

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
RESPONSABILIDAD PERSONAL POR EL HECHO PROPIO.
MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PERSONAL LIABILITY
BY STOPEL. QUANTITATIVE MANIFESTATIONS*

Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 204-239

Antonio
CUERDA
RIEZU

RESUMEN: Es objeto de atención el principio de responsabilidad personal por hecho propio, también conocido como principio de personalidad de las penas. Dentro de la amplia gama de manifestaciones de esta garantía constitucional se abordan a continuación las de carácter cuantitativo, esto es, las que impiden una acumulación indebida de responsabilidad penal en dos o más sujetos por un mismo hecho. Tras el análisis de los elementos que delimitan el ámbito de aplicación del principio (persona responsable / hecho / consecuencia jurídico-penal), se analizan otras consecuencias y la posible contradicción del referido principio con algunos preceptos del Código Penal español.

Este artículo ha sido escrito para el Libro que será editado en Homenaje a Juan Bustos. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia DER2008-05980/JURI, del que soy Investigador principal.

A la memoria de *Juan Bustos*, penalista honesto y socialista comprometido

PALABRAS CLAVE: Garantías constitucionales penales, Principio de legalidad penal, Responsabilidad penal, Personalidad de las penas, Prohibición de castigos colectivos por hechos individuales.

ABSTRACT: *It is focus of attention the principle of personal responsibility by actum propium, also know as principle of the personality of sanctions. Among the many manifestations of this constitutional guarantee, this articles develops the ones of quantitative character, that is to say, the ones which forbid the improper accumulation of criminal responsibility in two or more subjects for the same crime. After the analysis of the facts that define the scope of application of the principle (responsible subject/fact/ criminal consequence), other consequences are also analyzed, including some contradictions between this principle and the Spanish Criminal Code.*

KEY WORDS: *Constitutional criminal guarantees, Principle of criminal legality, Criminal responsibility, Personality of the sanctions, Prohibition of collective punishment by individual crimes.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. La persona responsable: A) Persona física ¿y también persona jurídica? B) ¿Dignidad de la persona jurídica? C) El principio de la responsabilidad personal por el hecho propio y la codelinencia. 2. El hecho propio constitutivo de delito o falta: A) Supuestos de culpa in eligendo o culpa in vigilando respecto a un hecho cometido por otro sujeto. B) Casos en que la realización de un hecho H-1 por un sujeto A es sucedida por la realización de un hecho H-2 por otro sujeto B, que supone la prolongación o el incremento del estado antijurídico originado por H-1. C) Supuestos consistentes en la omisión de controlar la conducta de otros sujetos. D) Participación elevada a la categoría de autoría. 3. La consecuencia jurídico-penal.- II. MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS: 1. La prohibición de los castigos colectivos por hechos individuales. 2. La contradicción de la responsabilidad subsidiaria y en cascada del artículo 30.2 y 3 del Código Penal con el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio. 3. La necesidad de garantizar la atenuación de la responsabilidad del autor por la intervención concomitante de la víctima. 4. El artículo 31.2 del Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN

En el Libro Homenaje a Jorge de Figueiredo Dias me ocupé de las coordenadas básicas de este principio, así como de sus manifestaciones cualitativas. Debo aclarar que por manifestaciones cualitativas entiendo aquellas en las que, de manera predominante, se produce una *transferencia indebida* de la responsabilidad penal de un sujeto a otro. Sin embargo las manifestaciones cuantitativas, a las que me quiero dedicar ahora, se caracterizan por la circunstancia de que suponen, de forma preponderante, una *acumulación indebida* de responsabilidad penal en dos o más sujetos, cuando sólo uno de ellos debe ser considerado jurídico-penalmente responsable del hecho. Pero ya en aquel trabajo advertí que la distinción entre la dimensión cualitativa y la cuantitativa del principio obedecía más a razones didácticas y expositivas que a motivos de fondo.

Las manifestaciones cuantitativas del principio parten de la necesaria relación que ha de existir entre la persona responsable y el hecho, de tal forma que éste pueda ser considerado como “propio”. A estos efectos, dicha relación puede ser configurada de acuerdo con dos modelos distintos: un primer modelo, que cabría denominar “estricto”, y un segundo modelo que puede ser calificado de “flexible”.

El primer modelo, el más “estricto”, considera que un hecho es ajeno cuando el hecho ya es propio de alguna persona. De acuerdo con este planteamiento, la reflexión inicial sería la siguiente: una vez que se ha determinado que una persona (o varias personas) es (o son) responsable(s) de un hecho, no es posible que otro u otros respondan por el mismo hecho. Es decir, que la relación entre la persona responsable y el hecho implica tal adherencia o propiedad, tal estrecha correspondencia, que impide que terceros puedan ser declarados responsables de ese mismo hecho. Es, pues, una relación excluyente, en el sentido de que no se

• Antonio Cuerda Riezu

Catedrático de Derecho Penal, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

puede afirmar que un hecho es propio de una persona, cuando también puede serlo de otra u otras. Utilizando el símbolo - extraído del Derecho privado- de la propiedad, cabría afirmar a partir de este modelo que no cabría que existieran dos o más propietarios plenamente independientes sobre el total de la misma cosa, es decir y aplicándolo a los términos del debate que aquí interesa, que no es posible que un mismo hecho sea atribuido en su integridad a un responsable y además a otro responsable independiente del anterior:

Por el contrario, el modelo flexible de relación entre una persona y un hecho presupone una correspondencia menos intensa. De acuerdo con este modelo, si un hecho H-1 es atribuible como hecho antijurídico y culpable a una persona A, y no es atribuible a una persona B, esta persona B no puede ser declarada penalmente responsable de H-1, y si lo fuera de forma indebida, al sujeto B se le estaría ocasionando una vulneración del principio; dicho en otros términos: a B se le estaría obligando a responder por un hecho ajeno. Pero si el hecho H-2 es atribuible tanto a la persona A como a la persona B, la atribución de responsabilidad plena a ambos sujetos, A y B, no contradice el principio de responsabilidad personal en su manifestación cuantitativa, ya que el hecho es propio respecto al sujeto A, pero también lo es en referencia a la persona B.

Por mi parte, opino lo siguiente: La relación entre una persona y un hecho depende en una medida decisiva de los tipos en juego. Nada impide que el legislador disponga, en relación con un mismo bien jurídico, un delito de resultado y un delito de peligro para proteger en mayor medida el bien jurídico en cuestión. Pero en tal caso, la realidad fáctica determinada por cada uno de esos tipos no es la misma, es decir, los hechos no son idénticos. De modo que un sujeto A puede responder por el hecho H-1 delimitado por el delito de peligro y otro sujeto B puede responder por el hecho H-2 delimitado por el delito de resultado, sin que en tal hipótesis se esté haciendo responder a cada uno de ellos por un hecho ajeno. En realidad, en tal hipótesis al responder cada uno por **su** hecho -distinto al hecho del que es responsable el otro sujeto- no se está respondiendo por el hecho de otro.

De otro lado, el principio de responsabilidad personal por el hecho propio no obliga forzosamente a que el legislador prevea un concepto restrictivo de autor; por el contrario: no creo que un concepto unitario de autor fuera incompatible con este principio. El concepto unitario de autor significaría, en el contexto de problemas del que me estoy ocupando, que no se diferenciaría entre autores y partícipes, lo que implicaría que respecto de un mismo hecho serían posibles tantos autores como intervinientes hubiera en el mismo. Pero si el hecho fuera imputable a todos esos sujetos en cuanto autores, ninguno de ellos estaría respondiendo por un hecho ajeno.

En definitiva, lo que a mi entender impone el principio de responsabilidad por el hecho propio es un modelo flexible de relación entre el sujeto responsable y el hecho, de modo que el hecho debe ser atribuible -en cuanto conducta antijurídica y culpable- al responsable del mismo. Ahora bien si la ley penal adopta un concepto restrictivo de autor -lo que representa una opción político-criminal no exigida forzosamente por el principio del que me ocupo¹-, concepto que obliga a distinguir entre autores y partícipes, resulta contrario al principio de responsabilidad personal por hechos propios admitir que un mismo e idéntico hecho delimitado por un único tipo pueda ser imputado a título de autor directo a dos sujetos distintos, dejando a salvo, claro está, la hipótesis de la coautoría y de la coautoría accesoria, en cuanto suponen que un mismo hecho es imputable de forma compartida a dos o más individuos (con o sin acuerdo mutuo). Una legislación penal con estas características no puede admitir, empleando de nuevo el símil de la propiedad, que un mismo hecho sea propiedad plena e independiente de dos más personas.

Las manifestaciones que yo denomino cuantitativas no han sido objeto de atención por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional, pero sí se desprenden del concepto del principio que ha sido diseñado por el referido Tribunal. Por ello, creo que también deben ser analizadas. Antes de pasar a detallarlas, me ocuparé del ámbito de aplicación del principio.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En mi trabajo sobre este principio y sobre las manifestaciones cualitativas del mismo en el *Homenaje a Figueiredo* puse de relieve que el principio se asemeja a un triángulo en el que los tres lados guardan una estricta correspondencia entre sí, de tal manera que empleando términos matemáticos podría decirse que manifiestan una función biyectiva. Estos tres elementos son: a) la persona responsable; b) el delito; y c) la pena o medida de seguridad. Creo que el ámbito de aplicación del principio, ante todo en su vertiente cuantitativa, puede precisarse con unos contornos más definidos si se consiguiera determinar con la mayor exactitud posible cada uno de esos tres elementos. Empezaré con la persona o personas que se pueden beneficiar de las garantías derivadas de este principio.

I. La persona responsable

He denominado a este principio de “responsabilidad *personal*”, lo que implica que sólo se puede hacer responsable a una persona de sus propios hechos, es decir no a una cosa ni a un animal.

¹ En mi opinión, la preferencia por un concepto más restrictivo de autor, en detrimento de un concepto unitario o incluso extensivo de autor, no viene necesariamente impuesta por el principio que estoy estudiando; se trata más bien de una opción político-criminal, que puede ser valorada positivamente desde el punto de vista de otros principios, como el de legalidad, el de proporcionalidad o el de seguridad jurídica.

La persona que interesa a estos efectos es la persona a la que se imputa la infracción, esto es, la persona que ha cometido el delito o falta, la persona que infringe la norma. El intento de Alejandro Nieto de distinguir entre el infractor y el responsable² puede ser considerado como un método sutil de no exigir en Derecho administrativo la culpabilidad a las personas jurídicas y, sin embargo, imponerles la sanción como consecuencia de la infracción cometida por la persona física que actúa en el seno de aquéllas, pero ello supone en definitiva una decidida andanada en la línea de flotación del principio de responsabilidad por el propio hecho. Si en Derecho penal, al no infractor le imponemos la pena que corresponde al verdadero infractor; le estamos haciendo responsable de un hecho ajeno, y como consecuencia de ello el barco del principio del que me ocupo se va a pique, por mucho que al no infractor le pongamos el rótulo de "responsable" (cuando en realidad no lo es, y sólo se trata de una entidad susceptible de cumplir una pena)³.

Una vez sentado que sólo la persona infractora puede ser declarada persona responsable, hay que advertir que en este terreno se plantean varios problemas. Por un lado, es preciso tratar la cuestión de si el principio del que me ocupo abarca a la persona jurídica. Por otro lado, y si se responde afirmativamente a tal cuestión, habrá que plantear si la persona jurídica es susceptible de ser titular de "dignidad". Por último, se suscita la relación entre este principio y los criterios que inspiran la regulación legal de la autoría y la participación.

A) Persona física ¿y también persona jurídica?

Para saber si el principio de responsabilidad por el hecho propio alcanza a las personas jurídicas, es preciso determinar -aunque no sea un objetivo básico de este trabajo- si las personas jurídicas son susceptibles de ser declaradas responsables de un delito.

La evolución del Derecho penal pone de manifiesto que -dejando a un lado los procesos seguidos contra animales u objetos inanimados y las penas impuestas a unos y otros-, la responsabilidad se anuda inicialmente y a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna tanto al ser humano individual como a las familias o agrupaciones de personas; y que progresivamente, a partir del triunfo de las ideas de la Ilustración, se produce una depuración en el ámbito de los sujetos susceptibles de ser declarados penalmente responsables, expulsando del ámbito de aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas. En la actualidad parece que el círculo vuelve a cerrarse, en el sentido de retornar al punto de partida, en cuanto que las

² Cfr. Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Madrid, 2005, Edit. Tecnos, pp. 429, 449-451 y especialmente 455-468.

³ En la ciencia del Derecho administrativo se manifiesta también críticamente contra la tesis de NIETO, A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1996, Tecnos, pp. 88-92.

normas penales actualmente vigentes en España prevén la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas. El hecho de que las sanciones imponibles a las personas jurídicas no siempre reciban la denominación de “penas” -como ocurre en el artículo 129 del Código Penal, donde tales sanciones son designadas con el rótulo de “consecuencias accesorias”-, no es un obstáculo para afirmar su naturaleza penal.

Generalmente la forma en que se aborda si es posible establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas responde a una metodología analógica y horizontal, que se plantea la pregunta siguiente: ¿es posible que el esquema de responsabilidad penal ideado para las personas físicas sea aplicable también a las personas jurídicas? Tal forma de proceder representa un planteamiento horizontal y analógico, porque el método consiste en averiguar si lo que rige para unos debe valer también, más o menos en igualdad de condiciones, para otros.

Desde el punto de vista constitucional, creo que la metodología ha de ser distinta: vertical y no necesariamente analógica. Desde esta perspectiva la pregunta decisiva es esta: ¿sería contrario a la Constitución que la ley estableciera la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Si la respuesta a este interrogante fuera negativa, entonces cabría un método no descendente, sino ascendente, es decir, de abajo hacia arriba; o con otras palabras: partir de la consecuencia jurídica impuesta a la persona jurídica para elaborar una teoría de la responsabilidad que origina tal consecuencia jurídica. Con esta metodología, una vez que se prevé una sanción para las personas jurídicas, cabe preguntarse cuáles son los requisitos para determinar que una sociedad ha infringido una norma penal: si son los mismos que los de la teoría jurídica del delito desarrollada y construida laboriosamente por la doctrina y jurisprudencia para la persona física o bien hay que desarrollar unos requisitos distintos, diseñando un modelo de teoría jurídica del delito -parcial o totalmente distinto- para la persona jurídica. La teoría jurídica del delito no es un dogma de fe, sino que se corresponde con un concreto sistema normativo, de modo que si se modifica éste, también tendrá que alterarse aquélla⁴!

Por mi parte, creo que no hay nada en la Constitución que prohíba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A veces se alega que la existencia de dolo e imprudencia no sería trasladable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es cierto que en su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2, el Tribunal Constitucional ha extendido, con las necesarias matizaciones, la exigencia

⁴ En sentido similar, opina S. MIR PUIG, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, p. 750: “Sin embargo, la teoría jurídica del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. No hay un concepto ontológico del delito. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto del delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto del delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible [...]”.

de dolo o imprudencia también para las sanciones administrativas que se impongan a las personas jurídicas, pero desde luego ello no impide que la ley penal prevea la condena penal de una persona jurídica. Por otro lado, aunque muchos autores, y también la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional, engloban dentro del principio de culpabilidad tanto la exigencia de dolo e imprudencia (que algunos denominamos principio de responsabilidad subjetiva) como el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, en mi opinión son dos principios distintos, habiendo adquirido cada uno de ellos autonomía respecto del otro. Lo que ocurre es que si se permite que un tercero responda por el hecho ajeno y no imputable a él, carece de sentido examinar el posible dolo e imprudencia de ese tercero respecto a tal hecho no cometido por él, como también carece de sentido determinar si ha realizado un hecho antijurídico o si es culpable, pues en ningún caso se cumplirán tales requisitos. Es decir, que si se vulnera el principio de la responsabilidad personal por el propio hecho, también resultará vulnerada la exigencia de que el sujeto haya actuado con dolo o imprudencia.

Creo que las voces más críticas contra la responsabilidad de las personas jurídicas se pronuncian en ese sentido de repulsa porque, aunque no lo expresen de manera manifiesta, se están planteando la responsabilidad penal y plena de esa persona jurídica, a título de autor y sancionada con una pena. Pero junto a esta hipótesis que es la que más rechazo parece suscitar, existen otros modelos de responsabilidad y de sanción que tal vez puedan ser asumidos sin tantos recelos, y sin incurrir en una vulneración del principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Dejando de lado las posibilidades que ofrece el Derecho administrativo sancionador y centrándome en el Derecho penal, tales hipótesis son las siguientes:

a) Que la ley prevea tipos legales específicos para la persona jurídica consistentes en *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, de manera que el hecho que se imputara en concepto de autor a la persona jurídica manifestara un injusto distinto al hecho que se imputara a la persona física. En este contexto el término latino *culpa* no es sinónimo de imprudencia, sino equivalente a responsabilidad, responsabilidad bien por un defecto en la elección de una persona bien por la ausencia de vigilancia o control. En ambos casos -*culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*-, la penalidad para la persona jurídica podría ser inferior a la de la persona física, para que se tenga en cuenta que no todas las personas físicas que se integran en la persona jurídica han contribuido a la realización del hecho punible⁵. En cualquier caso, esta solución garantiza el respeto al principio de responsabilidad por el hecho propio.

⁵ Críticamente sobre esta consecuencia: S. MIR PUIG, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIEL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, cit., p. 753 s.; y en referencia al Anteproyecto de 2008, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, 2009, La Ley, p. 216. Por el contrario, rechazan esta crítica: J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)", en G. QUINTERO OLIVARES / F. MORALES PRATS

b) Estimar que la persona jurídica no es autora, sino **partícipe** del mismo hecho realizado por la persona física, en cuanto que induce a la persona física o coopera (de manera necesaria o no necesaria) con ésta para la comisión del hecho punible⁶. De esta manera se garantiza que respondiendo ambos -persona física y persona jurídica- no resulta vulnerado el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio, ya que -como veremos más adelante con más detenimiento- ambos comparten el mismo hecho; o incluso podría decirse que el hecho de la participación (por ejemplo, inducir a un delito fiscal) no es el mismo que el hecho de la autoría (cometer el delito fiscal). **De lege ferenda** yo propondría que en los casos en que fuera muy escasa la implicación de la persona jurídica, la pena impuesta a ésta fuera siempre menor que la que se imponga a la persona física autora del hecho, para salvaguardar así los principios de igualdad (que exige castigar de manera desigual lo que es desigual) y proporcionalidad.

c) Considerar no culpable (entendiendo la culpabilidad aquí en sentido estricto, esto es, como requisito de la responsabilidad penal, equivalente a imputación personal) a la persona jurídica que participa en el hecho cometido como autor por una persona física, pero sí peligrosa en atención a la posibilidad de facilitar o no impedir hechos semejantes en el futuro, de modo que habría que imponer a la persona jurídica no una pena sino una **medida de seguridad**⁷. Esta no es exactamente la solución acogida por el artículo

(Coordinadores), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, Aranzadi, p. 889, quien destaca que el mismo problema se produce cuando se impone una sanción administrativa o una medida de seguridad; A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, Lustel, p. 107 ss., y aún más contundente en p. 282 s, quien apunta (p. 109) la posibilidad del Derecho norteamericano de que los socios puedan entablar acciones de responsabilidad civil contra los administradores como consecuencia de las sanciones que se han impuesto a la empresa. Pero en mi opinión, si se trasladara esa posibilidad al Derecho español, se estaría tratando a la pena (y por lo tanto, con naturaleza jurídico-pública) impuesta a la persona jurídica como si fuera una consecuencia jurídica del Derecho privado.

⁶ *De lege ferenda*, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 154-1555, rechaza la posibilidad de distinguir en la responsabilidad de empresa entre autoría y participación. Ahora bien, *de lege lata* y puesto que la ley distingue, no hay más remedio que distinguir.

⁷ Admite la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid-Barcelona, 2005, p. 74: "resulta mucho más adecuado -y por ello se aboga aquí- la creación de un *Derecho penal de doble vía*; es decir, donde existan penas fundamentadas en la culpabilidad y medidas de seguridad basadas en la peligrosidad". La normativa comunitaria normalmente obliga a los Estados miembros a imponer "sanciones" a las personas jurídicas, bien sin especificar la naturaleza concreta de las mismas, bien indicando que pueden ser penales o administrativas, es decir, sin que se exija forzosamente el carácter penal de tales sanciones, y sólo en casos especialmente graves se refiere a la necesidad de prever penas. Así ocurre: en el art. 9.1 de la Decisión Marco del Consejo sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, D.O.C.E. n° L 149, de 14-6-2000, con modificaciones posteriores ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y podrán incluir otras sanciones"); en el art. 9 del Reglamento sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, de 27-12-2001, D.O.C.E. n° L 344/70, de 28-12-2001 ("las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias"); en el art. 5 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 19-7-2002 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo que podrán incluir otras sanciones"); en el art. 3.1 de la Decisión Marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, de 28-11-2002, D.O.C.E. n° L 328, de 5-12-2002 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones"); en el art.

129 del vigente Código Penal, ya que este precepto prevé consecuencias accesorias; pues bien, precisamente tal accesoriedad está presuponiendo otra responsabilidad principal y autónoma; es decir, para el artículo 129 mencionado, ambos responsables, tanto el principal (persona física) como el responsable accesorio (persona jurídica), son autores independientes del mismo hecho. Por ello, a mi juicio el artículo en cuestión es -en un sistema como el actualmente vigente, en el que rige un concepto restrictivo de autor- muy discutible desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal por el hecho propio.

Miguel Bajo Fernández opina que el principio de responsabilidad por el hecho propio -o principio de personalidad de las penas- no rige cuando se trata de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁸. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la responsabilidad por el hecho ajeno puede afectar en el ámbito penal de forma cumulativa a otro sujeto. Tales supuestos cumulativos deberían adoptar alguna de las siguientes modalidades:

1^a) persona *física* y persona *física*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho;

2^a) persona *física* y persona *jurídica*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho;

3^a) persona *jurídica* y persona *jurídica*, consideradas indebidamente responsables del mismo hecho.

Pues bien, parece indudable que el principio regiría en toda su extensión en la primera modalidad, y creo que el propio Bajo Fernández asumiría sin vacilaciones esta afirmación. Pero si se admite la vigencia del principio en esa primera modalidad, no tiene sentido negar la efectividad del mismo en la segunda modalidad

6.1 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, de 22-7-2003, D.O.C.E. n° L 192 de 31-7-2003 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones"); en el art. 7.1 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 22-12-2003, D.O.C.E. n° 13, de 20-1-2004 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones"); en el art. 7.1 de la Decisión Marco relativa al establecimiento de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, de 25-10-2004, D.O.C.E. n° L 335, de 11-11-2004 ("sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones"); etc. Excepcionalmente, el art. 8 de la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, de 13-6-2002, D.O.C.E. n° L 164/3, de 22-6-2002, con no demasiada claridad, indica que se deberán establecer para las personas jurídicas "penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones". Ocurre algo semejante en el marco del Derecho internacional: así en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, instrumento de ratificación de 9-6-2006, B.O.E. n° 171, de 19-7-2006, art. 26.2 ("la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa") y art. 26.4 ("sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias").

⁸ Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, "La responsabilidad penal colectiva", en F.J.VIEIRA MORANTE, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, 2006, Consejo General del Poder Judicial - Escuela Judicial, pp. 60-61.

(responsabilidad cumulativa indebida de persona física y de persona jurídica), ya que entonces sería legítimo desconocer el principio en algunos casos respecto a las personas físicas (sólo cuando la responsabilidad cumulativa se impone además a una persona jurídica, pero no cuando se impone además a una persona física), lo que constitucionalmente no parece asumible, ya que supondría una discriminación no suficientemente motivada y por tanto contraria al artículo 14 de la Constitución. Por último: si la prohibición de responder por hechos ajenos ha de regir en la segunda modalidad, tampoco se entiende que no deba regir en la tercera (responsabilidad cumulativa de dos personas jurídicas), ya que ¿cuál es la razón de que una persona jurídica X deba asumir la inexistente imputación de un hecho punible, que en realidad es imputable a la persona jurídica Z? Pienso que el *suum cuique tribuere* nos determina también aquí a asumir que el principio que obliga a responder sólo por los hechos propios despliega también sus efectos en la tercera modalidad de acumulación, al menos en el ámbito penal.

No obstante, la última palabra sobre la posibilidad de extender a las personas jurídicas el principio de responsabilidad personal por hechos propios la tiene, como es obvio, el Tribunal Constitucional. Es cierto que las garantías constitucionales aplicables a las infracciones penales son más extensas y más estrictas que las aplicables a las infracciones administrativas, y por tanto lo que rige para estas últimas no tiene por qué regir para aquéllas. Pese a ello, debo recordar aquí que el Alto Tribunal ha efectuado declaraciones contradictorias respecto a si las personas jurídicas se incluyen⁹ o no se incluyen¹⁰ en el ámbito de aplicación del principio que estoy estudiando, cuando se trata de infracciones administrativas, como ya examiné en mi trabajo sobre las manifestaciones cualitativas del mismo (apartado III.3). En consecuencia, tampoco es descartable que el Tribunal excluya a las personas jurídicas tanto del ámbito penal como del ámbito administrativo-sancionador del principio.

B) ¿Dignidad de la persona jurídica?

En mi artículo incluido en el *Libro Homenaje a Figueiredo* fundamento el principio del que me ocupo en la dignidad humana, prevista en el artículo 10.1 de la Constitución. Ahora bien, alguien podría alegar que como una persona jurídica no puede ser titular de la dignidad humana, tampoco puede disfrutar del principio de la responsabilidad personal por hechos propios¹¹. No obstante, creo que la idea de dignidad, obviamente sin el calificativo de "humana", puede predicarse igualmente

⁹ Así SSTC 219/1988, de 22 de noviembre; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4.

¹⁰ En este sentido SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B); 331/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, aunque no como *ratio decidendi* sino sólo como argumento a mayor abundamiento.

¹¹ En este sentido, cfr. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 117-118, quien relativiza la extensión de la dignidad a las personas jurídicas, con el argumento de que éstas no son un fin en sí mismas sino un instrumento. Sin embargo, no me parece suficientemente explicado por qué para este autor las personas jurídicas gozan de ciertos derechos fundamentales, como el de legalidad, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el *ne bis in idem* o el derecho a un proceso justo (op. cit., pp. 107 y 117-118), y en cambio no el principio constitucional de la dignidad.

de una persona jurídica. El Tribunal Constitucional, en el caso **Violeta Friedman**, STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3, ha aceptado que los grupos étnicos, sociales o religiosos, así como los componentes de los mismos, son titulares del derecho al honor y a la dignidad; por ello, **a fortiori** ha de admitirse que las personas jurídicas son merecedoras de dignidad. En consecuencia, y puesto que las personas jurídicas gozan asimismo de dignidad, deben disfrutar correlativamente de las garantías incluidas en el principio de la responsabilidad personal por hechos propios. A mi entender no resulta razonable que una empresa deba soportar que le sea atribuido un hecho punible ajeno, que en realidad es imputable a otra persona jurídica.

Nuestra Constitución no incluye un precepto como párrafo primero del artículo 27 de la Constitución de la República Italiana, conforme al cual “La responsabilidad penal será personal”. Esta declaración ha determinado que en Italia la responsabilidad de las personas jurídicas se haya establecido en una normativa especial, el Decreto Legislativo n.º 231, de 2001, que contempla un modelo de sanciones exclusivamente administrativas. Ahora bien, si como mera hipótesis trasladáramos ese planteamiento a nuestro país, no creo que una eventual exigencia de responsabilidad “personal” acarrearía la consecuencia de impedir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues si éstas constituyen un centro de imputación, al que es susceptible de atribuirle hechos con relevancia jurídica, pueden merecer a estos efectos el título de “personas”.

C) El principio de la responsabilidad personal por el hecho propio y la codelincuencia

El castigo de diversos intervinientes en un mismo hecho no se opone al principio en cuestión. Siempre que un hecho pueda ser atribuido como hecho antijurídico y culpable (o utilizando otra terminología: siempre que haya imputación objetiva, subjetiva y personal), no hay óbice desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal para responsabilizar a un autor o a varios coautores. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio no exige que el responsable de un hecho sea único, sino que los responsables del mismo, sean éstos cuantos sean, tengan una relación de pertenencia respecto al hecho, en el sentido de que se les puede atribuir el hecho como propio. Por tanto, la ecuación “un solo hecho con varios responsables” es plenamente legítima.

La situación es algo distinta cuando entre los codelincuentes cabe distinguir entre un autor y otros partícipes. En estos casos, ni siquiera se cumple el presupuesto de la vulneración del principio de que se trate de un solo hecho cuya responsabilidad se pretende atribuir indebidamente a diferentes personas. En realidad, el hecho del autor y el hecho del partícipe no es el mismo: si A oprime el gatillo del revólver que le ha facilitado B para matar a la víctima, y ésta muere, la conducta del autor A no es la misma que la del cooperador necesario B, por mucho que el hecho realizado

por este cooperador, consistente en entregar el arma de fuego, aunque periférico a la conducta principal de disparar, vaya dirigido igualmente al resultado de muerte de la víctima.

Si el legislador asume un concepto restrictivo de autor, serán más frecuentes las hipótesis de un hecho imputable a un autor y, simultáneamente, a varios partícipes; el centro de imputación sigue siendo el hecho cometido por el autor, y los partícipes se comportan a modo de satélites de ese hecho principal. Pero si la ley penal se decidiera a favor de un concepto unitario o extensivo de autor (lo que según algunos ocurre en los delitos imprudentes), se repetirán las hipótesis de un solo hecho imputable a diferentes autores. En abstracto, ninguna de estas opciones vulnera el principio de responsabilidad personal por hechos propios, pero en concreto se pueden producir vulneraciones tanto con uno como con el otro sistema.

Sea cual fuere la opción por la que se decante la ley penal -bien concepto restrictivo, bien concepto unitario o extensivo-, la responsabilidad penal opera de forma bien diferente a la responsabilidad civil en relación con los distintos intervinientes en el hecho. En efecto, mientras que el Derecho civil establece modalidades de responsabilidad solidaria o mancomunada entre los responsables de un hecho, el Derecho penal no está legitimado para prever ni la solidaridad ni la responsabilidad repartida en cuotas de los codelincuentes, ya que se trata de una sanción como la pena, es decir, básicamente de la relación entre cada delincuente individual y el Estado. Por la comisión de un delito o falta, la norma penal no está legitimada para imponer una sola pena aunque repartida mediante cuotas entre los diferentes responsables (hipótesis de responsabilidad mancomunada); en efecto, una sola pena de prisión, establecida en la correspondiente consecuencia jurídica, no puede ser dividida entre tres sujetos, de modo que cada uno de ellos sólo cumpla un tercio de la estancia en un centro penitenciario. Ni tampoco está legitimada la norma jurídico-penal para imponer una pena de modo que el Estado pueda exigir a uno o a varios de los responsables que la cumpla sólo él por todos los demás o que la cumplan sólo algunos por todos los demás (hipótesis de la responsabilidad solidaria). Es más, incluso el Derecho penal español llega a imponer la misma pena a un autor y a dos modalidades de partícipes, ya que los inductores y los cooperadores necesarios son partícipes castigados de forma equivalente al autor.

En la dogmática jurídico-penal la figura de la autoría accesoria es admisible en la medida en que presupone que el hecho no es imputable individualmente a cada uno de los autores, pero sí lo es conjuntamente a ambos. Lo que impone el principio de responsabilidad personal por el propio hecho es que el autor accesorio tenga una responsabilidad inferior a la del autor individual, ya que a aquél no le pertenece enteramente el hecho, sino que su situación es similar a la de un copropietario en el ámbito civil.

En un ordenamiento en el que rigen conjuntamente el principio de responsabilidad personal por el propio hecho y un concepto restrictivo de autor, no plantea problemas la figura de la autoría accesoria, pero sí los puede plantear la construcción dogmática del autor detrás del autor (*der Täter hinter den Täter*), que Roxin y otros representantes de la ciencia penal asumen como figura de autoría mediata, ya que tal construcción supone que hay dos autores, uno directo y otro mediato, respecto a un mismo hecho, como dos propietarios plenos e independientes de una misma cosa¹². Distinta es la situación que contempla nuestro Código Penal en varios preceptos, cuando regula expresamente casos en los que se castiga al que realiza el hecho y al que ordena realizar el hecho, como ocurre en los artículos 610¹³; 611, 1^o¹⁴; y 614¹⁵, en los que se reitera la fórmula de “**realizar u ordenar realizar**”. En verdad se trata de dos hechos distintos, elevados a la condición de hechos cometidos a título de autor, de modo que la norma no impide que un sujeto A responda por “ordenar realizar” y otro sujeto B responda por “realizar”, sin que tal acumulación de responsabilidades represente una vulneración del principio de responsabilidad personal por hechos propios: A responde por **su** hecho y B responde por el **suyo**, que es distinto al de A.

Otra categoría de sujetos, prevista en el Código Penal, es la de “persona interpuesta”, contemplada en varios preceptos; todos ellos tienen en común que no califican tal categoría ni como figura de autoría ni como figura de participación, y tampoco la someten a ninguna consecuencia jurídica de naturaleza penal; así ocurre en los artículos 285.1; 305.1 a); 307.1 a); 419; 420; 439; 441; y 445.1. Pues bien, en la medida en que la “persona interpuesta” es un sujeto que no es susceptible de ser penalmente responsable, también resulta claro que no se le puede atribuir el hecho típico como propio.

Puede ocurrir -y ocurre con frecuencia en la práctica- que se juzgue a varios de los intervinientes en un hecho, pero no a todos, de modo que alguno de los autores o de los partícipes, que no han sido localizados, queden sin juzgar. Aquí podrá producir -o no- efectos el principio de cosa juzgada cuando estos autores o partícipes no enjuiciados anteriormente, sean hallados y puedan ser juzgados, en su relación con el mismo hecho. No se puede aguardar que todos los autores y partícipes de un hecho estén a disposición de un tribunal para juzgarlos a todos,

¹² En relación con la modalidad de la autoría mediata consistente en el “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”, C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, 1998, Edit. Marcial Pons, trad. de la 6ª ed. alemana por J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, p. 271, admite la responsabilidad tanto del ejecutor directo como del sujeto de detrás, en cuanto que aquél se presenta como una figura “anónima y sustituible”.

¹³ Art. 610: “El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos [...]” (cursivas añadidas).

¹⁴ Art. 611: “Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1º. Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla” (cursivas añadidas).

¹⁵ Art. 614: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte [...]” (cursivas añadidas).

ya que muchas veces eso será imposible, por ejemplo, cuando alguno ha muerto o resulta ilocalizable. Esa espera podría dar lugar a dilaciones indebidas en el proceso, lo que se encuentra prohibido por el artículo 24.2 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una excepción al principio que estoy estudiando, sino que se trata de la dificultad de probar a cuántas personas pertenece el hecho como propio, bien en concepto de autor, bien en concepto de partícipe. Pero con frecuencia es una dificultad temporal, que puede ser superada con el tiempo, no un óbice insuperable.

2. El hecho propio constitutivo de delito o falta

El mandato de determinación o certeza, que forma parte del contenido del principio de legalidad penal, exige que el “hecho” esté descrito por la norma de tal forma que permita su concreción, esto es, que permita conocer qué es lo que está prohibido.

Pero desde la perspectiva del principio del que me estoy ocupando, el hecho será “propio” cuando el sujeto sea penalmente responsable del mismo y será, por el contrario “ajeno” cuando el hecho punible no sea atribuible al sujeto. El principio de responsabilidad personal por el hecho propio no es en sentido estricto un criterio de imputación objetiva, sino que representa el más elemental criterio de distribución de responsabilidades, en el sentido en que obliga a asignar un hecho al sujeto **que es** responsable del mismo. En cuanto que se trata de un principio con rango constitucional, representa un límite externo y que se extiende a todo el sistema de responsabilidad penal -donde, como es obvio, queda incluido también el requisito de la imputación objetiva-, y cuya vulneración puede obedecer a diferentes causas.

Ahora bien, como ya expresé en la Introducción de este trabajo, la relación de pertenencia de la persona responsable respecto del hecho punible debe ser configurada no de manera estricta sino flexible, de modo que, a mi entender, hecho “propio” no significa hecho que pertenece en sentido exclusivo a un solo sujeto ni tampoco tiene un significado excluyente de otros posibles responsables. La exclusión de otros sujetos como hipotéticos responsables de ese hecho se tendrá que producir cuando entre esos otros sujetos y el hecho no exista verdaderamente una relación de imputación exigida por una norma concreta.

No obstante, el legislador facilitará la tarea judicial de distribuir responsabilidades si configura cada hecho de forma tal que manifieste un injusto privativo y específico, de tal manera que permita diferenciarlo materialmente de otros hechos análogos. Por el contrario, si dos hechos (H-1 y H-2) están delimitados por los tipos legales de forma idéntica, existirán más posibilidades de que una vez declarada la responsabilidad de un solo sujeto A por H-1, como centro de imputación, la pretensión de responsabilizar a otro sujeto B por H-2 represente en verdad para éste la atribución de un hecho ajeno, ya que H-2 es lo mismo que H-1, y este H-1 ya

ha sido atribuido previamente al sujeto A; se producirá entonces respecto a B una vulneración del principio que me ocupa.

Sin embargo, pese a las apariencias de similitud o incluso identidad, existen diversas estructuras en que los hechos son distintos en la configuración prevista por el legislador. La plasticidad del concepto de hecho permite tal posibilidad. Sin pretensión de exhaustividad, he aquí algunos ejemplos:

A) Supuestos de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando* respecto a un hecho cometido por otro sujeto

Puede ocurrir que respecto a un hecho que es responsabilidad de un sujeto A, exista la responsabilidad adicional de otro sujeto B en cuanto que este último ha incurrido en *culpa in eligendo* o bien en *culpa in vigilando* respecto a A, y ello es contemplado en un tipo específico. Dentro de esta categoría pueden valer como ejemplos los artículos 189.5¹⁶, 348.2¹⁷ y 615 bis.1¹⁸, y más dudosamente el artículo 220.5¹⁹, todos ellos del Código Penal. Pero el hecho que es responsabilidad de B no es exactamente el mismo que ya es responsabilidad de A, puesto que el hecho de aquél consiste en *no haber impedido* el hecho cometido por A, lo que es distinto. En el caso de la *culpa in eligendo*, el momento temporal del hecho también es distinto: se retrotrae a una elección defectuosa por parte del empleador hacia la persona dependiente. Y en la hipótesis de la *culpa in vigilando*, el momento del hecho *puede* ser distinto, si por ejemplo el responsable de tal *culpa in vigilando* debió establecer mecanismos de control en un momento anterior al hecho realizado por A. El problema se desplaza entonces a la necesidad de garantizar otros principios, como el de responsabilidad subjetiva (dolo o imprudencia) de B, y si se garantiza éste, a salvaguardar a renglón seguido el principio de lesividad, es decir, el principio en virtud del cual toda norma penal debe estar dirigida a evitar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico.

¹⁶ Art. 189.5 CP: "El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses".

¹⁷ Art. 348.2 CP: "Los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que puedan causar estragos que, contraviniendo la normativa en materia de explosivos, hayan facilitado su efectiva pérdida o sustracción serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a doce años".

¹⁸ Art. 615 bis. 1 CP: "La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores".

¹⁹ Art. 220.5: "Las sustituciones de un niño por otro que se produjeren en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de su identificación y custodia, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año". El precepto podría encajar entre los supuestos de *culpa in vigilando* que se mencionan en el texto, si se entiende que son dos los sujetos a los que se refiere el tipo: un primer sujeto, que es el encargado de la identificación y custodia del niño, y otro segundo, que es el que ejecuta materialmente la sustitución, debido a imprudencia grave del primero.

Sin embargo, no todo vale como un supuesto de *culpa in vigilando*. Un ejemplo de que se puede vulnerar el principio de responsabilidad personal por el hecho propio nos lo ofrece una norma ya desaparecida del Derecho administrativo sancionador²⁰. Me refiero el antiguo artículo 278.II y III del Código de la Circulación, en cuanto que consistía en transferir una sanción al titular de un vehículo, cuando éste no lograba identificar al verdadero responsable de la infracción, sin perjuicio de que el titular pudiera repetir luego contra el verdadero responsable. Este precepto estaba redactado de la siguiente forma:

“II. Si el conductor responsable de la infracción no fuese conocido, las primeras medidas del procedimiento se dirigirán a su identificación, a cuyo efecto se notificará la denuncia al titular del vehículo o al propietario de los animales, interesando los datos de dicho conductor, con la advertencia de que podrá verse obligado al pago de la sanción pecuniaria que en su caso corresponda a la infracción si aquélla no se lograse.

III. Una vez firme la multa impuesta, si el conductor no la hubiere hecho efectiva, podrá ser reclamado su pago del titular o propietario del vehículo o de los animales.”

Aunque entre los administrativistas, algunos autores no se han opuesto frontalmente a esta norma²¹ y pese a que el Tribunal Constitucional la declaró conforme a la Constitución en sus sentencias 154/1994, de 23 de mayo, FJ 3, y 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 4, con el argumento de que el propietario del vehículo había incurrido en una *culpa in vigilando*, pienso que este precepto no contemplaba tal modalidad de culpa, sino una pura transferencia de la responsabilidad de un sujeto a otro. La norma en cuestión parecía preocupada ante todo por el interés de cobrar la deuda, aun al precio de que la abonara quien no es culpable, y a modo de pantalla respecto al verdadero objetivo -que era el que acabo de indicar-, imponía un deber al titular o propietario del vehículo, a saber, el deber de identificar al conductor responsable, cuando la propia Administración no era capaz de lograr tal identificación. El actual artículo 72 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial²², aunque plantea otros problemas de responsabilidad

²⁰ Como ya indiqué en mi trabajo sobre las *Manifestaciones cualitativas* del principio (apartado III, 2), la doctrina del Tribunal Constitucional efectúa declaraciones genéricas en las que aplica el principio a las infracciones administrativas, pero rechaza algunas manifestaciones concretas del mismo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

²¹ Así, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Madrid, 2005, Edit. Tecnos, pp. 461-462, quien no obstante advierte que el titular del vehículo merece un peor tratamiento que el responsable de la infracción, ya que éste puede alegar su falta de culpabilidad, mientras que aquél responde objetivamente. Tampoco critica el precepto Germán VALENCIA MATTÍN, “Derecho Administrativo Sancionador y Principio de legalidad”, en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 163-165, aunque sí menciona la postura más restrictiva del Tribunal Supremo.

²² Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE de 14-3-1990), modificado por la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 172, de 20-7-2005).

subsidiaria y en cascada en caso de que el responsable sea un menor; al menos **formalmente** impone la responsabilidad al titular del vehículo, no por lo que hizo el verdadero infractor; sino, en su caso, por infringir el deber de identificar al conductor.

B) Casos en que la realización de un hecho H-1 por un sujeto A es sucedida por la realización de un hecho H-2 por otro sujeto B, que supone la prolongación o el incremento del estado antijurídico originado por H-1

Se trata de supuestos en los que la situación o el estado antijurídico originados por un hecho se prolonga por la realización de otro hecho normalmente o -incluso- necesariamente realizado por otra persona distinta a la que realiza el hecho inicial. Casos paradigmáticos son los de la receptación (artículos 298 a 304) y el encubrimiento (artículos 451 a 454), pero también existen otros: mantener las condiciones que supriman o restrinjan derechos laborales, impuestas por otro (artículo 311,2º); tráfico de medicamentos que hubieran sido alterados por otros, previsto en el artículo 362.1.3º; sacrificar animales destinados al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado sustancias no permitidas y peligrosas para la salud de las personas, supuesto contemplado en el artículo 364.2.2º; diversas modalidades de tráfico de moneda falsa en connivencia o sin connivencia con el falsificador (artículo 386, 3º); y el supuesto consistente en presentar en juicio un documento falsificado por otro, a sabiendas de su falsedad (artículo 396). Ninguno de estos preceptos presenta inconvenientes desde la perspectiva del principio de la responsabilidad personal por hechos propios, puesto que la conducta castigada contiene un injusto privativo, que prolonga o intensifica la conducta antijurídica realizada previamente por otro.

Otro grupo de casos semejante se produce cuando diferentes conductas imprudentes están vinculadas causalmente con el resultado. Una situación de estas características tiene lugar, por ejemplo, cuando un paciente aquejado de una grave enfermedad acude en varias ocasiones a los servicios de urgencias de diferentes hospitales y tanto el diagnóstico como el tratamiento son contrarios a la *lex artis*, agravándose progresivamente su situación, por lo que finalmente acaba falleciendo. Con independencia de cuál sea la calificación jurídica más correcta de los médicos de urgencia que le atienden incorrectamente, lo cierto es que la infracción de la diligencia debida cometida por cada uno de ellos es diferente y, en consecuencia, el hecho también es distinto, por mucho que el resultado de muerte imprudente sea el mismo. El hipotético castigo de cada uno de ellos no supone, por tanto, una responsabilidad por hecho ajeno.

C) Supuestos consistentes en la omisión de controlar la conducta de otros sujetos

Hay que incluir en este apartado no sólo la cláusula genérica de la comisión por omisión, prevista en el artículo 11, y otros deberes específicos de garantía

impuestos en otros preceptos, sino también el delito previsto en el artículo 176 para las autoridades o funcionarios públicos que, faltando a los deberes de su cargo, permiten que otras personas ejecuten hechos de tortura o contra la integridad moral; la norma de la omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución, del artículo 450; la omisión de un militar del deber de contener o de denunciar la rebelión en las fuerzas a su mando, del artículo 476.1 y 2; o el supuesto consistente en no impedir que concurran a una reunión personas que lleven armas u otros objetos peligrosos, contemplado en el artículo 514.1, segunda hipótesis, todos ellos del Código Penal.

D) Participación elevada a la categoría de autoría

La plasticidad del concepto de hecho punible delimitado por el tipo permite que conductas que, de acuerdo con las reglas generales deberían ser calificadas como supuestos de participación, puedan ser elevadas por el legislador a la categoría de hipótesis de autoría, y por tanto de hechos autónomos. Por ejemplo, el consentimiento de la embarazada para que otro le provoque un aborto, previsto en el artículo 145.2, sería igualmente punible como cooperación necesaria al aborto consentido del artículo 145.1, aunque desapareciera aquel precepto²³. Posiblemente el legislador contempla esa figura como hecho punible aislado, para dejar claro que la embarazada no es la víctima del delito y que por ello puede y debe ser castigada. Es decir, para dejar claro que no estamos ante un caso de los llamados de participación necesaria. La plasticidad del concepto de hecho punible se pone también de relieve cuando la ley subdivide un hecho en otros más simples o, al contrario, cuando agrupa varios simples en uno complejo. Aunque habrá que comprobarlo en el caso concreto, en principio todos estos casos se caracterizan por la circunstancia de que los hechos manifiestan un injusto específico, y por lo tanto son diferentes unos de otros.

3. LA CONSECUENCIA JURÍDICO-PENAL

Tengo que empezar este apartado diciendo que el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio determina la inconstitucionalidad de la norma que considere responsable a quien no lo es, pero obviamente no da lugar a la inconstitucionalidad de la norma que, entre todos los responsables, deja a algunos sin castigo. Así, por ejemplo, no se opone a este principio la norma contenida en el artículo 30.1 del Código Penal, que deja sin castigo a los cómplices en los delitos cometidos por medios de difusión; ni tampoco es contraria a él la excusa absolutoria

²³ En otros supuestos el precepto que eleva a autoría lo que en realidad es conducta de participación tiene como *ratio legis* afirmar la punición de lo que, siguiendo las reglas generales, sería impune. Es el caso de la inducción y la cooperación con actos necesarios al suicidio (art. 143.1 y 2 CP). O el caso de la colaboración con banda armada del art. 576 CP, que se castiga como tal siempre que el riesgo prevenido, es decir: el acto terrorista lesivo de bienes jurídicos comunes, no se lleve a efecto (art. 576.2, segundo párrafo, último inciso CP).

prevista en el artículo 268 para parientes respecto a delitos patrimoniales que no sean violentos ni intimidatorios; ni tampoco vulnera este principio la excusa absoluta para parientes de algunos supuestos de encubrimiento, que aparece regulada en el artículo 454 del propio Código. Es inconstitucional, pues, que el no responsable de un hecho sea castigado penalmente, pero no es inconstitucional que el que sí es responsable quede sin castigo (siempre que la impunidad esté fundamentada de manera suficiente, ya que en caso contrario la conclusión podría ser distinta desde la perspectiva del también constitucional principio de igualdad).

En el ámbito penal, donde rige sin limitaciones el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, para que éste entre en juego debe tratarse de un hecho amenazado con una consecuencia jurídico-penal. En efecto, la STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5, lo aplica a una pena; la STC 131/1987, de 20 de julio, indica que su ámbito de aplicación incluye una medida de seguridad; y la STC 15/2002, de 15 de julio, FJ 2, extiende sus efectos al comiso, como pena accesoria. Ahora bien, ¿debe tratarse de la *misma* consecuencia jurídica para cada uno de los posibles responsables? Planteado el problema con otros términos: ¿se infringe dicho principio cuando el responsable de un hecho es sancionado con una pena y otro responsable respecto al mismo hecho es sancionado, por ejemplo, con una medida de seguridad o con una consecuencia accesoria? Todas estas consecuencias jurídico-penales son diferentes. Y desde luego no cabe descartar que se pretenda encubrir la responsabilidad por el hecho ajeno mediante el expediente de imponer no una pena sino una medida de seguridad u otra consecuencia jurídica, también prevista en la legislación penal.

Hay que tener en cuenta que de las consecuencias jurídicas contempladas en la legislación penal, no todas tienen naturaleza penal, pues las hay, por ejemplo, de carácter procesal, de carácter civil, etc. Ahora bien, resulta decisivo precisar si una consecuencia jurídica tiene o no naturaleza penal, ya que sólo en el caso de que la tenga, estará cubierta por las garantías constitucionales establecidas para dichas consecuencias. Pero en esta tarea no nos podemos fiar absolutamente de la calificación que en su caso exprese el texto de la ley. En efecto, aunque el legislador le otorgue a una consecuencia jurídica otra denominación distinta a la de pena, ello no significa que tal consecuencia jurídica no tenga naturaleza penal, sino que, antes al contrario, puede tenerla perfectamente y gozar de las correspondientes garantías constitucionales. Para determinar si una medida restrictiva de derechos tiene naturaleza penal, creo que nos puede servir la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste ha elaborado una serie de criterios para determinar si, a los efectos del artículo 7 del Convenio, que contempla el principio de legalidad penal, una medida goza de las garantías propias de dicho principio. Si bien las resoluciones en cuestión insisten en que tales criterios son valorados de forma autónoma por el citado Tribunal europeo y a los efectos del ejercicio de su jurisdicción, creo que

pueden ser asumidos en el ordenamiento jurídico español. En efecto, la Sentencia de 9 de febrero de 1995, *Welch contra Reino Unido*, apartado 28; y la Decisión y de 21 de marzo de 2006, *Valico S.r.l. contra Italia*, apartado A, 2, explican que

“[...] el punto de partida para cualquier apreciación sobre la existencia de una pena consiste en determinar si la medida en cuestión se impone como consecuencia de una condena por una «infracción». A este respecto, pueden ser considerados pertinentes otros elementos: la naturaleza y el fin de la medida de la que se trate, su calificación en Derecho interno, los procedimientos asociados a su adopción y ejecución, así como su gravedad²⁴”.

Un supuesto en el que puede ser fructífera la aplicación de estos criterios son las consecuencias accesorias imponibles a las sociedades y empresas, tal y como están previstas en el artículo 129. Alguna naturaleza deben tener dichas consecuencias, ya que lo que desde luego habría que descartar es que no sean consecuencias ni penales, ni administrativas, ni civiles, es decir, “sin naturaleza jurídica”, pues en tal caso dudosamente serían medidas jurídicas y además no se sabría qué garantías les corresponderían. Si nos dedicamos a la tarea de averiguar su naturaleza jurídica, lo primero que salta a la vista es que, a diferencia del comiso²⁵, son la consecuencia de una infracción, pues para ser impuestas no sólo es preciso que aparezcan relacionadas en este artículo 129, sino además en algún otro precepto del Código en el que se determina un hecho delictivo, es decir, una infracción²⁶. Además, todas estas medidas tienen en común que su naturaleza es la propia de una privación o restricción de derechos, lo que resulta característico de las sanciones penales, y su fin, como indica el apartado 3 del artículo 129, es el de estar orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma. Es cierto que la calificación en Derecho interno no aclara demasiado las cosas, pues el rótulo de “consecuencias accesorias” no es demasiado concluyente, pero parece desprenderse del artículo 129 y del artículo que las prevea específicamente para una clase de delitos, que son impuestas por un juez o tribunal pertenecientes al orden jurisdiccional penal y dentro del oportuno procedimiento penal. Todas estas circunstancias permiten concluir que se trata de medidas de naturaleza penal y que por tanto deben estar rodeadas de las garantías constitucionales penales²⁷ y, entre ellas, del principio de responsabilidad personal por hechos propios.

²⁴ La S del TC español 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4 C, indica de forma resumida, pero que coincide con la primera frase de la doctrina transcrita del TEDH, lo siguiente: “[...] sanción es únicamente la consecuencia desfavorable que la ley vincula de modo directo e inmediato a la comisión de un ilícito”.

²⁵ Según el art. 127.3 CP, el comiso puede ser impuesto pese a que alguno de los acusados haya quedado exento de responsabilidad criminal o incluso cuando la responsabilidad criminal haya quedado extinguida. Si el comiso, en cuanto consecuencia jurídico-penal, se llega a imponer en virtud de este precepto a una persona que no es responsable del hecho ilícito, resultará vulnerado el principio de responsabilidad personal por hecho propio.

²⁶ Sistemáticamente las consecuencias accesorias se regulan en el Título VI del Libro I del Código, Libro I, cuyo rótulo es el siguiente: “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”.

²⁷ En el mismo sentido de que gozan de tales garantías se manifiesta J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, en *Estudios penales en memoria del profesor*

Pero, ¿verdaderamente respetan las medidas del artículo 129 este principio? A estos efectos puede ser relevante una diferencia sustancial entre el comiso y las medidas imponibles a las personas jurídicas, del artículo 129. Tal diferencia estriba en lo siguiente: mientras que el comiso se impone al *mismo* infractor de la norma como medida accesoria a la pena o en su caso al *mismo* sujeto que ha realizado un hecho por el que está exento de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad penal ha quedado ya extinguida, las consecuencias accesorias se imponen por definición a otra entidad *distinta* al autor del delito. Es decir, que nos encontramos ante una estructura de doble responsabilidad por un mismo hecho: la persona física responde por un hecho H-I con la pena o las penas contempladas en el correspondiente precepto y la persona jurídica responde con una consecuencia accesoria -distinta a la pena, pero también de naturaleza penal- por el *mismo* hecho H-I. Puesto que la responsabilidad de ambos sujetos activos -persona física y persona jurídica- se establece en el seno de un sistema jurídico-penal que adopta básicamente un concepto restrictivo de autor, en cuanto que distingue entre autores y partícipes, la responsabilidad de cada una de tales personas es autónoma y a título de autor, lo que implica en definitiva una vulneración del principio de la responsabilidad personal por el hecho propio²⁸.

Luego, retomando la pregunta inicial, debo contestar que la imposición de sanciones distintas pero con naturaleza penal a distintos sujetos por un mismo hecho sí es susceptible de vulnerar el principio de responsabilidad personal por el hecho propio. En mi opinión, y como ya he adelantado, eso es lo que ocurre cuando el artículo 129 del Código Penal atribuye a las consecuencias aplicables a las personas jurídicas la denominación de "consecuencias accesorias", pues aunque no sean penas en sentido estricto, sí están provistas de naturaleza jurídico-penal y por lo tanto deben gozar de las garantías aplicables a dichas consecuencias²⁹.

José Manuel Valle Muñiz, cit., p. 895; el mismo, "Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 81, 2003, p. 545.

²⁸ Muy crítico también el administrativista J. SUAY RINCÓN, "Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador", en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Emilio Verdura y Tuells*, t. III, Las Rozas (Madrid), 1994, La Ley, p. 2607: "Estas circunstancias [...] nos llevan a poner en cuestión la fórmula de la responsabilidad conjunta adoptada por el legislador, dada su incompatibilidad con los principios propios del Derecho penal y, en particular, con los principios de la responsabilidad personal y de culpabilidad. O responde la Entidad o responden sus directivos, no los dos a la vez. En tal caso, uno lo estará haciendo a título ajeno (por lo que otro hace), no a título propio, tal y como quiere y exige el Derecho penal".

²⁹ También sería contrario al principio analizado en este trabajo el art. 31 bis.2 del Anteproyecto, de 14 de noviembre de 2008, de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ya que permite la responsabilidad cumulativa de personas físicas y personas jurídicas por el mismo hecho. Sin embargo, la normativa comunitaria permite entender que la responsabilidad de la persona jurídica consiste en la *culpa in vigilando* respecto al hecho cometido por la persona física, y por tanto que son hechos distintos, siempre que estén expresamente tipificados; en este sentido, vid. art. 7.3 de la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, de 13-6-2002, D.O.C.E. n° L 164/3, de 22-6-2002; art. 4.3 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de 19-7-2002; art. 2.3 de la Decisión Marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, de 28-11-2002, D.O.C.E. n° L 328, de 5-12-2002; art. 6.3 de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 22-12-2003, D.O.C.E. n° 13, de 20-1-2004; etc.

Tampoco resuelve el legislador el problema cuando atribuye a una misma consecuencia jurídica a veces la denominación de "pena" y otras veces asignándole una denominación distinta. Con razón dice Spolanski que no es posible que la misma sanción sea pena para la persona física y deje de serlo cuando solidariamente se proyecta sobre la persona jurídica³⁰. La prestidigitación en materia de naturaleza jurídica puede llevar a engaño a un profano, pero difícilmente sirve para ocultar la verdad cuando se profundiza en la esencia de una institución.

Una vez que he analizado el ámbito de aplicación del principio que es objeto de este trabajo, me encuentro en condiciones de examinar, sin ánimo de exhaustividad, algunas de las manifestaciones cuantitativas del mismo que afectan al Derecho vigente.

III. MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS

I. La prohibición de los castigos colectivos por hechos individuales

La normativa nacional e internacional menciona la prohibición de castigos colectivos, sin más, pero en realidad no se trata de prohibir el castigo a una pluralidad de personas, sino que lo que verdaderamente proscriben estos textos es el castigo colectivo de inocentes como consecuencia de un hecho del que no son responsables. En realidad no está prohibida la responsabilidad colectiva en sí, y por eso es legítimo el castigo de varios sujetos que son autores o partícipes de un mismo hecho; lo que verdaderamente está prohibido es la responsabilidad colectiva **por un hecho individual**, tal y como se expresa en alguno de los preceptos internacionales, así como en el artículo 612, 3º del Código Penal³¹. Se trata en definitiva de prohibir las represalias, las venganzas, especialmente en períodos de guerra. El proceso del castigo colectivo es circular y se desarrolla de la siguiente manera: alguien -perteneciente o favorable al bando A- realiza un hecho ilícito, con víctimas entre los militares o la población del bando B; los miembros de ese bando B o bien no consiguen acreditar quién es el culpable de tal hecho, o bien ni siquiera intentan probar quién ha cometido el hecho ilícito; como consecuencia de ello, los integrantes del bando B ordenan un castigo que puede recaer sobre los responsables del hecho, pero que, en cuanto recae también sobre personas inocentes, elegidos a veces de manera aleatoria, supone una vulneración del principio de responsabilidad personal sobre el propio hecho.

He incluido esta prohibición entre las manifestaciones cuantitativas en la medida en que si el castigo colectivo alcanza a los verdaderos responsables, y además -como represalia o venganza- se imponen sanciones a personas inocentes, se les

³⁰ Cfr. N. E. SPOLANSKI, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en C. GARCÍAVALDÉS / A. CUERDA RIEZU / M. MARTÍNEZ ESCAMILLA / M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, 2008, Edisofer, pp. 1635-1636.

³¹ En este sentido se manifiesta también el apartado 7 del Voto particular formulado por C. Viver Pi-Sunyer, al que se adhieren J. D. González Campos, T. S. Vives Antón y M. E. Casas Baamonde, a la STC 136/1999, de 20 de julio.

está responsabilizando a éstos de un hecho que no se les puede atribuir; en cuanto que ya es responsabilidad de otros. A estas personas inocentes, pero castigadas, se les priva asimismo del derecho a un juicio justo³².

Conviene efectuar una matización sobre el objeto de la prohibición en los textos normativos internacionales. Mientras que tanto el IV Convenio de Ginebra³³, como el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra³⁴, proscriben las **penas** colectivas, el Protocolo II adicional a los referidos Convenios³⁵, prohíbe los **castigos** colectivos, con el fin de incluir en su campo de aplicación las medidas administrativas, como ha resaltado la doctrina internacionalista³⁶.

Si en estos casos no es posible descubrir a los responsables, lo correcto es, de conformidad con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, acordar la absolución de todos. Al fin y al cabo, esta fue la solución adoptada hace ya casi cuatro siglos en el mundo literario de ficción por Lope de Vega, en su obra de teatro **Fuenteovejuna**, redactada en 1612. En efecto, de acuerdo con el guión del autor clásico, los Reyes Católicos, ante la muerte del Comendador Fernán Gómez y la imposibilidad de saber quiénes han sido los responsables, se ven en la tesitura de o bien tener que ajusticiar a todos los miembros de la villa, o bien perdonarlos a todos. El Rey Fernando finalmente se decide a favor del perdón, ya que no resulta posible probar quién mató al Comendador:

2. La contradicción de la responsabilidad subsidiaria y en cascada del artículo 30.2 y 3 del Código Penal con el principio de la responsabilidad personal por el hecho propio

El sistema de responsabilidad subsidiaria y en cascada en los delitos cometidos por medios de difusión mecánica surge históricamente para evitar la impunidad en las hipótesis de impresos anónimos y para garantizar que, en cualquier caso, alguien responderá por ellos³⁷. Aunque en estos delitos se excluya la responsabilidad de cómplices y encubridores, lo que supone una limitación de los partícipes que pueden ser castigados, se busca ante todo -más que la tutela de la libertad de expresión o

³² El art. 611, 3º CP prevé como hecho punible la conducta de, con ocasión de un conflicto armado, privar a un prisionero o persona civil de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

³³ IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, ratificado por Instrumento de 4 de agosto de 1952 (B.O.E. núm. 246, de 2 de septiembre de 1952).

³⁴ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (B.O.E. núm. 177, de 26 de julio de 1989).

³⁵ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1989 (B.O.E. núm. 177, de 26 de julio de 1989).

³⁶ Cfr. A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca, 1990, p. 84.

³⁷ Cfr. en este sentido, M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelinencia (La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas)*, Granada, 1998, Comares, p. 33.

de comunicación- que la represión penal sea efectiva³⁸: es decir, que ningún libelo, injuria o calumnia quede sin sanción. La regulación del Código Penal de 1944 -y en la misma medida la del Código de 1973- buscaba a toda costa castigar a alguien como responsable de estos delitos, hasta el punto de que ambos textos legales instauraban una responsabilidad objetiva para los escalones subsidiarios. Antonio Quintano Ripollés llegó a afirmar en 1963:

“A nadie se oculta la artificiosidad y aun injusticia de un tal sistema, datando ya del Código de 1870, que constituye una verdadera lotería criminal, dado que la responsabilidad recae caprichosamente sobre personas ajenas a la verdadera autoría en virtud de circunstancias que les son ajenas, como la de la ausencia o irresponsabilidad de quien les precede en la escala. Para paliar esta equívoca especie de responsabilidad objetiva se suele acudir a la ficción de una real *in solidum*, que alcanza a todos los participantes [...]”³⁹.

Aún más duramente se manifiesta el propio Quintano en 1966 al respecto:

El antiguo artículo 15 del Código Penal de 1944 “establece una escala de responsabilidades criminales «subsidiarias», que será muy práctica, pero que contradice los más elementales principios del Derecho penal, entre ellos el primordial de que nadie es responsable más que en virtud de sus propios actos”⁴⁰. Y añadía el mismo magistrado y catedrático algo después: “Cuatro responsabilidades entran, pues, en juego en esta verdadera «lotería» penal, en la que no se tienen en cuenta voluntades ni conductas individuales, sino factores aleatorios, en absoluto ajenos a ellos”⁴¹.

Pese a los orígenes del precepto, tan poco conciliables con un Derecho penal que se toma en serio las garantías penales, lo cierto es que el mismo pasó al Código Penal vigente de 1995⁴². El artículo 30 sigue regulando esa atormentada figura que semeja, si se me permite utilizar una imagen próxima a la obra teatral del dramaturgo italiano y premio Nobel de literatura Luigi Pirandello⁴³, un hecho en busca de autor. Sin embargo, el precepto no fue incorporado de la misma manera que figuraba en los Códigos de 1944 y de 1973. En efecto, la preocupación básica

³⁸ Los principios formulados por J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1949, p. 452, han sido repetidos muchas veces: “La doctrina particular sobre responsabilidad en los delitos publicitarios está gobernada por dos fines: *limitación y efectividad*. [...] *Efectividad*: se buscan medios para que con esta limitación no se pueda esfumar la responsabilidad, al fingirse autor del texto delictivo una persona que por cualquier medio hubiera de quedar impune”.

³⁹ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, Edit. Revista de Derecho privado, p. 249.

⁴⁰ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966, Edit. Revista de Derecho privado, pp. 268-269.

⁴¹ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 269.

⁴² Tal vez no fueran ajenas a esta pervivencia en el texto legal de 1995 las críticas que la prensa dispuso al último Gobierno socialista de Felipe González durante la etapa 1993-1996, Gobierno que precisamente para contrarrestar tales críticas pretendió endurecer los preceptos del Código que pudieran afectar a las libertades de expresión y libre comunicación.

⁴³ Luigi Pirandello (1867-1936) escribió el drama *Seis personajes en busca de un autor*.

de la doctrina consistió en hacer frente tanto a la crítica de que la norma extendía de forma inusitada las posibilidades de autoría en los delitos de imprenta como a la objeción de que establecía una responsabilidad objetiva, sin dolo ni imprudencia, para los escalones que siguen al primero, esto es, para los directores, editores o impresores⁴⁴, ⁴⁵. La modificación introducida consistió en exigir que cualquiera que fuese la persona a la que finalmente se la considerara responsable, fuera además un “autor” de los que se mencionan en el artículo 28. Con ello se pretendía que el hecho le fuera imputable al sujeto como autor; inductor o cooperador necesario, y por tanto se estaría exigiendo el dolo o la imprudencia como presupuesto de la pena; de semejante manera quedaba desterrada la hipótesis de cualquier atisbo de responsabilidad objetiva en el artículo 30⁴⁶.

Pero la nueva regulación, prevista en el artículo 30 del Código Penal, no ha sido valorada a la luz del principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Llamamos aquí la atención dos aspectos: que la responsabilidad no sólo es *subsidiaria* sino que además es *excluyente*.

Que la responsabilidad se convierta en *subsidiaria*, representa una sobresaliente excepción en el cuerpo del texto legal, ya que en materia penal la ley asume en todos los demás casos una responsabilidad *directa*, a saber, un sistema en el que la responsabilidad se anuda a aquella persona que ha cometido el delito o falta. Es cierto que en el Código Penal encontramos algunos supuestos de responsabilidad subsidiaria, pero restringidos únicamente al ámbito civil: es, por ejemplo, el caso regulado en el artículo 121, conforme al cual el Estado y otros entes públicos son responsables civiles subsidiarios de los delitos y faltas cometidos por autoridades, agentes de la misma, funcionarios en el ejercicio de sus cargos y funciones; tal precepto persigue el objetivo de que, ante la posible insolvencia del sujeto activo de que se trate, la responsabilidad civil se haga efectiva y de esta manera la víctima o víctimas no queden desprotegidas. Ahora bien, aunque la responsabilidad sea subsidiaria, no es, sólo por gozar de tal naturaleza, una responsabilidad por el hecho de otro. En efecto, como ya he indicado, la novedosa exigencia de que cualquiera de los sujetos relacionados en el artículo 30.2 del Código de 1995 sea autor en

⁴⁴ En efecto, la monografía de T.S.VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 51 y 92-93, está preocupada ante todo por conciliar el antiguo art. 15 del CP de 1973 con el derecho a la presunción de inocencia (no castigar a un inocente) y que no se condene por delito doloso a quien ha incurrido únicamente en negligencia. En sentido similar, cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, en J. CÓRDOBA RODA / G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, reimpresión de 1976, Ariel, pp. 886-887.

⁴⁵ Por otra parte, la STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 4, declaró que el art. 15 del Código Penal de 1973 (similar al art. 30 del Código de 1995) no era contrario al mandato de determinación, incluido en el principio de legalidad penal, añadiendo que “disposiciones de esta naturaleza forman parte de una larga tradición legislativa para establecer los principios de la autoría en forma general y, en ciertos casos, para grupos específicos de delitos, y tienen como finalidad precisar de una manera general el concepto de autor con el fin de delimitar en grado máximo la interpretación del mismo”.

⁴⁶ Cfr. en este sentido, con total claridad, T.S.VIVES ANTÓN, en T.S.VIVES ANTÓN (Coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, Tirant lo Blanch, pp. 289-290.

el sentido amplio del artículo 28, establece un cierto vínculo entre el hecho y el responsable subsidiario.

En segundo lugar, la responsabilidad en los delitos cometidos por medios o soportes de difusión mecánicos es **excluyente**. En cambio, en el ámbito del proceso penal la acción penal -esto es: la iniciación del proceso- se guía por la regla de la legalidad y no de la oportunidad. La legalidad significa en este contexto que el proceso penal ha de iniciarse ante la sospecha de comisión de cualquier delito y contra cualquier sujeto que pudiera haber intervenido en el mismo. Si bien la regla de la legalidad conoce algunas excepciones, también es verdad que tales excepciones están tasadas. En consecuencia, lo normal es que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en cuanto que son los encargados de efectuar la persecución penal, se pongan en marcha para localizar a todo aquel que parezca responsable -como autor o como partícipe- de un hecho punible y de reunir las pruebas que le puedan incriminar. Si no tiene éxito la localización de quien es sospechoso de haber cometido un delito, como posible responsable directo del mismo, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no buscan a otra persona, sin ninguna relación con el hecho en cuestión, para que tal hecho no quede impune: simplemente el proceso se archiva o se sobresee, al menos provisionalmente, hasta que se haga acopio de nuevas pruebas contra alguien⁴⁷. Lo que rige no es la efectividad, sino la culpabilidad basada en pruebas y, en caso de que éstas no existan, lo que prevalece es la presunción de inocencia. No se trata de buscar a un culpable por encima de todo, sino de encontrar al **verdadero** culpable o a los **verdaderos** culpables.

Por el contrario, el artículo 30 responde al principio de oportunidad y prevé un régimen excluyente de responsabilidad: al legislador le interesa no que respondan **todos** los que han intervenido en la comisión de un hecho, sino sólo **algunos** de ellos. En estos delitos, cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, la acción penal no se dirige simultáneamente contra todos los que según el artículo 28 son autores o son considerados autores, sino contra los que se encuentran en un escalón preferente de acuerdo con el artículo 30⁴⁸. Si el sujeto del escalón superior no ha extinguido su posible responsabilidad y además está localizable en territorio español, los sujetos de los escalones inferiores pueden respirar tranquilos, porque la policía no va a llamar a su puerta. La existencia de otros responsables preferentes **excluye** que se les pida cuentas a ellos, a los no preferentes, pese a que todos ellos son autores (en el sentido amplio del artículo 28).

⁴⁷ Además, la responsabilidad normalmente no es excluyente, sino que por el contrario incluye a todos los posibles responsables, sean autores o sean partícipes: a todos ellos se les persigue, para someterles a juicio y, en su caso, condenarles a todos ellos.

⁴⁸ En relación con estos delitos, el art. 821 LECrim. establece lo siguiente: "Si durante el curso de la causa apareciere alguna persona que, por el orden establecido en el artículo respectivo del Código Penal deba responder criminalmente del delito antes que el procesado, se sobreseerá la causa respecto a éste, dirigiéndose el procedimiento contra aquélla".

Con esto, sin embargo, no basta para entender que el actual artículo 30 es contrario al principio que me ocupa. Conviene examinarlo desde otra perspectiva. Desde la perspectiva objetivo-formal moderna, que yo comparto, la conducta del autor aparece definida en cada uno de los tipos de los delitos o faltas, que deben ser puestas en conexión con las modalidades de autoría del primer párrafo del artículo 28 (el autor directo, los coautores o el autor mediato). Por su parte, el artículo 30.2 sólo hace referencia a una conducta en el primer escalón del artículo 30.2.1º, con la expresión “los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate”; en ese primer escalón se menciona también a los inductores; en el resto de apartados 2º, 3º y 4º de este mismo artículo 30.2 se hace mención no de conductas sino de cualidades personales de los sujetos activos. Pues bien, de la misma manera que se ha reconocido que la categoría de los que realmente han redactado el texto o producido el signo no siempre es un supuesto de autoría⁴⁹, y que por ejemplo no lo es cuando se trata de la venta, difusión o exhibición de material pornográfico del artículo 186⁵⁰, tampoco serán siempre supuestos de autoría las simples referencias a cualidades profesionales de los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 30.2. Lo normal es que los sujetos que reúnan estas cualidades profesionales sean, de acuerdo con las reglas generales, cooperadores necesarios del hecho cometido por el autor. Tales cooperadores necesarios son en verdad partícipes, si bien el artículo 28 les aplica la misma pena que al autor.

Ahora bien, el hecho del autor (en sentido estricto) es diferente al hecho del partícipe. El cooperador necesario no realiza el hecho previsto en el tipo. Para castigar a este cooperador necesitamos no sólo el tipo en cuestión, sino además el artículo 28, párrafo segundo, apartado b) como causa de extensión de la responsabilidad penal. No mata quien entrega el arma de fuego para que otro dispare contra la víctima, sino que quien mata es este último, y sólo esta conducta realiza el tipo previsto en el artículo 138 del Código. De manera semejante, el director del periódico que tolera -o incluso aplaude- la publicación del artículo calumnioso escrito por un comentarista político, verdaderamente no calumnia, de modo que la conducta de aquél no es subsumible sin más en el artículo 205. Luego, si en virtud del artículo 30, se le castiga al director-cooperador necesario por el hecho del comentarista-autor en sentido estricto, entonces se le está haciendo a aquél responsable por un hecho ajeno y no por un hecho propio, de la misma manera que respondería por un hecho ajeno si quien entrega el arma fuera castigado como homicida, como si hubiera disparado el arma. Si esto es así, y da la impresión de que es lo que instaura el artículo 30 con el sistema de la responsabilidad subsidiaria o en cascada, al menos en los estratos segundo, tercero y cuarto, entonces este precepto es inconstitucional por vulnerar el principio de responsabilidad por hecho propio.

⁴⁹ Cfr. en este sentido: T.S.VIVES, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, cit., p. 90; C.ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en M. COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal*, t. III Artículos 24 a 94, Madrid, 2000, Edersa, p. 340.

⁵⁰ En este caso no se castiga la redacción de un texto ni la producción de un signo.

La justicia distributiva que se deriva de la fórmula del *suum cuique tribuere* brilla aquí por su ausencia, ya que a cada uno no se le da exactamente lo suyo.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 30 no permite la transmisión de la responsabilidad penal a otro si el responsable principal o algún responsable subsidiario ha extinguido ya su responsabilidad: en efecto, la muerte del responsable principal determina ahora que no se pueda seguir buscando la efectividad del castigo, mediante su imposición a alguna de las personas mencionadas en los siguientes escalones. En caso contrario, ello sí que supondría una vulneración del principio aquí estudiado en la manifestación cualitativa que prohíbe la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de la responsabilidad penal.

Pese a todo, puede ocurrir que el responsable principal o algún responsable subsidiario estén amparados por la causa de justificación del ejercicio del derecho fundamental a comunicar libremente información, previsto en el artículo 20.1 d) de la Constitución. En tal caso, y de acuerdo con el artículo 30.3 del Código Penal, sigue subsistiendo la responsabilidad subsidiaria⁵¹, lo que resulta completamente contrario al ámbito de aplicación de un derecho fundamental: pues si el que hace lo más y redacta un texto (por ejemplo, el periodista que transcribe de forma neutral la nota de reivindicación de un atentado por un grupo terrorista), ejerce un derecho fundamental, y debe por ello ser absuelto, no puede dirigirse ya el proceso contra nadie más, pues el que hace lo menos (el director que induce o coopera necesariamente al hecho del periodista) debe quedar cubierto asimismo y de forma ineludible por el mismo derecho a comunicar libremente información.

Si el legislador quiere reducir el ámbito de los sujetos responsables en estos delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, bastaría y sobraría con el apartado 1 del artículo 30, en su caso reduciendo aún más la selección de los posibles responsables.

3. La necesidad de garantizar la atenuación de la responsabilidad del autor por la intervención concomitante de la víctima

En el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo 282/2005, de 4 de marzo, Gema, conductora de un Opel corsa circula por el carril izquierdo de una vía de servicio y al desplazarse al carril derecho no respeta la preferencia de paso

⁵¹ En la versión del art. 15 del CP de 1973, la responsabilidad subsidiaria y en cascada se hacía depender de que alguno de los posibles responsables no fueren conocidos o no estuvieran domiciliados en España o estuvieran exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8; de manera que el precepto no impedía (puesto que guardaba silencio al respecto) que tal responsabilidad subsidiaria y en cascada siguiera subsistiendo si la responsabilidad de alguno de los sujetos había quedado *extinguida*, de acuerdo con el entonces art. 112, por ejemplo, por la muerte del sujeto no domiciliado en España. Mientras que en la versión actual del art. 30.3 del CP de 1995 la responsabilidad subsidiaria y en cascada sigue siendo posible cuando concurre una *eximente* de los arts. 19 ó 20 en una de las personas situada en alguno de los estratos, pero no cuando concurre alguna de las causas de *extinción* de la responsabilidad criminal del art. 130, porque esta posibilidad ha quedado ahora expresamente vedada (“Cuando por cualquier motivo *distinto de la extinción de la responsabilidad penal* [...]”).

de la motocicleta Vespa 200 conducida por Salvador a una velocidad inadecuada (100 km./h., cuando existía una limitación de 90 km./h.), por lo que colisiona con el turismo, saliendo Salvador violentamente proyectado y tendido en el suelo, lo que determina que sufra un traumatismo craneoencefálico y que se produzca su muerte al día siguiente. Lo característico de esta hipótesis es que tanto Gema, la conductora del turismo, como Salvador, que pilotaba la motocicleta, han intervenido causalmente en la producción del resultado. Desde luego, ni siquiera aunque Salvador hubiera resultado no muerto sino lesionado, le podríamos castigar, porque las autolesiones son en nuestra legislación impunes. Ahora bien, ¿debe merecer una plena responsabilidad penal el hecho realizado por la conductora imprudente del vehículo? Resulta curioso que el Código Penal contemple expresamente esta hipótesis en el artículo 114, pero sólo en lo relativo a la responsabilidad civil, facultando al juez para reducir el importe de la indemnización o reparación⁵². Sin embargo, la ley guarda silencio respecto al problema correlativo en el ámbito de la responsabilidad penal.

Tal vez ese silencio esté motivado, porque la mayoría de las soluciones que se han barajado para responder a este discutidísimo problema, reconocen la necesidad de reducir la responsabilidad penal del que maneja el vehículo de manera imprudente, en atención a la conducta concomitante de la víctima.

En efecto, la jurisprudencia hasta la década de los años noventa del siglo XX, aunque negaba la compensación de culpas, rebajaba la categoría de la imprudencia, dando lugar así a una pena menor. La sentencia 844/1999, de 29 de mayo, el Tribunal Supremo introduce en el terreno del homicidio preterintencional los criterios de la imputación objetiva. No obstante, tras esta resolución, la jurisprudencia dictada en los casos de intervención concomitante de la víctima ha operado con dos líneas de argumentación: la primera, y más tradicional, no encuadra el problema en el ámbito de la imputación objetiva, y únicamente opera con la gravedad de la imprudencia, de modo que la solución se concreta en reducir (en su caso, y a la vista de los recursos de casación planteados, en aumentar) la gravedad de la imprudencia⁵³; la segunda línea argumental, encuadra el problema en la imputación objetiva, pero la solución sigue consistiendo en reducir (o en su caso aumentar) la gravedad de la imprudencia⁵⁴. En definitiva, ambas líneas argumentales coinciden en que finalmente operan con la distinción entre imprudencia grave e imprudencia leve, graduando la responsabilidad, y por tanto la pena, del sujeto activo, en supuestos similares al

⁵² Sobre la aplicación de este precepto, vid. STS 98/2009, de 10 de febrero (A. 1670).

⁵³ Así SSTS: 1153/2000, de 30 de junio (A. 6830); 681/2001, de 24 de abril (A. 3570); 2445/2001, de 22 de diciembre (A. 2002/4433); 491/2002, de 18 de marzo (A. 6691); 1823/2002, de 7 de noviembre (A. 10599); 149/2003, de 10 de noviembre (A. 1770); 282/2005, de 4 de marzo (A. 1980); 720/2008, de 12 de noviembre (A. 6961), relativa a delito de estafa.

⁵⁴ En este sentido SSTS: 19-4-1999, Sala de lo Militar (A. 4785); 1611/2000, de 19 de octubre (A. 9263); 1671/2002, de 16 de octubre (A. 9908); 955/2007, de 20 de noviembre (A. 8274); 181/2009, de 23 de febrero (A. 1400).

de la conductora del ejemplo de partida. Pese a todo, la doctrina científica le ha formulado a la jurisprudencia contundentes críticas.

Por su parte, dicha doctrina coincide mayoritariamente en atenuar, e incluso excluir, la responsabilidad del que ocasiona un resultado al que también ha contribuido con su propia conducta la víctima. A veces se sirve para ello de categorías que el Código Penal sólo aplica al infractor de la norma y que por lo tanto son inadecuadas para ser empleadas respecto al sujeto pasivo⁵⁵: así los conceptos de dolo e imprudencia de los artículos 5, 10 y 12 sólo son predicables para el que incurre en responsabilidad penal y no para la víctima (aunque podrían serlo de forma paralela cuando la víctima infringe -como en el ejemplo del que parto- una infracción administrativa: la de circular por encima del límite de velocidad establecido, ya que las infracciones administrativas también exigen dolo o imprudencia); de forma análoga, la idea de autorresponsabilidad aplicada a la víctima⁵⁶, deducida a partir de principios sociológicos o filosóficos, carece de toda base legal⁵⁷.

Por cierto que la idea de autorresponsabilidad de la víctima no se fundamenta en el principio constitucional de responsabilidad por hechos propios. En efecto, este último se encuentra vinculado a la responsabilidad jurídico-penal que le incumbe al sujeto que comete el hecho delictivo, y sirve para excluir tal responsabilidad en la medida en que se le quiera cargar a dicho sujeto con hechos ajenos. Pero dicho principio no va dirigido a fundamentar una responsabilidad etérea de la víctima, tal vez cimentada en normas sociales, pero desde luego, no jurídicas, que en cuanto víctima -y salvo contadas excepciones⁵⁸- no puede incurrir en responsabilidad jurídico-penal por la misma norma que infringe el sujeto activo del delito.

⁵⁵ Resalta ya este dato M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, J. M. Bosch Editor, pp. 301-302.

⁵⁶ Cfr. sobre ella: M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 259 ss.; B. FEIJÓO SÁNCHEZ, "Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 5, 2000, p. 301 ss. También ha sido asumida por la jurisprudencia en el ámbito de la cocausación del resultado por parte de la víctima; vid. en este sentido SSTS: 1611/2000, de 19 de octubre (A. 9263); 1671/2002, de 16 de octubre (A. 9908); 1491/2003, de 10 de noviembre (A. 1770); 955/2007, de 20 de noviembre (A. 8274).

⁵⁷ Cfr. las contundentes críticas de: E. GIMBERNAT ORDEIG, "Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida", en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / M. GURDIÉL SIERRA / E. CORTÉS BECHIARELLI (Coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, Tirant lo blanch, pp. 440-443; A. GIL GIL, *El Delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, Atelier, pp. 296-315. Críticamente también se manifestó el homenajeado, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. (aumentada y corregida por H. HORMAZÁBAL MALARÉE), Barcelona, 1994, PPU, p. 299, alegando la posible discriminación, contraria al art. 14 CE, si el Derecho penal hace depender la protección a las víctimas en función de sus características personales, por ej., de su comportamiento excesivamente descuidado o ingenuo.

⁵⁸ Estoy pensando en supuestos como el siguiente: si un chico y una chica, menores de 13 años, realizan un coito, plenamente consentido por ambas partes, cometen cada uno de ellos un acto plenamente antijurídico de abuso sexual previsto en el art. 181.2, de modo que cada uno es autor y víctima simultáneamente respecto al otro. Al ser ambos menores de 14 años, son inimputables y no pueden ser responsables de conformidad con el art. 3 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; pero pueden ser sometidos a medidas de protección de menores, de una considerable gravedad, como por ejemplo la asunción de su tutela por una entidad pública, en virtud de lo dispuesto en la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

En el ámbito doctrinal, las propuestas para determinar la influencia en estos casos sobre la responsabilidad penal son variadas⁵⁹. Algunos autores coinciden con la antigua tesis jurisprudencial de rebajar la gravedad de la clase de imprudencia, de grave a leve⁶⁰; otros optan por aceptar una reducción de la pena en el caso de las heteropuestas en peligro consentidas⁶¹; un tercer sector, aunque mediante una argumentación muy ceñida al caso que se estudia, reserva tal atenuación para la etapa de individualización judicial de la pena⁶². Sólo algún autor parece oponerse a la atenuación⁶³.

Desde la perspectiva constitucional, creo que se impone la reducción de la responsabilidad penal del autor, en atención a que el hecho no le pertenece a él en exclusiva, en cuanto que la víctima ha contribuido a causar el resultado. No se trata de “compensar” la culpa, ya que la culpa -o mejor: la responsabilidad- de cada uno es personal, intransferible y, precisamente, en virtud del principio que estoy estudiando, no compensable. Se trata simplemente de reconocer la virtualidad del principio de responsabilidad personal por hechos propios, que ciertamente no impone una concreta solución dogmática para estos casos, pero sí exige que el hecho de nuestro conductor sea castigado de una manera que ponga de relieve que el mismo no se le atribuye enteramente como propio⁶⁴.

4. El artículo 31.2 del Código Penal

Básicamente la punición de las personas jurídicas sigue dos modelos: el de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad, conforme al cual la responsabilidad de la persona física se transfiere a la persona jurídica⁶⁵, de forma que tal

⁵⁹ De forma diferenciada según los grupos de supuestos: U. JOSHI JUBERT, “Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 42, 1989, pp. 741-742; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, Universitas, pp. 526-527, admitiendo desde la exención de pena hasta la degradación de la imprudencia del autor.

⁶⁰ En este sentido: A. TORIO LÓPEZ, “Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho penal”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, Universidade de Santiago de Compostela, p. 723; M. CANCIO MELIÁ / E. PEÑARANDA RAMOS, “Primer comentario”, en M. DÍAZ GARCÍA / J. M. PAREDES CASTAÑÓN (Coordinadores), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)*, León, 2004, Universidad de León, pp. 41-44. Previamente, M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 345-346, había afirmado la necesidad de atenuar la responsabilidad del autor, aunque dudaba acerca de si tal atenuación debía concretarse en degradar la gravedad de la imprudencia o en operar en el marco de la medición de la pena, aunque parecía decantarse por esta última solución.

⁶¹ De esta opinión, E. GIMBERNAT ORDEIG, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, cit., pp. 447 y 448, atenuación que en su opinión debe operar dentro del marco punitivo correspondiente.

⁶² Cfr., así, M. DÍAZ GARCÍA / J. M. PAREDES CASTAÑÓN, “Segundo comentario”, en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, cit., pp. 81-83. Parece inclinarse también por esta solución, A. SERRANO MAÍLLO, *La compensación en Derecho penal*, Madrid, 1996, Dykinson, p. 122 ss. (donde analiza las diferentes posibilidades de fundamentar la atenuación), y especialmente p. 148.

⁶³ Cfr. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 307-311, especialmente pp. 310-311 nota 365.

⁶⁴ La reducción de la pena supondría una solución similar a la de castigar en los delitos dolosos sólo por tentativa inidónea a los responsables de autoría accesoria, pese a la producción del resultado, solución que desde luego no cabe en los delitos imprudentes de resultado.

⁶⁵ Sobre tal transferencia, cfr. A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 162.

responsabilidad de la persona jurídica se deriva de un hecho ajeno; por el contrario, el modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad de empresa fundamenta la responsabilidad en la culpabilidad de la propia empresa, derivada normalmente de la falta de controles o medidas de organización, de la ausencia de instauración en ella de "una auténtica cultura destinada a fomentar en su actividad los valores que encarna la ley"⁶⁶.

Desde la óptica del principio constitucional aquí estudiado, el modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad de empresa no plantea problemas, puesto que la responsabilidad no se deriva de un hecho ajeno sino de un hecho propio, sin entrar ahora en la manera en que se configura ese hecho propio. Las dificultades se pueden suscitar en la medida en que se admita que un mismo e idéntico hecho genere responsabilidad tanto para la persona física como para la persona jurídica. Ahora bien, si el hecho imputado a la empresa manifiesta un injusto propio y diferenciado, en el sentido de una *culpa in vigilando*, cada una de tales responsabilidades -la de la persona física y la de la persona jurídica- quedaría vinculada a un hecho propio y no resultaría vulnerado el principio del que me ocupo. Sin embargo, este modelo de autorresponsabilidad me genera inquietud pues obliga a instaurar en la empresa una especie de comunión con la ideología que se deriva del sistema penal. Tal adhesión recuerda demasiado a la idea de "democracia militante", hasta el punto de que casi se podría calificar de "ideología penal militante", cuando precisamente la construcción de "democracia militante" ha sido rechazada sin paliativos por la doctrina del Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 48/2003, de 12 de marzo, fundamento jurídico 7⁶⁷. Lo que exigen las normas penales es que se evite su infracción, pero no que se esté de acuerdo con ellas.

Por el contrario, es muy difícil que el sistema vicarial o de la heterorresponsabilidad pueda ser considerado conforme con el principio que es estudiado en estas páginas, en la medida en que en él la sanción penal de la empresa se anuda a un hecho ajeno, al hecho cometido por la persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica⁶⁸. Puesto que tanto el artículo 129 (ya examinado anteriormente)

⁶⁶ Así describe este sistema A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 150.

⁶⁷ Tal STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, declara lo siguiente: "en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante [...], esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución". En el mismo sentido, vid. también SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4; 12/2008, de 29 de enero, FJ 6; 31/2009, de 29 de enero, FJ 13.

⁶⁸ Correctamente expresa J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español" en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., p. 893: "Desde el punto de vista constitucional cabe suponer que si el principio de legalidad (y una de sus consecuencias: el principio del hecho -exigencia de acciones u omisiones-) y el principio de culpabilidad constituyen garantías constitucionales del derecho sancionador tanto para personas físicas como para personas jurídicas, la sanción a una persona jurídica debe estar basada en su propia acción y en su propia culpabilidad, y no en una acción o en una culpabilidad «tomada prestada» de la persona física que actuó en nombre o interés de la persona jurídica" (cursivas en el original).

como el artículo 31.2 del Código Penal se inspiran en el sistema vicarial⁶⁹, no parece que puedan ser considerados adecuados a lo que exige la Constitución.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 31.2⁷⁰, sólo aplicable en los delitos especiales, la persona jurídica no resulta condenada en la sentencia a cumplir una pena de multa, pero se le hace responsable del pago de dicha pena de multa impuesta a la persona física (al “autor del delito”). Se produce, pues, una transferencia de responsabilidad: de la persona física condenada y, por tanto, responsable a la persona jurídica que no ha sido condenada y por lo tanto no es, en sentido estricto, responsable del hecho, aunque sí *ope legis* del pago de la multa. Por otro lado, la responsabilidad del pago de la multa se impone de forma “directa y solidaria”, lo que desde luego no implica que lo que sin duda tiene naturaleza de pena -porque así lo expresa la norma-, se transmute en una consecuencia distinta, civil o administrativa. Ahora bien, según las reglas generales de las obligaciones solidarias ello supone que el acreedor, esto es: el Estado, “puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”⁷¹; y que “el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación”⁷².

Aunque el precepto ha hecho correr ríos de tinta, normalmente además en sentido muy crítico, no tengo intención de examinar esa amplia bibliografía. Me interesa ante todo la valoración en clave constitucional del precepto, terreno en el que la tendencia general en la doctrina ha sido la de eludir un juicio tajante de inconstitucionalidad, mediante el rodeo de considerar que la responsabilidad de pago que establece es, según opinión mayoritaria, de carácter civil -con olvido de que el precepto se refiere expresamente a la “*pena* de multa”-. También es verdad que esa tendencia de restringir las declaraciones de inconstitucionalidad es la propia y característica del Tribunal Constitucional, órgano que se autolimita en esa tarea con la intención de respetar la voluntad soberana del legislador democrático.

Con este laudable objetivo de salvar la posible inconstitucionalidad de la norma, me parece que son dignas de resaltar las interpretaciones de algunos autores. Gómez-Jara Díez estima que esto se puede conseguir si la responsabilidad penal de la persona jurídica se vincula a la circunstancia de que ostenta una posición de garante que le obliga al cumplimiento de unos deberes penales de supervisión de las

⁶⁹ También existen en el Código otras normas que reflejan el sistema vicarial. Así, en los arts. 262.1 y 369.2 se imponen penas a personas jurídicas por hechos cometidos por personas físicas. Y al revés, el art. 318 prevé el supuesto contrario de hecho “atribuido” o cometido por persona jurídica, del que responden las personas físicas “responsables de los mismos”.

⁷⁰ El texto del precepto es como sigue: “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

⁷¹ De conformidad con lo establecido en el art. 1144 del Código Civil.

⁷² Esto es lo que prescribe el art. 1145 del Código Civil.

actuaciones de sus empleados⁷³. Pero si, con el vigente Código Penal en la mano, la persona jurídica infringe tales deberes de supervisión, no está, por ejemplo, eludiendo el pago de un tributo, tal y como exige el artículo 305 del Código Penal, que define el delito fiscal. La inexistencia de una cláusula general o específica sobre tales deberes de supervisión determina entonces que si se impone a la empresa el pago de una multa porque su administrador eludió el pago del impuesto de sociedades, se está infringiendo el principio de legalidad ya que la conducta de infringir los deberes de supervisión no es subsumible sin más en el citado artículo 305⁷⁴.

Por su parte, Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno, pese a rechazar por sus muchos defectos el artículo 31.2, proponen, para evitar su inconstitucionalidad, considerarlo como un modelo de responsabilidad por deuda de Derecho público proveniente de sanción ajena⁷⁵. Ahora bien, a mi juicio esta elaborada calificación choca con la atribución de una diferente naturaleza a una misma medida. En efecto, si en el artículo 31.2 la responsabilidad para la persona jurídica es directa y solidaria, también debe serlo necesariamente para la persona física condenada por el hecho en la sentencia, pues la calificación de una obligación como solidaria significa que tiene este mismo carácter para todos los codeudores. Pues bien, según la concepción de estos autores una misma consecuencia jurídica es calificada como pena para un sujeto (la persona física) y como aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público, para otro sujeto (la persona jurídica). Se trata, en definitiva, del método, rechazado con razón por Spolanski, de que una misma sanción sea pena para la persona física y deje de serlo cuando solidariamente se impone a la persona jurídica.

Aparte de que el precepto puede chocar contra otros derechos fundamentales⁷⁶, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B), ha declarado inadmisibles la responsabilidad solidaria en Derecho penal⁷⁷. La inconstitucionalidad del artículo 31.2, motivada por la infracción del

⁷³ Cfr. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*", *La Ley*, 2006, t. 4, p. 1599.

⁷⁴ En sentido similar, cfr. B. SCHÜNEMANN, "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea", en M. BAJO FERNÁNDEZ (Director) y S. BACIGALUPO / C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinadores), *Constitución Europea y Derecho penal económico. Mesas redondas Derecho y Economía*, Madrid, 2006, Edit. Universitaria Ramón Areces, pp. 148-149.

⁷⁵ Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ / I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?", *InDret* (www.indret.com), núm. 2, 2006, p. 39 s.

⁷⁶ Puesto que los órganos de justicia suelen ser reacios a aplicar una norma que conduce a resultados abiertamente irracionales, me cuesta trabajo imaginar que, siguiendo estrictamente el art. 31.2 CP, que no requiere condenar en la sentencia a la persona jurídica, un tribunal pudiera imponerle a ésta el pago de la multa sin respetar su derecho a la defensa y la garantía de la contradicción (art. 24.1 y 2 CE), es decir, sin considerarla parte penal (y en su caso también civil) en el proceso, sin permitirle alegar por ejemplo que la persona física no actuó en su nombre o a su cuenta, o sin tolerarle argumentar que ha habido una confusión y que se trata de otra persona jurídica la que verdaderamente tiene relación con el autor; etc. Pero técnicamente una aplicación estricta del precepto penal en cuestión podría vulnerar garantías procesales básicas previstas en la Constitución.

⁷⁷ Declara esta STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 B) lo siguiente: "[...] no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal,

principio de responsabilidad por hechos propios⁷⁸, sólo podría ser evitada, como ya se ha dicho, por una declaración del Tribunal Constitucional en el sentido de excluir a las personas jurídicas del ámbito de aplicación del mencionado principio. Pero si así fuera, el Supremo Intérprete de la Constitución debería fundamentar esa exclusión en muy buenas razones, pues además de que así no atribuiría idénticas garantías a todo el ámbito penal, ¿podría ser considerado conforme con las ideas de racionalidad y de razonabilidad -a las que las resoluciones de ese Tribunal tienen tanto apego- castigar penalmente a una persona jurídica por un hecho que en realidad es imputable a otra persona jurídica? Sinceramente, teniendo en cuenta que en esa hipótesis resulta afectado el núcleo más duro del principio de responsabilidad por el hecho propio, yo creo que no.

puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal -en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad- que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales". Creo que la declaración es contundente, pese a la simplificación que supone identificar la pena con la privación de libertad, con olvido de que la legislación penal también incluye multas y otras penas pecuniarias, así como otras penas restrictivas de diferentes derechos.

⁷⁸ Coincide con la idea de que es "posible" que el precepto vulnere este principio: J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, "Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)", *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 13, 2005, p. 37 s. Aunque plantea el problema, no se pronuncia sobre la posible inconstitucionalidad F. J. ALVAREZ GARCÍA, "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal", *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, núm. 12, mayo 2004, p. 125 ss, y notas 28 y 29.