad. Tales criterios además no son inmutables, sino que dependen de las circunstancias reales objetivas en que se enmarca la proposición de que se trate. En otros términos, lo que puede ser prudente en unas determinadas circunstancias puede resultar imprudente en otras diferentes.

La prudencia o no prudencia de la proposición *societas delinquere non potest*, la única verdad posible de su contenido, radicará en el resultado de su aplicación a los diversos tipos de *societas* que hemos definido.

En relación con las *societates* en sentido jurídico-privado, no se alcanza a entender cuál pudo ser el fundamento de no reconocer responsabilidad penal en sentido estricto a las personas jurídicas mientras que simultáneamente se les reconocía responsabilidad administrativa, siendo que como hemos visto ambos remiten a una distinción meramente formal. Que una persona jurídica no pudiera cumplir con unas categorías de la teoría del delito definidas únicamente para las personas físicas era una evidencia que por elemental, no debió nunca suponer un obstáculo.

Resuelta definitivamente esta cuestión en el año 2010, queda pendiente de solución lo que en nuestra opinión es otra contradicción: reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas pero no a las entidades sin personalidad jurídica, cuando ambas son especies del género corporación, y cuando ambas son además sujeto prácticamente de las mismas sanciones. El sistema bímembre construido en los artículos 31bis y 129 del código penal, que reposa sobre la existencia o no de personalidad en la corporación, es tan artificial y arbitrario como lo es la propia atribución o no de personalidad por parte del legislador. No en vano las sanciones,

unas con el nombre de pena y otras con el de consecuencia, son prácticamente las mismas ya que el art. 129 CP remite para señalar cuáles son las consecuencias al art. 33.7 CP, que es precisamente el que recoge la lista de penas de las personas jurídicas.

Al margen de estas contradicciones, no habremos de buscar la prudencia o no de la proposición *societas delinquere non potest* en los significados generales de *societas*, sino que en nuestra opinión habremos de buscarlos en sus sentidos más específicos. Por ejemplo, nuestro también añorado José Manuel MAZA MARTÍN⁴¹ se preguntó en su tesis doctoral sobre la conveniencia de que los partidos políticos fueran sujeto de responsabilidad penal, pues se genera el riesgo de que el debate político se desplace de su lugar natural que es el parlamento a las salas de justicia.

En cuanto a los sentidos jurídico-públicos de *societas*, el legislador actual mantiene la situación anterior a 2010: rechaza que sean sujetos de responsabilidad penal, mientras que simultáneamente les reconoce la capacidad de ser sujetos de responsabilidad administrativa. Lo cierto es que en este caso el juicio de prudencia puede ser diferente al que planteamos para las *societates* en sentido jurídico-privado, pues no puede negarse, por ejemplo, que el procedimiento administrativo en virtud del cual se aplicó el art. 155 de la Constitución en el año 2017 resultó mucho más eficaz que un hipotético proceso penal que se hubiera abierto contra la Comunidad Autónoma como tal.

Ilustrísimos señores, quiero concluir en definitiva insistiendo en la idea de que el principio *societas delinquere non potest*, en contra de la intuición que todos siempre tuvimos, ni es ni fue nunca freno para el reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Por ello puedo decir que los planteamientos que Miguel BAJO defendió en esta misma sala hace cuatro años no se construyeron al margen del principio *societas delinquere non potest*, sino precisamente como desarrollo del mismo: no hay impedimento alguno para que las personas jurídicas tengan res-

41 José Manuel MAZA MARTÍN, *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

ponsabilidad penal, si bien por cuestiones de prudencia tal atribución ha de hacerse con escrupuloso respeto de los irrenunciables principios del derecho penal, esto es y entre otros, exigiendo un hecho propio a la persona jurídica. Tal fue el planteamiento de Miguel BAJO, que yo, como no podía ser de otra manera, suscribo plenamente.

Ilmo. Sr. Presidente, Ilmos. Sres. Académicos, señoras y señores, muchísimas gracias por su atención.

