

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y EMPRESAS EN DERECHO COMPARADO

KLAUS TIEDEMANN

1. Introducción — 2. La política criminal de cara a la realidad moderna —
3. Las posibilidades de la dogmática penal — 4. Los autores físicos.

1. Introducción

1. El tema es de particular actualidad. Basta con recordar, a nivel legislativo, la entrada en vigor de una verdadera responsabilidad de las personas morales con el Nuevo Código Penal francés a partir del 1.3.94, así como la propuesta correspondiente del ante-proyecto suizo y las propuestas de ley belga, finlandesa y canadiense en 1993, o citar, la Recomendación 18 del Consejo de Europa de 1988 y el mandato al legislador de la Constitución Federal del Brasil del mismo año (art. 173, § 5). Para la doctrina mencionamos el ejemplo de Alemania donde sólo en los años 1993 y 1994 fueron publicadas 5 monografías sobre la cuestión, por no contar el creciente número de artículos de revistas que han influido y retenido, entre otros, los debates de las Jornadas de penalistas alemanes, suizos y austríacos, organizadas en Basilea en el mes de mayo de 1993. El XIV Congreso internacional de Derecho Comparado también ponía esta figura en el orden del día en 1994. Las ideas siguientes se basan sobre el informe general que habíamos presentado a este Congreso.

2. Cuando se pregunta cuál es la situación en la actualidad alrededor del dogma "societas (universitas) delinquere non potest", las repuestas de los

grandes sistemas, o "familias", del Derecho Penal, a saber, de una parte el sistema de la *Common Law* y, de otra parte, el sistema de codificaciones del tipo de la Europa continental inspirado en la legislación francesa y en el pensamiento dogmático alemán, con particularidades importantes de los países escandinavos y los Países Bajos, se aproximan mutuamente.

El sistema socialista, que anteriormente formaba otra familia del derecho (hostil al reconocimiento de la responsabilidad de las agrupaciones) ha fracasado, entretanto, en la realidad política y busca acercarse más a los ordenamientos jurídicos occidentales. La notable tendencia a una más grande conformidad que se desprende de la evolución de la política criminal y del pensamiento dogmático penal en estos últimos años, se dirige a la admisión, a veces restringida, de una responsabilidad penal de las empresas, no sólo en tanto que persona moral, que se encuentra reforzada en unos espacios de unidad económica, tales como la Comunidad Europea en la que las tentativas y los éxitos de armonización de los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros han comenzado a estudiar el Derecho Penal de los negocios, -sobre todo en el ámbito de las sanciones administrativas. La responsabilidad cu-

asi-penal de las empresas a nivel de la Comunidad Europea está siendo considerada como modelo legislativo y jurisprudencial en muchos Estados miembros, idea subrayada por la introducción, a partir de 1990, de sanciones administrativas cuasi-penales contra las empresas en el ámbito de la competencia, del mercado de títulos-valores y del audiovisual por el legislador italiano que ha interpretado de esta forma el art. 27, 1 de la Constitución italiana estableciendo que: "la responsabilidad criminal es personal". Este principio, cuya fórmula fue dada por la Revolución francesa, necesariamente no suponía, sin embargo, un obstáculo para una responsabilidad *cuasi*-penal de las agrupaciones. Y la reciente experiencia francesa (v. supra 1) nos enseña que el principio mencionado posiblemente no prohíbe la introducción de una verdadera responsabilidad criminal de las agrupaciones, responsabilidad por otra parte ampliamente reconocida en Europa antes de la Revolución francesa.

3. Las ideas siguientes se refieren a la situación a nivel de la Union Europea y sus Estados miembros, comparándola con la situación en los países del *Common Law*, pero también con el Japón donde la legislación ha sido fuertemente influida por los Estados Unidos de América del Norte. Analizaremos, en primer lugar, la realidad criminológica de la cual derivaremos las necesidades de la política criminal con varias soluciones posibles. Después vamos a examinar las posibilidades de la dogmática frente a estas dificultades. Terminaremos con los problemas relacionados con los autores físicos que actúan para la persona jurídica.

2. La política criminal de cara a la realidad moderna

4. Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una

situación criminológica, empírica, casi idéntica en muchos países, y ésto sobre todo en los países industrializados, pero también en buena parte de países en vías de desarrollo donde, cada vez más, al lado de la división del trabajo, entidades colectivas toman el puesto de empresas individuales.

De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedan comprendidos aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable. No es por casualidad que el legislador en Europa continental haya admitido, en los años 20 de este siglo, a saber a partir del nacimiento del derecho económico moderno, algunas excepciones al dogma "societas delinquere non potest" (sobre todo, en materia fiscal, aduanera o de competencia). Japón ha seguido esta tendencia a partir de los años 30. En la realidad de nuestros días, la mayor parte de los delitos de los negocios, o socioeconómicos, son cometidos con ayuda de una empresa, y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones de la vida económica: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación etc. La inserción de personas morales y de otras empresas no es entonces la excepción, sino la regla. Esto es por lo que nos cuestionaremos si las excepciones al mencionado dogma se convierten igualmente en regla.

5. Los legisladores nacionales han sido, o han llegado a ser, ingeniosos de cara a este reto admitiendo en principio, en atención a los casos y las bases tradicionales del derecho penal nacional respectivo, 5 modelos diferentes:

responsabilidad civil (subsidiaria o cumulativa) de la persona jurídica moral por los delitos cometidos por sus empleados;

medidas de seguridad que forman parte del sistema moderno del Derecho Penal sin negar su procedencia del Derecho Administrativo, incluso de policía;

sanciones administrativas (financieras y otras) impuestas por autoridades administrativas, pero profundamente reformadas recientemente en algunos países bajo aspectos diversos para, en fin, formar un régimen "cuasi-penal";

verdadera *responsabilidad criminal*, (re)introducida en Europa por varios Estados, y también conocida en Australia, en América del Norte y Japón, con la necesidad evidente de no desatender en derecho las diferencias de hecho que existen entre autor físico y persona jurídica;

medidas mixtas, de carácter penal, administrativo o civil, tales como la disolución de la agrupación o su colocación bajo curatela, medida conocida p. ej. ya en derecho francés antes de la reciente reforma mencionada supra, 1, y propuesta últimamente por movimientos de política criminal, p. ej. en Alemania.

6. Las ventajas y desventajas de estas sanciones no son fáciles de establecer en Derecho Comparado, a la vista de la diversa tradición de los diferentes ordenamientos jurídicos y de la falta de investigaciones empíricas. La experiencia práctica de algunas de estas sanciones nos permite algunas conclusiones preliminares que sin embargo no siempre tiene una suficiente base empírica.

El juicio definitivo sobre las consecuencias de la elección de una sanción determinada ha sido también difícil al constatarse casi unánimemente por parte de la criminología moderna que las sanciones serían intercambiables sin que el efecto práctico varíe: sería muy importante que unas sanciones — del carácter que sean — fueran impuestas de hecho. Se dudará hasta el punto de saber si esta constatación es válida para los delitos "de cuello blanco" y sobre todo para los autores no-materiales. Así, pese a una persecución intensiva de los delitos contra la competencia en Alemania durante tres decenios, la reincidencia de las empresas de la industria de construcción se persigue en materia de fijación de precios, y las asociaciones de empresas públicamente señalan cada vez más que sólo se tratan de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) y de multas no-criminales. Por eso, conviene entrar en un análisis propio que se libere al menos particularmente de la investigaciones y resultados que han sido realizados con relación a los autores físicos.

7. Nosotros comenzaremos nuestro breve recorrido refiriéndonos a las soluciones de política criminal con la última medida mencionada supra 5, a saber, con las sanciones mixtas, no necesariamente penales, revelando el hecho de que la distinción de su naturaleza se difumina cada vez más. Dentro de estas sanciones, es sobre todo remarcable la aparición de la puesta a prueba de agrupaciones en Estados Unidos (*corporation's probation*) permitiendo la imposición de diferentes condiciones y la intervención en el funcionamiento de la empresa. La disolución de las agrupaciones con motivo de la comisión de infracciones es a veces prevista por la legislación penal, y más frecuentemente por aquella de derecho comercial o de sociedades. En todo caso se trata de una *ultima ratio*.

En razón de las graves consecuencias de esta especie de "pena de muerte" para la persona moral, las competencias legales a desempeñar son en general muy restrictivas y la práctica de los tribunales no conoce más que casos raros de aplicación. Una medida menos grave, pero también con mucho peso, se encuentra favorecida desde hace algún tiempo por la llamada criminología crítica, pero también por parte de penalistas austriacos y alemanes modernos: la imposición a la agrupación de un administrador ("public interest director") o de un séquestre (tutor). La ventaja de estas propuestas, las cuales comprenden la mencionada "organizational probation" de los Estados Unidos y el "community service" en Australia, reside en el hecho de evitar la mayor parte de las dificultades de la dogmática penal y de poner su acento principal en medidas estructurales y curativas en lugar de la simple punición. La desventaja principal, al lado de otras espinosas cuestiones de derecho constitucional de cada país, consiste en la dificultad práctica de encontrar personas aptas para administrar, o vigilar, de oficio (y sin correr el riesgo de elevadas demandas por daños y perjuicios), grandes empresas que, al menos en Estados Unidos, parecen encontrarse a la cabeza de la delincuencia del "corporate crime". Así, la colocación bajo séquestre no ha conocido jamás una importancia práctica en Francia, a falta de personas cualificadas. Y no se ve muy bien el efecto práctico de la "curatela" propuesta recientemente en Alemania por un particular grupo de penalistas (Schünemann y otras) para el caso de peligro de reincidencia, sobre todo cuando el curador está desprovisto de todo poder de decisión en cuestiones concernientes a la estructura y la política de la empresa. Las sanciones "mixtas" no ofrecen pues más que una solución a lo sumo particular al problema. Así que,

el "community service" se limita en principio a los delitos contra el medio ambiente donde por otra parte puede ser también difícil para una persona ajena determinar lo que una empresa puede hacer para restablecer el estado del medio ambiente dañado.

8. Una solución general en el mismo sentido, es propuesta por el modelo que aplica a las personas morales todo un sistema de medidas de seguridad tales como la confiscación y el cierre del establecimiento. Estas medidas que el Derecho Penal conoce desde hace algunos decenios, fueron ya recomendadas para las personas morales en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrado en Bucarest en 1929, y las discusiones de política criminal en Alemania después de la guerra fueron en la misma dirección. Una parte de la doctrina italiana (p. ej. Caraccioli) concibe los delitos cometidos en el cuadro de la actividad de la empresa como la expresión de la peligrosidad de la misma, criterio base de las medidas de seguridad. Por eso, parece superada y dogmáticamente infundada la posición del Código Penal brasileño de 1985 que no prevé, en la Parte General, aún estas medidas.

En cuanto a la confiscación, no debe pensarse solamente en aquélla de los objetos, medios y productos del crimen, sino también en la confiscación especial que arrebata a la agrupación las ganancias ilícitas obtenidas de la actividad delictuosa — instrumento que puede tomar partido de la pena de multa o bien formar una sanción propia, sobre todo cuando el sistema de días-multa no permite más que tomar en cuenta la ganancia ilícita para fijar la multa. Sin embargo, arrebatar el enriquecimiento ilegítimo al autor (físico o jurídico) no constituye una sanción sensible que revista un efecto preventivo considerable. Si el autor sólo arriesga perder su ganancia ilícita o el producto del delito

cometido, no corre prácticamente ningún riesgo y queda entonces impune. Un efecto preventivo sólo podría producirse si el doble, el triplo etc. de la ganancia ilícita, o un cierto porcentaje de la cifra de los negocios, le es sustraído, régimen conocido tradicionalmente en materia fiscal y aduanera y más recientemente en el ámbito de la competencia. Y se sabe que últimamente numerosos Estados han (re)introducido, a pesar de las dudas de Derecho Constitucional, una sanción a la que se había creído poder renunciar desde hacia tiempo fuera de los sistemas socialistas: la confiscación general, la confiscación de todos los bienes de una persona, p. ej. en materia de crimen organizado. Así, los Federal Sentencing Guidelines de los Estados Unidos permiten desde 1991 pronunciar contra las organizaciones, con fin primordialmente criminal, unas multas suficientes como para arrebatar a las organizaciones toda su base financiera. Evidentemente no se podrá aplicar tales multas a las empresas normales sin disolverlas.

Todas estas medidas son consideradas unas veces como verdaderas penas, otras veces como medidas de seguridad. El efecto práctico no parece depender de esta clasificación dogmática, siempre que las medidas sean impuestas por la justicia penal (o cuasi-penal) que, a través de su publicidad y eficaces medios de investigación, despliegan un efecto intimidante que nos es necesariamente idéntico a aquél de la sanción misma. Queda la cuestión de saber si tal modelo puro de medidas de seguridad a falta de aquéllas que se dirigen a la exclusión de la vida de los negocios, es suficientemente disuasorio en el ámbito de la delincuencia de las agrupaciones, o si es necesaria una punición adicional o exclusiva.

9. Esta cuestión no está del todo resuelta acudiendo a una simple responsabilidad civil de las personas morales. Esta forma de responsabilidad que se refiere sobre

todo a las multas pronunciadas contra los dirigentes de la agrupación, puede ser cumulativa o subsidiaria. Esto es clásico en Bélgica, en Suiza y en Italia que rehúsan de lege lata a una responsabilidad penal de las personas morales (Suiza, con la excepción de la sustracción de impuestos federales, permite la imposición de una multa administrativa a las personas morales, Italia no admite más que una responsabilidad cuasi-penal limitada a muy pocas materias, v. supra 2, en Bélgica en fin solamente se conocen desde los años 70 sanciones administrativas en ciertas leyes sociales). Portugal la mantiene al lado de la responsabilidad penal y cuasi-penal de las agrupaciones.

El fundamento teórico de esta responsabilidad civil se encuentra formado por la idea de que la multa constituye, a partir del momento en el que ella adquiere fuerza de cosa juzgada, un crédito Derecho Civil. Esta teoría (discutida sobre todo en Portugal) es rechazada, con razón, por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos modernos que señalan el carácter personal y retributivo de la multa. Tal clase de garantía de la ejecución de la multa pronunciada contra los autores físicos no es pues aceptada, entre otros, por Alemania, Inglaterra, Grecia, Irlanda, Países Bajos, Rusia, Japón y Australia. Ahora bien, distinguiremos de esta responsabilidad de la persona moral por las multas impuestas a las personas físicas, la responsabilidad civil (o administrativa) de la persona moral por las deudas fiscales y aduaneras en caso de fraude fiscal o aduanero cometido por los dirigentes o representantes (v. p. ej. Alemania) y su responsabilidad solidaria para restituciones y daños y perjuicios (p. ej. Bélgica, Luxemburgo; España bajo la forma de responsabilidad civil subsidiaria).

En todo caso, estas medidas de Derecho Civil aparecen en este momento demasiado débiles como para combatir verdaderamente la criminalidad, sobre

todo la criminalidad profesional: El Derecho Civil encuentra su lugar legítimo y su función propia en el caso de accidentes y de negligencia donde la simple reparación del daño puede ser suficiente y jugar un papel eficaz de prevención. Hoy prácticamente todo el mundo afuera de España (y de Grecia) está de acuerdo con la necesidad de medidas punitivas, al menos en un sentido amplio del término.

10. En el pasado, numerosos Estados habían admitido la posibilidad de imponer a las agrupaciones (como a los autores materiales) penas administrativas pronunciadas y ejecutadas por las autoridades administrativas. El régimen de estas sanciones era aquél del Derecho Administrativo, punto de vista que continúa existiendo en nuestros días en Grecia. Otros Estados aplican estas sanciones desde hace algún tiempo, en razón de su efecto punitivo, de garantías de derecho constitucional concernientes al derecho penal (principio de legalidad, de culpabilidad etc.). Se habla aquí de sanciones administrativas-penales que toman partido del sistema penal en el sentido de que ellas constituyen sanciones penales *sensu lato*. Estas sanciones "cuasi" — o "medio-penales" se caracterizan por el criterio de que ellas persiguen, de derecho o de hecho, al lado de su fin preventivo, también una finalidad retributiva. Este nuevo sistema que ha nacido bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional en Alemania y en Francia, pero que aparece también p. ej. en España y en Canadá, permite por tanto "punir" las agrupaciones con sanciones intimidatorias que, sin embargo, no son idénticas a aquéllas de derecho penal *sensu stricto*. En otros términos, este reciente modelo da a los ordenamientos jurídicos que reservan la pena criminal a los seres humanos, la posibilidad de imponer a las agrupaciones sanciones punitivas que no tienen una coloración ética o moral.

Este concepto de postguerra fue elaborado a manera sistemática por el legislador alemán en la ley sobre contravenciones al orden (*Ordnungswidrigkeiten*) donde el art. 30 prevé la imposición de una multa administrativa (*Geldbusse*) a las agrupaciones, no solamente por contravenciones, sino también por crímenes y delitos cometidos por los dirigentes en el interés de la agrupación. Esta multa que lleva un nombre diferente a la multa criminal (*Geldstrafe*), persigue unos fines a la vez preventivos y retributivos sin suponer, por consiguiente, un reproche ético o moral. Podemos caracterizar de la misma forma las multas impuestas a las empresas según el derecho comunitario (sobre todo en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero) en el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reconoce igualmente la finalidad retributiva señalando que estas sanciones "no tienen un carácter penal" (así art. 15. 4 del reglamento 17/62 sobre la competencia). Se podrá determinar de la misma manera la naturaleza de las recientes sanciones introducidas en Italia en ciertos sectores, así como las sanciones administrativas de ciertas leyes sociales belgas para las cuales existen sin embargo dudas de legitimidad con relación al principio de separación de poderes en vista del carácter cuasi-penal de estas "sanciones penales de sustitución" (*Legros* y otros). Estas dudas no son compartidas por otros ordenamientos jurídicos que conocen este régimen con tal que el recurso ante un tribunal sea admitido con efecto suspensivo. Pude ser considerado como suficiente este sistema de sanciones administrativas únicamente cuando se reforma el proceso tradicional de imponer tales sanciones, introduciendo p. ej. la publicidad y restringiendo la posibilidad de negociar con la Administración. El legislador francés, a pesar del modelo de

las Autoridades Administrativas Independientes de recién creación (A.A.I.), parecidas a los tribunales, no ha pensado que en los casos graves se pueda renunciar a una verdadera responsabilidad penal.

11. Tal plena responsabilidad penal de las agrupaciones existe, entre otras, en derecho inglés, escocés, irlandés, holandés y noruego, norteamericano, comprendiendo al derecho canadiense, y al australiano, pero también — desde el Nuevo Código Penal (NCP) — en Francia, tras la opinión favorable del Consejo Constitucional, sin embargo solamente por infracciones para las que la ley o el reglamento prevé esta forma de responsabilidad (como p. ej. por las estafas y las falsedades documentales). La misma técnica legislativa había sido introducida por Portugal en su Código Penal de 1982 que está completado en esta cuestión por tres decretos leyes concernientes a las infracciones fiscales, aduaneras y de subvenciones. Otros Estados de la Unión Europea conocen esta plena responsabilidad a título de excepción, p. ej. Luxemburgo en materia fiscal; la cual llega a ser sin embargo casi la regla en Dinamarca con más de 200 leyes particulares reguladoras de la vida de los negocios, la producción agrícola, el medio ambiente y los medios de comunicación. También en Japón muchas de las leyes, fuera del Código Penal, consagran tal responsabilidad. El anteproyecto suizo de revisión del Código Penal de 1993 preveía la inserción en la Parte General del Código Penal una responsabilidad penal de la empresa. Sin embargo finalmente se ha decidido disociar esta cuestión de la revisión en curso y de someterla a un examen más en profundidad en el cuadro de la revisión ordinaria de la Parte General del Código Penal suizo.

Para el mundo anglosajón, es suficiente mencionar a Inglaterra y a los Estados Unidos, en los que desde

mediados del siglo XIX, por razones más bien pragmáticas y de política criminal, han (re)introducido la responsabilidad penal de las personas morales, en primer lugar para los delitos imprudentes y de omisión, luego para los “public welfare offences”, y en fin con la admisión general de esta responsabilidad que sin embargo en la práctica se aplica sobre todo con relación a la delincuencia de los negocios. Según la imagen propuesta por el Lord Justice Denning, el agente superior (órgano etc.) es considerado como “el cerebro” y el “alter ego” de la asociación, de manera que su actuación es aquella de la persona moral misma (“doctrina de la identificación”); un agente subordinado, de rango inferior, no es más que “el brazo” de la entidad jurídica cuya responsabilidad penal no es pues personal sino basada en la idea de la delegación o imputación (“vicarious liability”). Este concepto se ve alentado y reforzado por la admisión de una responsabilidad penal sin culpa, o sin necesidad de probar la culpa (“strict liability”), y ésto no sólo para las agrupaciones sino también para todos los autores. La situación jurídica es semejante en Australia donde sin embargo hay una primacía de la “primary responsibility” de la corporación, mientras que en Estados Unidos la vicarious liability la arrastra consigo. Japón ha adoptado, bajo la influencia de EEUU, una igual justificación para la responsabilidad penal de las agrupaciones (fuera del Código Penal), sin por tanto admitir una responsabilidad sin culpa. Mientras, unas presunciones facilitan la prueba, p. ej., en derecho japonés del medio ambiente. Canadá, por su parte, reserva la “identification doctrine” en principio a los “verdaderos crímenes” (“true crimes”) admitiendo una responsabilidad penal más vasta de las corporaciones para las strict liability (regulatory) offences.

Se comprueba fácilmente que éstos son sobre todo ordenamientos jurídicos inspirados en un pragmatismo penal que establece la plena responsabilidad penal de las agrupaciones sin gran consideración a los obstáculos dogmáticos (excepción: Japón), los cuales dominan en los países con un fuerte pensamiento dogmático penal, tales como Alemania, España, Grecia e Italia, por no citar más que aquellos Estados europeos importantes. Lo mismo es extrapolable a los Estados influenciados por esta corriente de pensamiento europeo como los países de América Latina. Existe pues, para resumir, un contraste entre las necesidades de política criminal y las posibilidades de la dogmática penal tradicional. Criticando este contraste, *Zugaldia Espinar* viene a constatar: "Si la dogmática penal no sirve para cubrir las necesidades de la política criminal, tanto peor para la dogmática".

Existe sin embargo otra vía posible señalada por este mismo autor y por otros autores españoles contemporáneos, así como por autores anglosajones modernos que critican la doctrina "antropomórfica" de Lord Dennig citada más arriba: desarrollar una nueva dogmática penal para comprender, con categorías nuevas o adaptadas del derecho penal, las actividades criminales de las agrupaciones. Estos son los ordenamientos jurídicos que admiten la plena responsabilidad penal de las agrupaciones, que pueden ayudar a encontrar las bases de este nuevo edificio dogmático que, ciertamente, no será el mismo que aquél de la dogmática penal del individuo, pero que será construido de manera paralela al primero. Ciertos países de la Common Law, en razón del enorme impacto del corporate crime, han comenzado a abandonar su prevalente pragmatismo para llegar a unas reflexiones teóricas sobre la responsabilidad penal de las entidades colectivas.

3. Las posibilidades de la dogmática penal

12. Las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger penalmente la criminalidad de las agrupaciones reside en el contenido de nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, la acción en Derecho Penal siempre está ligada al comportamiento humano, y la culpabilidad, o culpa, parece significar un reproche ético o moral que estaría excluido en el caso de las agrupaciones, las cuales, en exceso, no podrían ser las destinatarias, o sujetos pasivos, de penas criminales con su finalidad a la vez preventiva y retributiva. Estas dificultades son evidentemente mucho menos graves cuando no se aplican verdaderas penas respecto a las agrupaciones, sino unas sanciones medio — o cuasi-penales donde las categorías y principios penales pueden ser flexibilizados o alargados.

13. Un primer punto dogmático importante para la discusión sobre la admisión de penas criminales contra las agrupaciones aparece recogido por las doctrinas inglesa, holandesa y norteamericana. Si la persona moral puede concluir un contrato, p. ej., de compraventa, ella es quien es sujeto de obligaciones que se originan de estos contratos y ella es quien puede violar esas obligaciones. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera antijurídica. Se añadirá que existen en derecho económico y social normas jurídicas que se dirigen únicamente a las empresas, no a los individuos. Citamos el ejemplo del derecho de la competencia que, a nivel comunitario como al de los Estados miembros de la Unión Europea, afecta a las empresas y las asociaciones de empresas. Las acciones de las personas físicas actuando para la empresa deben pues ser consideradas como las de la empresa.

No es muy importante llegar a este resultado a través de la imputación de las acciones a la empresa o para la imagen citada supra, 11, que la entidad social actúe ella misma a través de sus órganos.

Ahora bien, esta visión del actuar de la empresa no es del todo una invención de los que defienden la responsabilidad penal de las agrupaciones. Al contrario, la reciente jurisprudencia alemana admite en Derecho Penal propiamente dicho, en lo que se refiere a la responsabilidad penal individual, que la acción o la omisión en el mundo de los negocios es a menudo la de la empresa porque es ella quien vende un producto peligroso o quien omite tomar medidas de seguridad suficientes en la explotación de una instalación — y esta acción u omisión será imputada, según el Tribunal Federal de Justicia, a las personas físicas responsables, contrariamente a la idea más tradicional de imputar a la persona moral los actos de los autores materiales. La idea de responsabilidad no se excluye sino que exige unas delimitaciones normativas para determinar las esferas de responsabilidad en las que la respuesta negativa a los deberes jurídicos le hace ser autor.

14. Dos objeciones han sido formuladas contra este punto de vista de la situación: En primer lugar, hay autores que niegan la posibilidad de imputar la acción de un autor físico a una persona moral porque el derecho penal no castigaría más que las acciones propias de cada persona (Bago Fernández, Barbero, Santos, Engisch). Sin embargo, en el ámbito de la coautoría, muchos de los ordenamientos jurídicos admiten la imputación del acto de un autor a otro, siempre que los autores hayan decidido realizar en común el acto en cuestión. Al margen de esta toma de decisión común, una extendida tendencia busca establecer la responsabilidad penal del

jefe de la empresa por el hecho de los delitos de su empleado con la sola condición de que él habría podido impedir su comisión. Bajo este aspecto, la doctrina holandesa habla de la agrupación como autor indirecto o "funcional", una parte de la doctrina portuguesa habla de autor moral. Finalmente, no es casualidad que en el mundo anglosajón se haya comenzado por admitir la responsabilidad penal de las personas morales y de las asociaciones en el campo de los delitos de omisión e imprudentes, porque, aquí, no es, o no totalmente, la acción física la que cuenta, sino que es la violación de las medidas y expectativas normativas la que importa para imputar un resultado nocivo a un autor (persona física o moral). Incluso la escuela finalista alemana que habla mucho de la "naturalidad de las cosas", no niega, o no niega en la actualidad, la posibilidad de imputar actos humanos a la persona moral, y ello independientemente de la famosa disputa histórica alrededor de la naturaleza ficticia o real de la persona moral (*Hirsch*).

En segundo lugar, se ha dicho que las normas jurídicas se dirigen a las personas morales, p. ej. en derecho de la competencia o en derecho fiscal, pero no dicen nada sobre la cuestión de saber quién debe desempeñar las obligaciones correspondientes (Gracia Martín). Así, las normas fiscales se dirigirían también a los recién nacidos sin que se les pudiera hacer responsables del fraude fiscal cometido por sus padres en su interés. La norma penal no sería pues idéntica a la norma extrapenal que obliga o prohíbe. Sin embargo, si la edad del menor no excluye su responsabilidad penal y si un representante puede actuar por el menor, ello no prueba que el legislador no pueda introducir la responsabilidad penal de las agrupaciones por los actos cometidos por sus dirigentes. El argumento esgri-

mido de la teoría de las normas jurídicas no hace más que combatir al máximo la existencia de tal responsabilidad *de lege lata*. Admitir la idea de que una agrupación puede ser el autor de una infracción (de competencia, de derecho fiscal etc.) no significa nada más que recoger en el derecho el juicio que la realidad social porta sobre estas entidades. A su vez, las disposiciones de los códigos penales sobre la responsabilidad de los representantes en caso de delitos especiales (art. 14 del CP alemán, art. 15 bis CP español, arts. 172 y 326 CP suizo etc.) claramente parten del concepto de que la persona moral puede ser la destinataria primaria de normas de derecho fiscal, penal etc.

15. Tradicionalmente, parece muy difícil imputar a una persona, o a una entidad jurídica, la culpa de otra persona. En lo concerniente a los autores físicos es el principio (procedente del Derecho Constitucional) de culpabilidad el que prohíbe, fuera del mundo anglosajón, tal imputación: La culpa debe ser la propia culpa de la persona a condenar. Sin embargo, teniendo en cuenta las agrupaciones el Tribunal constitucional federal alemán no ha vacilado en declarar la posibilidad, desde el punto de vista constitucional, de imputar la culpa de una persona física a la persona moral (caso Bertalsmann). De otro lado, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas tiene tendencia a hablar de una culpa propia de la empresa, culpa determinada más bien según criterios y estándares conocidos en Derecho Civil y en Derecho Administrativo donde la estructura, la importancia etc. de la empresa decide sus obligaciones, p. ej. a informarse sobre las reglas de derecho existentes. Los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Japón, Países-Bajos, Noruega etc. por su parte, señalan que es esta falta de organización la que hace posible las infracciones en favor de la agrupación y determina la responsabi-

dad penal. La misma idea es propuesta por el inglés *Harding* para llegar a un concepto de culpabilidad colectiva. Nosotros hemos sostenido un punto de vista similar para el derecho de las "Ordnungswidrigkeiten" alemanas que partiría de un principio de falta (y de culpa) de organización como legitimación de la responsabilidad de la agrupación, permitiendo así la imputación de la culpa individual de los dirigentes a la empresa, imputación claramente exigida por el art. 30 de la ley sobre las "Ordnungswidrigkeiten" y necesaria también en derecho japonés (con la consecuencia de deber probar no sólo la acción o la omisión del autor físico, sino también su culpa). Esta explicación ha encontrado el acuerdo de la literatura alemana reciente (Otto) y de una parte de la doctrina (y de la jurisprudencia constitucional) española (Zugaldía). Otra parte más reciente de la doctrina italiana y española introduce la idea de *riesgo* de la actividad de las empresas para legitimar su responsabilidad penal o para justificar la imputación de los delitos de sus representantes a las empresas (Paliero, Suárez González). Un criterio más o menos semejante consiste en la ventaja económica que la empresa obtiene de su actividad delictuosa, criterio utilizado por la Ley Federal suiza sobre el impuesto federal directo de 1990, así como por el art. 30 de la ley alemana precitada y propuesta de manera general en nuestra opinión por las 49 Jornadas jurídicas alemanas en 1972. Stanffacher revela para la legislación suiza que estamos aquí en presencia "de una responsabilidad más originaria que por imputación" (punto de vista a ser restringido en cuanto a la ley alemana sobre las "Ordnungswidrigkeiten" donde el criterio de la ventaja económica no sustituye la imputación, pero forma la base para la misma). En todo caso, hay una tendencia observable en numerosos ordenamientos jurídicos, compren-

didos en la Comunidad Europea, de querer alcanzar una categoría propia de culpa de la empresa, culpabilidad fundada no sólo en la imputación sino en criterios que tradicionalmente son muy conocidos en Derecho Civil. Esta tendencia es constatada también por el estudio de la jurisprudencia portuguesa concerniente a la responsabilidad penal de las personas morales, y la misma tendencia aparece en el Informe final sobre un Model Criminal Code publicado en Australia en el mes de diciembre de 1992. Una imputación podría pues limitarse a cuestiones de intención, de motivo etc., la propia culpabilidad de la empresa refiriéndose sobre todo a los delitos imprudentes (y de omisión). El Informe final australiano mencionado va más lejos estableciendo, como en el derecho de EEUU, la intención delictuosa a través de la "corporate culture" a la que la infracción podría ser atribuida, siendo definida esta noción como "an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate". Esto es, de nuevo, una expresión del concepto de la culpabilidad de organización que deviene así no sólo como un criterio que legitima la punición de la agrupación, sino que reemplaza o constituye la culpabilidad misma.

16. Ciertamente, muchas de las jurisdicciones continúan entendiendo la culpabilidad en derecho penal como un reproche moral, pretendiendo que tal reproche no puede hacerse respecto a las personas morales. La responsabilidad penal en el sentido de "respuesta" negativa a las normas jurídicas no podría ser dada, según esta opinión, más que por individuos que por sí solos podrían abusar de su libertad de pronunciarse a favor o en contra del derecho. Sin embargo, nada impide considerar a las personas morales como destinatarias de normas jurídicas revestidas de un carácter ético (supra, 13) y como ente en situación de violar estas normas. De esta

manera, la organización correcta de la persona jurídica es el deber de ella misma, no únicamente de las personas físicas, como lo pretende *Schünemann*. De ahí el concepto de culpa propia de la persona jurídica. No hablamos, en la realidad de la vida social, de la culpabilidad de la empresa que ha polucionado un río — ejemplo expuesto por *Hirsch* — o que ha obtenido fraudulentamente subvenciones? En la vida y en el lenguaje de la sociedad, una culpabilidad de empresa se encuentra por tanto completamente reconocida, y esta culpabilidad no está completamente exenta de la huella ética o moral, incluso aún cuando la coloración moral toma un contenido particularmente diverso. Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituida por la suma de culpas personales (señalada p. ej. por el derecho de Estados Unidos), y ella no está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer en derecho penal tal culpabilidad (social) de la empresa no hace sino exponer las consecuencias de su realidad social de una parte y las obligaciones correspondientes a los derechos de la empresa de otra parte, como muy bien dicen los autores de habla inglesa hasta llegar a una "corporate blameworthiness". Introducir por vía legislativa tal concepto de culpabilidad colectiva o de agrupación, al lado de la culpabilidad individual tradicional, no es imposible según un punto de vista ideológico que reserva la responsabilidad en la sociedad a los individuos. No negaremos que este punto de vista individualista es posible. Pero admitiremos también que para ello es forzado considerar, al menos en derecho penal, a las personas morales y otras agrupaciones como puras ficciones, consideración difícilmente compatible con la enorme poder sobre todo de las empresas multinacionales.

17. La capacidad de ser sujeto pasivo

de penas criminales en consecuencia puede ser negado únicamente por la opinión que rehúsa aplicar los reproches morales a las agrupaciones que, además, no podrían ser las destinatarias de las normas jurídicas. Si por el contrario se admite la posibilidad de una culpabilidad moral o social de la agrupación (supra, 16) la idea de retribución también tendrá un importante papel en este ámbito. Bauloc cita las críticas doctrinales respecto a la irresponsabilidad penal de las personas morales subrayando la idea de que "puesto que ellas tienen un patrimonio, podrían perfectamente sufrir unas sanciones patrimoniales".

En lo que concierne a la finalidad preventiva de la pena, hay a priori menos problemas que sobre el plano de la retribución (de manera que las teorías que basan la pena sólo en las ideas de prevención no son hostiles a la responsabilidad penal de las agrupaciones). Todo ello es cierto sobre todo en cuanto al efecto preventivo dirigido contra los miembros de la sociedad que serán intimidados por la condena criminal o/ y que reforzarán así su mentalidad de obediencia a las normas jurídicas (prevención llamada general). En este sentido, la condena penal de la empresa pone en claro que la norma jurídica violada se dirige a la empresa y que la violación merece una reprobación social. Pero la prevención juega también en su aspecto especial dirigida contra la empresa condenada que sería intimidada para no reincidir en el delito. La experiencia de los países de tradición anglosajona demuestra que el efecto preventivo especial se deja notar cuando las penas son pronunciadas contra las agrupaciones. En prácticamente todos los Estados, las reglas de derecho comercial etc. concernientes a la vigilancia interior de la administración de la agrupación, garantizan más o menos que los dirigentes criminales no conti-

núen, o no repitan, su actividad. De ahí, la explicación y la justificación de la "deterrence as a means of persuading the corporation as an organization to monitor its own internal activities for compliance with the law" en el informe de Harding para el XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado en 1994.

18. En resumen, el contenido de las categorías fundamentales de derecho penal no queda igual cuando se quiere comprender penalmente a las agrupaciones delictuosas. Pero el paralelismo de contenido de estas categorías permite incluir la responsabilidad de la agrupación en el sistema penal al lado de la responsabilidad individual teniendo en cuenta así, a nivel de sanciones, la "colectivización" de la vida económica y social. Como se trata de un alargamiento considerable de la "materia penal", es un estándar moderno de los Estados de derecho el que tal decisión corresponda al legislador. La terminología no es decisiva, a la vista de la tendencia de importantes Tribunales constitucionales que no se sienten necesariamente vinculados por las declaraciones de los legisladores cuando se trata de determinar la naturaleza de una sanción. La forma jurídica de la agrupación (persona moral etc.) no debería tampoco ser decisiva, y las empresas públicas deberían estar incluidas como es el caso de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos considerados. La cuestión que queda en suspenso para ser discutida luego, es saber si sería útil introducir nuevos nombres para las sanciones contra las agrupaciones. Una respuesta positiva facilitaría quizás su introducción mientras que una respuesta negativa podría señalar el hecho de que se trata de una responsabilidad no idéntica pero paralela a la de los individuos. En todo caso se tendrá en cuenta la experiencia reciente de sanciones administrativas-penales o la introducción de

denominaciones nuevas en Alemania (*Geldbusse*) y en Portugal (*coima*) y denominaciones particulares para las multas impuestas a empresas en Dinamarca (*bodeansvar*) y en Suecia (*företagsbot*), que ha llevado a una muy rápida modificación de la comprensión jurídica y social. Queda finalmente por discutir las reglas de procedimiento que deberían asegurar sobre todo la posibilidad de perseguir las agrupaciones independientemente de la persecución de los autores físicos.

4. Los autores físicos

19. La idea de antaño de reforzar sólo la lucha contra los delincuentes físicos para exceptuar a las agrupaciones de toda sanción penal o cuasi-penal, ha fracasado desde hace tiempo. No la encontramos más que raramente en nuestros días. La solución inversa establece únicamente la responsabilidad de la empresa sin prever la punición de los autores físicos (o materiales), como es el caso de la Comunidad Europea en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero. La moderna criminología reprueba también este modelo unilateral dado que descuida la perseverancia de los autores físicos que en cualquier caso pueden ser sustituidos en la empresa unos por otros, pero que en definitiva son siempre el origen del crimen. Conviene por tanto combinar las dos soluciones imponiendo sanciones tanto al autor físico como a la persona moral (v. supra, 4) — modelo expresamente previsto en el Nuevo Código Penal francés y llamado con razón “punición paralela” en derecho japonés. Constant afirmaba en su informe general al 10.º Congreso Internacional de Derecho Comparado que “las dos responsabilidades se completan y se refuerzan mutuamente”. Ciertamente, la fijación de la sanción contra la agrupación debería depender de la situación y

de las condiciones de la misma, y no de las del autor físico — punto de vista elaborado de manera detallada por Estados Unidos y que recientemente acoge el derecho japonés que con anterioridad ligaba el grado de la pena colectiva a la de la multa impuesta al autor físico.

20. Queda por resolver la cuestión de saber qué autor material puede poner en marcha, en este modelo de responsabilidad cumulativa, la responsabilidad de la agrupación. Si con la excepción de los delitos especiales, cada persona física que realiza la acción o la omisión descrita por la ley penal puede ser castigado como autor, entonces son necesarios criterios adicionales para saber qué es lo que puede comprometer la responsabilidad de la persona moral que llegaría a ser de alguna forma coautora.

21. Tres modelos diferentes son utilizados por los legisladores y las jurisprudencias para resolver esta cuestión:

A menudo, la responsabilidad de la empresa solamente se desencadena por actos u omisiones de parte de los órganos y/o representantes legales, jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción corresponde a la teoría de derecho civil y un clásico punto de vista que quiere que la persona moral actúe a través de sus órganos. El modelo contrario se centra en los actos de toda persona que actúe en nombre de la empresa o en favor de ella. Esta concepción más bien pragmática va lejos pero realiza la idea de facilitar la prueba y de dejar superfluas las distinciones entre diferentes categorías de representantes, incluidos los representantes de hecho. Los modelos mixtos, en fin, se sitúan entre los dos tipos opuestos introduciendo, como en el Model Penal Code de Estados Unidos, un “managerial test” para limitar así la responsabilidad demasiado extensa del segundo modelo dejando de

lado las acciones de personas que no tienen ningún poder de decisión.

22. En la realidad de las legislaciones europeas es el primer modelo, clásico por así decirlo, el que triunfa en Alemania, Francia y Portugal. De la misma forma, el anteproyecto suizo de 1993. La propuesta belga de una ley relativa a la persecución de las personas morales de 1993 apunta hacia "una función dirigente en el seno de la persona moral". Bacigalupo señala la misma tendencia para España donde, sin embargo, ni la jurisprudencia ni la doctrina han estudiado la cuestión. Para conocer el alcance de este concepto a primera vista muy estrecho, se necesitará todavía tener en cuenta el hecho de que el derecho alemán (contrariamente p. ej. al derecho español) llega a una responsabilidad más amplia de la agrupación, dado que la ley sobre las "Ordnungswidrigkeiten" establece la omisión de control, de organización y de vigilancia como infracción distinta, de manera que un órgano puede realizar esta infracción y también ser responsable la agrupación por una infracción cometida por un empleado de rango inferior (puesto que el órgano habría podido impedir la comisión de la infracción). Igual justificación se encuentra en la doctrina japonesa para explicar la responsabilidad penal de las agrupaciones por los hechos criminales realizados por empleados de rango inferior. En el anteproyecto suizo se quería de la misma forma establecer la responsabilidad de la empresa "cuando, como consecuencia de carencias de organización, la violación de un deber jurídico reprimido penalmente no puede ser imputado a una persona determinada". El Model Penal Code de EEUU, contrariamente a la situación jurídica de la Federación y de los Estados federados, reserva la responsabilidad penal de la agrupación a los comportamientos de los "high managerial agents" en caso de crimen

ordinario (estafa etc., v. supra 20) mientras que para los crímenes y delitos más específicos de personas morales y otras empresas (delitos de competencia etc.) donde cada autor puede desencadenar la responsabilidad de la empresa, la defensa de la "due diligence" de los funcionarios revestidos "with supervisory responsibility" excluye esta responsabilidad.

23. A nivel comunitario europeo, y sobre todo en derecho de la competencia, el estudio se centra por el contrario, como Japón y en la práctica de Estados Unidos, en el principio del acto de cada autor material. Del mismo modo es para Dinamarca donde la responsabilidad penal de la empresa es puesta en marcha por actos u omisiones de todas las personas "on all levels, from the president to the workman" (greve). La misma tendencia existe en Italia donde la cuestión no está expresamente regulada por la ley, inclinándose la práctica hacia una interpretación que sigue el modelo comunitario del derecho de la competencia. Sin embargo, un exceso de poder es en todo caso excluido y hace sólo responsable al que ha cometido la infracción.

24. El modelo mixto es ante todo conocido en Inglaterra que restringe a priori el círculo de personas capaces de poner en marcha la responsabilidad penal de la empresa a las que poseen una "sufficient seniority". De la misma forma, el derecho holandés declara como decisiva la autoridad de una persona para tomar decisiones y determinar el curso de los acontecimientos; "some influence" es considerada suficiente en los Países-Bajos (de Doelder). El proyecto de ley finlandés igualmente apunta a las personas "with decision-making power" y a la omisión de control por la agrupación. De la misma manera, en Australia el empleado debe disponer de una cierta autoridad, no siendo uniforme

la situación en todos los Estados y en todas las leyes. La reciente propuesta de convención relativa a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, presentada por la Comisión al Consejo de Ministros en Bruselas en verano de 1994, exige de igual forma la actividad de una persona que ejerza "un poder de decisión legal, delegado o de hecho" para hacer responsable a la persona moral (art. 8).

25. Para concluir, esta solución intermedia parece ser la ideal entre las teorías clásicas y las necesidades de prueba y de persecución: además de los

órganos y representantes legales, el "middle management" debería estar incluido. Una particular infracción de omisión de organización, de vigilancia y de control debería estar añadida con el fin de comprender los casos donde la culpa de personas de alto o medio rango hace posible la infracción cometida por un empleado de rango inferior. Esta recomendación parte de la idea base, reconocida en muchos de los ordenamientos jurídicos, que la correcta organización de la agrupación constituye un criterio clave para la vida y la responsabilidad de la misma.