

# La problemática del sujeto en el derecho penal

Silvina Bacigalupo\*

I. Desde finales del siglo XIX no se ha puesto en duda que el único *sujeto* del derecho penal es el individuo. Esta concepción del sujeto que ha sido el punto de partida de toda la evolución de las categorías dogmáticas de la teoría del delito, especialmente de la acción y la culpabilidad, parece -sin embargo- no ser suficiente para explicar numerosas conductas realizadas en la actualidad a partir de una empresa o una persona jurídica y que son percibidas en la sociedad como conductas merecedoras de pena. En el derecho penal estos entes jurídicos no son susceptibles de ser sometidos al control penal y, por lo tanto, no pueden tener responsabilidad penal. En este sentido, se entiende que en nuestro derecho penal rige de forma general la máxima: *societas delinquere non potest*. Considerado desde este punto de vista, de *lege lata* las personas jurídicas no se encuentran sometidas al derecho penal. Esta afirmación parece ser tan evidente que casi ningún manual de derecho penal ni tampoco ningún comentario del código penal hacen referencia a la posibilidad de considerar a la persona jurídica como *sujeto del derecho penal*. Las dificultades jurídicas de afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran vinculadas a cuestiones que conciernen al problema del *sujeto* y de la *norma jurídica*. En este sentido, los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena. La discusión sobre este tema ha girado siempre en relación a la incom-

patibilidad de dichos conceptos con la persona jurídica o en el intento de adaptación de ciertas categorías para permitir su aplicación a las personas jurídicas. Todos estos argumentos, tanto a favor como en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, han estado y están marcados para la eterna *comparación entre la persona física y la jurídica*.

Sin embargo, todo intento que tome como punto de partida dichos presupuestos está destinado al fracaso. Es evidente, y la discusión de casi cien años en torno a este tema lo ha demostrado, que las diferencias entre uno y otro sujeto resultan insuperables. Por lo tanto, se intenta aquí presentar una nueva perspectiva desde la cual se puede enfocar este tema.

En este sentido, es posible afirmar que:

la elección de una determinada idea de sujeto condiciona los conceptos y las soluciones dogmáticas de la teoría del delito y en especial los de acción y de culpabilidad; por lo tanto, la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de la incapacidad de acción y de culpabilidad en el sentido de la teoría del delito actual adolece de una cierta circularidad.

II. Esta hipótesis es precisamente la que se pone de manifiesto al estudiar la evolución histórica de la relación entre el sujeto y las categorías dogmáticas. En el derecho privado la teoría de las personas jurídicas está ligada a una evolución que va desde la *teoría de la ficción*, primero insinuada por los canonistas y luego elaborada por v.Savigny, a la *teoría organicista* de Gierke, que abrió una perspectiva completamente diferente. En el derecho penal esta evolución de la idea del sujeto fue también introducida por v.Liszt. Desde la primera edición de su manual v.Liszt admitía la

\* Profesora de la Universidad Autónoma de Madrid.

1. Por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pp. 109yss.

posibilidad de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sosteniendo que jurídicamente ello es posible, dado que "quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios o incumplir los contratos concluidos". Sin embargo, su comprensión de la acción, como "cualquier movimiento corporal, es decir, como movimiento muscular puesta en marcha por un acto psíquico activado por la representación de su contenido" y su comprensión de la pena desde la prevención especial positivista, no permiten deducir una responsabilidad directa de las personas jurídicas.<sup>2</sup>

Desde el punto de vista de la teoría de las personas, el *concepto de sujeto* es una construcción hermenéutica que aparece como un preconcepto de toda la elaboración dogmática jurídica. Las nuevas concepciones representadas por Welzel,<sup>3</sup> y su finalismo a partir de 1930 supusieron una profunda evolución en la idea del sujeto y con ello la ruptura, quizá, más drástica con el modelo anterior de sujeto dentro de un mismo paradigma. Sin embargo, la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no logró cambiar de coordenadas. El centro de la discusión ocupado por el hombre capaz de orientar finalmente su conducta como punto de partida de las explicaciones jurídicas y sociológicas no permitió el desarrollo de las categorías dogmáticas más allá de las capacidades del individuo.

En consecuencia, se puede afirmar que una observación meramente superficial de la historia dogmática permite comprobar que el sujeto del derecho penal ha evolucionado en forma paralela a los cambios de fundamentación de la teoría del delito. El sujeto del derecho penal de la dogmática de los hegelianos es un sujeto individual éticamente responsable. Por el contrario, en la dogmática de la prevención especial positivista (v. Liszt) la capacidad de responsabilidad ética ya no es una característica del sujeto: también el autor no responsable, pero peligroso, es sujeto del derecho penal. Jakobs ha puesto de manifiesto que también la teoría de la acción es, en verdad, una teoría del sujeto del derecho penal y que no es el mismo el que tiene en consideración la teoría causal de la acción y la teoría finalista.<sup>4</sup>

8. V. LISZT, *Lehrbücher des deutschen Reichsrechtes*, Das deutsche Reichsstrafrecht, Berlin/Leipzig, 1981, pp. 100 y ss.; el mismo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23. ed., Berlin/Leipzig, 1921, § 28, p. 124; v. Liszt/Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. ed., Berlin/Leipzig, 1932, § 28, pp.155 y ss.
9. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Ed., Berlin, 1969, § 1, p. 1; el mismo, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975.
10. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil-Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed., Berlin/New York, 1991, 6/20.

III. A pesar de estas dificultades, la importancia cada vez más notoria que han adquirido las personas jurídicas en la realidad social propició la búsqueda de una solución dogmática a este conflicto social. En este sentido, en los últimos 20 años la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido muy intensa, sobre todo, en Alemania.<sup>5</sup> De allí provienen también, una vez más, diferentes intentos dogmáticos para la superación de esta problemática.

Los caminos emprendidos en este sentido, se vinculan fundamentalmente con una reelaboración de los conceptos tradicionales de acción y de culpabilidad para su adaptación a las personas jurídicas.

En relación a la *acción* las opiniones son más unánimes que en materia de culpabilidad. En este sentido, se entiende de forma mayoritaria -incluso hasta por un representante tan ortodoxo del finalismo welzeliano como Hirsch- que en el caso de las personas jurídicas la acción penalmente relevante la debe constituir la acción realizada por el órgano de la persona jurídica en el marco de sus competencias y, por lo tanto, ostentando la representación de la misma. Dado que las acciones del órgano vinculan a la persona jurídica, éstas deben serle imputadas a la misma como una *acción propia*.<sup>6</sup>

En lo concerniente a la *capacidad de culpabilidad* de las personas jurídicas se pueden advertir dos grandes líneas de pensamiento:

Por un lado, aquellos autores que no admiten ninguna modificación del principio de culpabilidad y, por ello, sólo consideran la posibilidad de recurrir a sanciones de derecho civil, a la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito, así como a las sanciones de derecho administrativo.<sup>7</sup>

5. Fundamentalmente, TIEDEMANN, "Die 'BebuJung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", NJW 19 (1988) 1169. Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht-Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht*, K5In/Berlin/Bonn/München, 1979, passim.
6. TIEDEMANN, "Die 'BebuBung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", p. 1172; SCHÜNEMANN, "Unternehmenskriminalität und Strafrecht", p. 20. STRATEN-WERTH, "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", p. 297. Orro, "Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden", p. 15. VOLK, "Zur bestrafung von Unternehmen", p. 299. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 6/44. Zugaldía "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la máxima *societas delinquere non potest* CPC 11, 1980, pp. 67 y ss.; el mismo, "capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", CPC 1994, p. 613.
7. BAJO FERNÁNDEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español". GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal*, tomo 1, Zaragoza, 1985.

Dentro de este mismo círculo de autores Schünemann<sup>8</sup> sostiene, sin embargo, la posibilidad de aplicar -a pesar de la inexistencia de culpabilidad- sanciones a las personas jurídicas, fundamentadas en un nuevo principio de legitimación: *el estado de necesidad del bien jurídico*. Según este autor en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas nos encontramos en una situación semejante a la del estado de necesidad que se produce aquí por la *debilitación de la eficacia preventiva en el ámbito de la criminalidad de empresa*. En este sentido, la protección necesaria del bien jurídico no se puede asegurar de otra manera y el mantenimiento de los bienes jurídicos en peligro resulta más gravosa que la aplicación de una sanción a la persona jurídica.

Por otro lado, nos encontramos con autores que han elaborado un nuevo concepto de culpabilidad para las personas jurídicas. En este sentido, Tiedemann<sup>9</sup> -tomando como punto de partida la regulación alemana de las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas (§30 OWiG)- elabora un concepto de culpabilidad cuyas exigencias son menores para el ámbito del derecho administrativo sancionador. La *culpabilidad de organización o por defecto de organización* de las personas jurídicas, como denomina Tiedemann la culpabilidad de las mismas, se constata en el momento en que por parte del órgano competente se haya cometido una omisión para la evitación de la infracción. El fundamento último de este concepto sería el mismo sobre el que se basa la punibilidad en los casos de la *actio libera in causa*.

También se ofrecen otras propuestas que, basándose bien en las ideas de Schünemann, bien en las de Tiedemann, como puntos de partida, intentan introducir otros criterios adicionales para elaborar la culpabilidad de las personas jurídicas (Brender, Korte, Hirsch, Stratenwerth, Ehrhardt, Eidam, Ran-siek). No es posible aquí ofrecer de forma pormenorizada todas estas propuestas, pero sí se puede decir que ninguno de estos puntos de partida terminan de satisfacer. Lo importante es, en mi opinión, resaltar que se trata de propuestas limitadas. La razón fundamental por la que ninguna de las dos propuestas permite llegar a una solución

convinciente es su relación con categorías elaboradas para sujetos incompatibles con las características de las personas jurídicas.

IV. El panorama de la cuestión adquiere un cierto giro, sin embargo, cuando se intenta explicar el concepto de culpabilidad a través de su función preventiva. En este sentido, la culpabilidad del autor no sólo se determinará a partir de las capacidades personales del mismo, sino que se debe elaborar acorde con la función preventiva de la pena, lo que también supone una modificación de la idea del sujeto. La idea del sujeto individual se ve expuesta a nuevos criterios para la determinación de la culpabilidad.

Dos son las corrientes de funcionalismo jurídico que surgen a partir de esta concepción:<sup>10</sup> una basada en la prevención especial (Roxin)<sup>11</sup> y otra basada en la prevención general positiva (Jakobs).<sup>12</sup> La primera forma de funcionalismo no permite dar una perspectiva diferente a la consideración del sujeto y, por lo tanto, tampoco a la cuestión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues mantiene como punto de partida la idea del sujeto individual y, por ello, la necesidad de operar sobre la resocialización del mismo mediante la aplicación de la pena.

La segunda opción toma otros puntos de partida metodológicos dando así lugar a resultados diferentes. La utilización de conceptos provenientes de la teoría de los sistemas, elaborada por Luhmann,<sup>13</sup> ha permitido dar un giro a la concepción del derecho penal y a los conceptos dogmáticos de la teoría del delito. El máximo exponente de esta corriente es, sin lugar a duda, Gimther Jakobs que está en el centro de la discusión.

Desde esta comprensión comunicativa, el delito es una afirmación que contradice la norma y la pena es la respuesta que confirma la vigencia de la misma. El hecho punible es, entonces, una comunicación defectuosa y, por lo tanto, la aplicación de una

SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el derecho español", en SILVA SÁNCHEZ (Ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 357.

8. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 233 y ss.

9. TIEDEMANN, "Die "Bebufung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", p. 1172.

10. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 68 y ss.

11. ROXIN, *fundamentalmente*, en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Ed., 1972, pp. 14 y ss.; el mismo *STRAFRECHT AT*, 3. Ed., 1997, § 19,1/1 y ss.

12. JAKOBS, "Schuld und Prævention", 1976, pp. 9 y ss.; el mismo, *Das SCHULDPRINZIP*, 1992, p. 25.; el mismo, *últimamente*, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropaischen" Prinzipienendenken" *ZStW* 107 (1995), p. 843.

13. LUHMANN, *Soziale Systeme - Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 1994, pp. 15 y ss., 191 y ss., 242 y ss., 346 y ss., 593 y ss. *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, pp. 9 y ss., 38 y ss., 124 y ss., 338 y ss., 407 y ss., 550 y ss.

pena no es un medio para el mantenimiento de la identidad de la sociedad, sino -precisamente- el mantenimiento mismo de dicha identidad. En la lógica de las teorías de la comunicación el derecho penal cumple la función de confirmar la identidad normativa de la sociedad.

En este sentido, para establecer el *sujeto del derecho penal* es necesario partir de los correspondientes conceptos sociales, es decir, de un *sujeto mediado por lo social* (persona), del ámbito de deberes (competencia) y de la norma como expectativa social institucionalizada. En este contexto, ser *sujeto* significa ejercer un papel (rol) y no la expresión de la subjetividad de su portador. Se trata de la representación de una competencia socialmente comprensible.<sup>14</sup>

El aspecto más relevante de esta elaboración teórica para permitir una visión diferente de la cuestión referente al sujeto y sobre la responsabilidad penal, de las personas jurídicas se puede resumir de la siguiente manera: Jakobs pone de manifiesto que la teoría de la acción y la de la culpabilidad son *teorías sobre el sujeto*. Por lo tanto, el contenido de las categorías dogmáticas dependerá de la idea de sujeto que se adopte. En consecuencia, es posible afirmar que la máxima aportación de estos conceptos se encuentra en la constatación de que *el individuo no es el único sujeto posible del derecho penal*. También la persona jurídica puede ser entendida como sujeto del derecho penal, cuyas características determinantes son su estatuto y sus órganos. Sin embargo, de esta idea de la realidad social no deriva directamente la responsabilidad penal de los sujetos colectivos. Fundamentalmente, en lo que se refiere a la culpabilidad la teoría de Jakobs mantiene aun como referente material a la persona, cuyo ámbito normativo se encuentra definido a partir del ciudadano individual.

V. Como se ve, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debe plantear hoy, en mi opinión, más allá de una discusión sobre las mismas categorías dogmáticas de la teoría del delito, como una discusión sobre la *teoría del sujeto del derecho penal*.<sup>15</sup> Esta es la premisa desde la que se debe abordar el replanteamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo

tanto, el sujeto no es una cuestión obvia, sino que requiere una determinación conceptual que depende del punto de partida hermenéutico y pre jurídico sin el cual no es posible ninguna construcción dogmática.

La dogmática penal nunca pudo permanecer ajena al contexto filosófico de su tiempo. Probablemente, por esta razón el tema de la responsabilidad penal en las personas jurídicas ha reaparecido en el derecho penal actual no sólo por una renovada actualización de las necesidades prácticas de aplicar penas a las sociedades, sino también como consecuencia de la llamada *crisis de la filosofía del sujeto*.

Habermas ha caracterizado esta situación en sus estudios sobre el discurso filosófico de la modernidad y sobre la teoría de la acción comunicativa como el reemplazo del "paradigma del conocimiento de objetos", propio de la filosofía del sujeto autoconsciente, por el "paradigma del entendimiento entre sujetos capaces de comunicación mediante el lenguaje y la acción".

Es evidente que en esta situación existen razones para suponer que en el derecho penal se debe replantear la idea del sujeto en un paradigma filosófico diverso del que tradicionalmente ha inspirado la dogmática penal.

Por lo tanto, el problema dogmático penal, es consecuencia no sólo de la evolución social, sino de la *crisis de la filosofía del sujeto individual (auto-consciente)* a partir del cual no es ya posible dar una explicación coherente a numerosos conflictos sociales a los que el derecho penal debe hacer frente.

Según Ladeur,<sup>16</sup> dos son las corrientes filosóficas que intentan reaccionar ante esta crisis de la filosofía del sujeto: por un lado, la *teoría de la acción comunicativa* de Habermas y, por otro lado, la *teoría de los sistemas* de Luhmann. En ambos modelos teóricos se renuncia al sujeto como punto de partida. En el primer modelo el sujeto se plantea en la forma de una intersubjetividad pluralmente constituida. Por el contrario, una opción orientada en la *teoría de los sistemas* persigue el mejoramiento de la auto descripción y de la conformación del derecho mediante su construcción como *sistema autónomo desvinculado* del sujeto como origen de un ordenamiento (jurídico) racional. Desde este último contexto filosófico es también el marco dentro del cual se debe plantear -en mi opinión- una perspectiva diferente a las ofrecidas hasta el

14. JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien", p. 859.

15. BACICIALUPO, S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Barcelona, 1998, passim,

16. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie - Selbstreferenz-Selbstorganisation - prozeduralisierung*, 2 ed., Berlín, 1995, pp. 10 y ss.

momento sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este sujeto es entendido como sistema social que no se compone de acciones individuales, sino de *comunicaciones imputables* como acción. Es decir, se entiende que la sociedad no se compone de un conjunto de acciones específicas -como sostuvo Max Weber-, sino que se estructura sobre la base del suceso universal de sus medios operativos. Desde esta perspectiva, el sujeto tradicional, el individuo, es suplantado por el *sistema y sus comunicaciones*. Se trata, a su vez, de un sistema que se diferencia a sí mismo, en cuanto proceso auto creador, para abordar nuevos espacios y posibilidades que se presentan ante él. De este proceso de diferenciación surgen los distintos sistemas sociales. La sociedad se compone, desde estos puntos de partida, de *comunicaciones y de sistemas sociales* que se orientan por sus propias reglas.<sup>17</sup> Esta perspectiva llevará a una necesaria reformulación de los conceptos dogmáticos de la acción y de la culpabilidad.

En este sentido, no cabe duda que para este replanteamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se puede soslayar la significación, por un lado, de la *teoría de los sistemas*, entendida desde la comprensión de Luhmann, y, por otro, la de la legitimación de la pena en la *teoría de la prevención general positiva*. A primera vista podría parecer que estas afirmaciones no son, en verdad, muy diferentes a las que intentaron los partidarios de las teorías organicistas. Sin embargo, en este sentido Amelung<sup>18</sup> ha propuesto un esclarecimiento de las implicaciones de esta teoría y las diferencias que separan a la teoría de los sistemas sociales de las antiguas teorías organicistas, cuyas líneas fundamentales conviene recordar aquí, a pesar de que el contexto en el que Amelung formuló estas consideraciones no sea el mismo que el de esta investigación.

En primer lugar, las teorías organicistas surgieron en contra de las explicaciones mecanicistas de la estructura de lo social, frente a las que se encuentra la visión intuitiva de la totalidad del cuerpo social. Aunque ambas teorías tengan en común una reacción contra las explicaciones causales, lo cierto es que la teoría de los sistemas no opone al mecanicismo una consideración intuitiva total, "sino que procura precisamente lo contrario: con ayuda de los conocimientos de la teoría general de los sistemas busca reafirmar el análisis social de la estructura social".

La segunda diferencia concierne a cuestiones de legitimación. La teoría de los sistemas no intenta legitimar un elemento estructural existente sino que se limita a constatar su función para el mantenimiento del sistema.

Por último, existe una significativa diferencia en el tratamiento de las relaciones entre el individuo y la comunidad. Mientras que en la teoría organicista "es típico que el individuo sea concebido como un miembro de la comunidad y de él, en determinadas circunstancias, deducen su valor, para la teoría de los sistemas es característico que no se formula ningún juicio de valor sobre la relación entre el individuo y la comunidad (...) Como 'miembros' de un sistema social se pueden considerar, en todo caso, normas, roles, instituciones y subsistemas". En suma: "la teoría de los sistemas sociales es producto del distanciamiento entre individuo y comunidad, mientras que las teorías organicistas procuran una superación de este distanciamiento".

Por lo tanto, si la sociedad no se entiende ya constituida por acciones y el sistema social está compuesto por unidades comunicativas, estas consecuencias se deberían reflejar también sobre el entendimiento del derecho penal como medio para la solución de controversias sociales.

En este sentido, se puede sostener que el concepto de sujeto se puede definir (normativizar) a partir de la teoría de los sistemas entendiendo que estamos en presencia de sistemas psíquicos y de sistemas sociales. En consecuencia, el concepto del sujeto del derecho penal no debería abarcar única y exclusivamente al individuo, sino también los entes colectivos.<sup>19</sup> A partir de esta concepción se deberán estructurar las categorías de acción y culpabilidad de la teoría del delito.

VI. En el derecho penal español esta discusión se presenta, más allá de un mero problema filosófico y de lege ferenda, como una cuestión de lege alta, dado que el nuevo Código Penal contiene en su artículo 129 CP unas llamadas "consecuencias accesorias" aplicables a las personas jurídicas. Dichas consecuencias, que -como entienden los profesores Zugaldía y Rodríguez Ramos- no pueden entenderse más que como verdaderas penas, requieren hoy un esclarecimiento sobre cuáles deben ser los principios que fundamentan la aplicación de esa norma

17. IZUZQUIZA, La sociedad sin hombres - Niklas LUHMANN O la teoría del escándalo, Barcelona, 1990, pp. 11 y ss.

18. AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt, 1972, pp. 361 y ss.

<sup>19</sup> BACIGALUPO, S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *passim*.

toda vez que las personas jurídicas no se encuentran reconocidas como sujetos imputables.<sup>20</sup>

Para extender al derecho penal criminal la responsabilidad de las personas jurídicas -por otro lado, ya aceptada en el derecho administrativo sancionador donde los problemas no son tan distintos como se postula-, se propone que los principios de dicha responsabilidad se deben fundamentar a partir de la institución de la *representación*.<sup>21</sup> En efecto, en el derecho privado la *representación* es hoy una de las instituciones prácticamente indiscutibles, aunque no lo ha sido así en todas las épocas.

El fundamento de la imputación al mandante de los actos jurídicos celebrados por el representante es la *autonomía* de la voluntad. En la medida en la que el representado se auto obliga por su voluntad a aceptar los negocios jurídicos del representante, dicha voluntad se convierte en el fundamento de la imputación de tales negocios jurídicos.<sup>22</sup>

Ciertamente, la representación no agota sus formas en los presupuestos que provienen de la voluntad del representado, dado que también existe representación dispuesta por la ley. Pero, ello no invalida lo dicho anteriormente: junto a la voluntad como fundamento autónomo, existe también un fundamento *heterónimo* de la imputación, la ley.<sup>23</sup>

Un traslado de este principio al derecho penal parece contrario al *principio de personalidad* de las penas, por un lado, y al *carácter público* del derecho penal, por otro.

El *principio de la personalidad de las penas*, sin embargo, carece, en realidad, de autonomía conceptual. En efecto, se trata -más que de un principio por sí mismo- de una consecuencia del principio de culpabilidad, que impide que alguien sufra las consecuencias penales de la culpabilidad de otro. En la medida en la que el principio de culpabilidad puede ser redefinido para alcanzar también a las personas jurídicas, este principio debería también ser redefinido.<sup>24</sup>

En lo referente al carácter público del derecho penal la cuestión se relaciona con el fundamento de la obligatoriedad de las leyes. Desde el punto de vista de la teoría contractualista este fundamento es también la voluntad del contrato social. Por lo tanto, parece que tampoco aquí existiría ningún problema respecto de la representación. En este sentido, se puede sostener entonces que la acción del representante se puede imputar, en principio, a las personas jurídicas.<sup>25</sup>

Desde este punto de partida, se debe determinar qué personas jurídicas deben ser destinatarias de la norma y cuál es el círculo de representantes, cuya acción puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica o sociedad. Es decir, se debe determinar las personas que pueden ostentar una representación válida de una persona jurídica para que su acción ilícita pueda ser imputada a la persona jurídica.

En relación a la primera cuestión se deben considerar como destinatarias de la norma a las personas jurídicas de derecho privado y de derecho mercantil, así como las personas jurídicas de derecho público,<sup>26</sup> siempre que no actúen en ejercicio de sus potestades públicas; es decir, sólo las entidades públicas empresariales o entes instrumentales equivalentes en el ámbito de las administraciones autonómicas y local.

Con respecto a la posibilidad de extender el círculo de personas, cuyas acciones puedan ser imputadas a las personas jurídicas, se debe declinar toda imputación que se fundamente en acciones de personas que no ostenten una representación válida de la misma. Ello no significa que la representación válida sea solamente la determinada por la ley sino que puede y se debería incluir como representación las acciones de toda persona o grupo de personas que tengan a cargo una unidad operativa de la empresa.

Este debe ser el principio básico para la fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas a partir del cual se debe, en mi opinión, abordar la cuestión.

20. BACIGALUPO, S., LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, PASSIM.

21. BACIGALUPO, S., LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, PASSIM.

22. BACIGALUPO, S., LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, PASSIM.

23. BACIGALUPO, S., LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, PASSIM.

24. BACIGALUPO, S., LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, PASSIM

25. BACIGALUPO, S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, passim.

26. BACIGALUPO, S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, passim.

Víi . Por último, es necesario que quede claro que esta propuesta no debe ser entendida como una teoría *deshumanizante* sino que sólo se trata de un cambio de perspectiva del conocimiento, que no significa en modo alguno un menoscabo de la posición central de los valores humanos en la teoría del derecho penal como teoría social. Son dos cuestiones diferentes.

A ello hay que agregar que la cuestión está planteada en un momento en el que se proponen cambios muy significativos en el marco teórico y metodológico del derecho penal, por lo tanto, en un momento de inestabilidad de los paradigmas de la ciencia del derecho penal, en los que la toma de partido es arriesgada y se está obligado a optar por el paradigma estabilizado o por el paradigma desestabilizante.

La teoría de los sistemas y la prevención general positiva ofrecen, a mi modo de ver, una buena posibilidad teórica para redefinir el concepto del sujeto del derecho penal.

La *teoría de los sistemas* porque permite una descripción del sistema jurídico basada en la distinción de sistemas sociales y sistemas psíquicos, permitiendo de esta manera una descripción del sistema jurídico en la que el punto de partida no sea, precisamente, un sujeto individual autoconsciente.

A su vez, la *prevención general positiva* no supone una noción de pena que sólo se pueda legitimar por el reproche a un sujeto individual (como las teorías absolutas) o por la expresión de una personalidad asocial individual (como la teoría de prevención especial). Por lo tanto, un sistema jurídico que no parte de la intuición del sujeto autoconsciente y de una función del derecho penal que no está vinculada a reprochar o a la tarea de resocializar a un sujeto sino a *satisfacer la vigencia de una norma y garantizar la identidad normativa de la sociedad*. Ello permite un cambio de paradigma en el que tiene sentido replantear el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El camino parece no estar cerrado y no parece imposible intentar dar un paso más en esta nueva dirección.



