

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.2

CUESTIONES BASICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, DE OTRAS PERSONAS MORALES Y DE AGRUPACIONES Y ASOCIACIONES DE PERSONAS¹

BERNARDO J. FEIJÓO SÁNCHEZ

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal que realiza comportamientos culpables – 3. La persona jurídica como sujeto u objeto peligroso – 4. Conclusión provisional – 5. Criterios de imputación – 6. Conclusiones.

1. Introducción

1. Hoy vengo a hablarles de un tema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que les preocupa en la actualidad por

⁽¹⁾ Texto de la ponencia pronunciada en la Escuela Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul el 22 de mayo de 1998.

Este trabajo ha sido realizado gracias a un Proyecto de I+D del Area de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid (España) sobre Protección penal de los recursos naturales del medio ambiente, de la flora y de la fauna y de la ordenación del territorio financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España (PB 96-0068).

Abreviaturas utilizadas: ADP, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP, Actualidad Penal; C. P., Código Penal; GA, Goldtammer's Archiv für Strafrecht; JZ, Juristenzeitung; LK, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. ed. Berlín y Nueva York, 1994; NJW, Neue Juristische Wochenschrift; ÖJZ, Österreichische Juristenzeitung; PJ, Poder Judicial, citada por n. de revista; Pte. Ponente; S., Sentencia; T. C., Tribunal Constitucional español; T. S., Tribunal Supremo español; ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por n. de revista.

la aprobación de la Lei 9.695/98 de Crimes Ambientais. En Europa esta cuestión viene ocupando la atención de la doctrina desde hace algunos años y, sobre todo, se puede considerar como un tema de moda en relación a lo que se viene denominando “Derecho penal económico” o “delincuencia de cuello blanco”. En este trabajo sólo pretendo exponer algunas cuestiones dogmáticas básicas relativas a esta problemática y terminar dicha exposición dejando planteados algunos puntos conflictivos que deben ser resueltos por el legislador cuando toma la decisión de que el Derecho penal afecte de alguna manera a las personas jurídicas o entidades similares. Si las cuestiones que expondré no son resueltas expresamente por el legislador es precisa una detallada elaboración doctrinal y jurisprudencial. Más que solucionar problemas lo que pretendo en este trabajo es quedarme en el paso previo: el conocimiento de los mismos.

2. La doctrina española, la doctrina alemana – de gran influencia en el ámbito europeo continental – y la doctrina de América Latina han partido mayoritariamente del principio *societas delinquere non potest*.

Este principio se basa principalmente en que las personas jurídicas tienen incapaci-

dad para actuar y, por tanto, para infringir normas de conducta y, además, no pueden cumplir los requisitos que desde siempre se han derivado del principio de culpabilidad. Es decir, tradicionalmente se ha partido de la idea de que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción y de capacidad de culpabilidad.² Además habría una razón de eficacia: las personas jurídicas no pueden ser sentadas en el banquillo de los acusados ni pueden ser enviadas a la cárcel. Estos no son los únicos argumentos esgrimidos contra la responsabilidad penal de personas colectivas, pero son los puntos principales alrededor de los que gira la moderna discusión sobre el principio *societas delinquere non potest*. Otros argumentos no me parecen tan decisivos como éstos.

En sentido contrario, la eficacia o el pragmatismo parecen fomentar más bien la introducción en la moderna Ciencia del Derecho Penal del principio *societas delinquere potest*. Si no se pueden imponer penas

privativas de libertad a estas entidades debido a la "naturaleza de las cosas" se pueden imponer otro tipo de sanciones³ como demuestra el Derecho comparado (incluido el español) y, sobre todo, como demuestran los arts. 21 *et seq.*, de la Lei 9.695/98 de Crimes Ambientais. Sin tener en cuenta esta perspectiva pragmática no es posible entender el alcance de la moderna discusión político-criminal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina partidaria de hacer responder penalmente a las personas jurídicas no propugna dicha responsabilidad porque lo considere más justo o porque considere que las personas físicas están sufriendo un trato desigual sino por razones de utilidad y de eficacia del Derecho penal en determinados ámbitos donde da la impresión de que los instrumentos penales tradicionales se están mostrando insuficientes. Por tanto, en la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo cobran relevancia los argumentos estrictamente dogmáticos sino también la perspectiva político-criminal: ¿La única alternativa válida en la actualidad es la imposición de auténticas penas o, por el contrario, el Derecho penal puede intervenir de forma suficiente con otro tipo de instrumentos que no están siendo debidamente utilizados?

3. Por estas razones es preciso hacer una previa referencia a la realidad social y criminológica que está forzando a algunos autores y legislaciones a adoptar el principio *societas delinquere potest* o, al menos, a aceptar una cierta intervención del Derecho penal contra las personas morales.

(2) La relación de autores sería extensísima. Baste aquí hacer una referencia a la jurisprudencia española y, en concreto, a la S. T. S. de 3 de julio de 1992 (Pte. Bacigalupo Zapater) que declara —en una línea asentada ya anteriormente— que “En el Derecho penal español, la responsabilidad se fundamenta en acciones de personas físicas, por el contrario, se parte de la base —al menos hasta hoy— de que las personas jurídicas carecen, en principio, tanto de la capacidad de acción como de la capacidad de culpabilidad que requiere el Derecho penal. Ello no excluye, de todos modos, que en el derecho sancionatorio administrativo se acepte que las personas jurídicas, sociedades, etc., puedan ser objeto de sanciones, carentes de las notas propias de las sanciones penales”. En el mismo sentido, S. T. S. de 2 de junio de 1993 (Pte. Moner Muñoz): “La doctrina dominante en España se manifiesta contraria a la responsabilidad de las personas jurídicas, en virtud de los principios de culpabilidad y personalidad de la penas e incluso en su incapacidad de acción, que impiden que la sanción recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, y obliga a que únicamente respondan de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado”.

(3) Entre otras, multas, comiso, pérdidas de beneficios fiscales, amonestaciones públicas, inhabilitaciones para obtener subvenciones, clausura o cierre definitivo o temporal de las empresas, sus locales o establecimientos, disolución de la sociedad, asociación o fundación (muerte civil), suspensión de actividades, prohibición definitiva o temporal de realizar actividades, operaciones o negocios determinados, intervención, curatela o auditoría de la empresa.

Las formas más modernas de criminalidad organizada, sobre todo la criminalidad de empresa, demuestran que a través de las personas jurídicas se puede fomentar la “irresponsabilidad penal organizada”.⁴ La tradicional imputación individualizada que ha venido protagonizando la imputación jurídico-penal encuentra serias dificultades ante lesiones de bienes jurídicos individuales o colectivos que tienen su origen en ciertas organizaciones humanas fuertemente jerarquizadas o con división – horizontal y vertical – de funciones y tareas. Las organizaciones humanas más complejas se caracterizan por la descentralización y diferenciación de funciones y tareas. Por ello la distribución de competencias dentro de dichas organizaciones plantea serios problemas a la hora de imputar el hecho antijurídico a una persona concreta. Un claro ejemplo de esta nueva realidad criminal son los atentados contra el medio ambiente llevados a cabo por empresas conta-

minantes.⁵ En estos casos los trabajadores que contaminan directamente ni tienen capacidad de decisión ni la información suficiente y los que tienen la capacidad de decisión y la información son personas que se encuentran muy alejadas física y temporalmente de la lesión.

Por otro lado, los estudios sobre criminalidad de la empresa demuestran que resulta difícil reconducir la lesión a una decisión individual. Más bien suele ser fruto de un proceso de acumulación de un *management* defectuoso o de una determinada actitud, ética o filosofía empresarial.⁶ De hecho las posiciones más recientes que propugnan la responsabilidad de las personas jurídicas insisten en que el fundamento de la “culpabilidad de la corporación” reside precisamente en esta actitud, ética o filosofía empresarial criminógena.⁷ Ha surgido la necesidad político-criminal de luchar contra un determinado tipo de dirección, actitud, ética o filosofía empresarial que pone en peligro bienes jurídicos de gran relevancia social.

Existen, a mayores, bienes jurídicos como el medio ambiente que sufren los ataques más graves e intensos en relación a la actividad de empresas y no por actuaciones que se deban interpretar como estrictamente individuales. No es una casualidad que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga su primera plasmación en el orde-

⁽⁴⁾ Ehrhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Berlín, 1994, p. 147 *et seq.*, 160, 193, con más referencias, se refiere a una “institucionalización de la irresponsabilidad”; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden, 1995, p. 29 *et seq.*, 198; el mismo, ÖJZ 96, p. 212, con más referencias; Lampe, ZStW 106, p. 734; Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, Berlín y Nueva York, 1993, p. 7 *et seq.*; Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Colonia y otras, 1979, p. 30 *et seq.*; el mismo, ADP 88, p. 533, 551; el mismo, La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 573; Seelmann, NJW 90, p. 1.260 sobre los problemas de esta realidad para una efectiva protección del medio ambiente; Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, Festschrift für Rudolf Schmitt, Tübinga, 1992, p. 301, con más referencias; Volk, JZ 93, p. 430.

⁽⁵⁾ Por ejemplo, el Consejo de Europa en la Resolución (77) 28 relativa a la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente recomienda en su párrafo segundo el reexamen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a fin de examinar especialmente la introducción de ciertos casos de responsabilidad penal de las personas morales privadas o públicas.

⁽⁶⁾ Con mayor profundidad y añadiendo otras consideraciones, Gracia Martín, AP 93-2, p. 593 *et seq.*, con más referencias.

⁽⁷⁾ Vid. *infra* 3. 4 mi opinión sobre cómo debe combatir el ordenamiento jurídico-penal esta contrastada realidad criminológica.

namiento jurídico brasileño mediante una Lei de Crimes Ambientais. El medio ambiente se ve más en peligro por actividades colectivas que por actuaciones individuales.

Es preciso que el Derecho penal tenga en cuenta esta realidad social para cumplir su función tuitiva y adopte un instrumental jurídico adecuado para tratar y superar de forma satisfactoria estos problemas.

4. Esta necesidad de medios eficaces para luchar contra la delincuencia empresarial ha hecho que en los sistemas jurídicos anglosajones (Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Australia, Canadá) se admita tradicionalmente sin muchos problemas la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁸ En Japón y Corea también se ha admitido debido a la poderosa influencia del Derecho norteamericano. Pero otros países de Europa continental (menos influenciados por la ciencia jurídico-penal alemana y los principios del idealismo y menos limitados constitucionalmente por el principio de culpabilidad) como Holanda⁹ y

más recientemente Noruega,¹⁰ Francia tras la reforma del Código Penal de 1992 (en vigor desde el 1 de marzo de 1994)¹¹ y Dinamarca desde 1996¹² han acogido pe-

(8) Hay que recordar que en el sistema anglosajón existe la doctrina de la *strict liability* que permite el castigo para ciertos delitos (*mala prohibita* y no *mala in se*) sin exigir *mens rea* (culpabilidad). En la medida en la que un determinado sistema jurídico reconoce alguna modalidad de responsabilidad objetiva es más fácil que asuma sin muchos problemas la responsabilidad penal de las personas jurídicas como responsabilidad penal por un hecho de otro (*vicarious liability*).

(9) Art. 51. Este precepto establece: 1. Los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas. 2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, pueden ser perseguidas y sancionadas: 1. la empresa, o 2. la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o 3. cualquiera de los sujetos a la vez. Sobre la situación holandesa, De Doelder, La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 497 *et seq.*

(10) Arts. 48 a) y 48 b). Sobre la regulación noruega vid. Rostad, Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 521 *et seq.*

(11) Art. 121.2: "Las personas morales, con la exclusión del Estado, son responsables penalmente, en los casos previstos por la ley, de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes. Los colectivos territoriales y sus agrupaciones no son responsables penalmente más que de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación de un servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos".

(12) Capítulo Quinto. Es preciso llamar aquí la atención en el siguiente dato que puede ser interesante de cara a la actual situación legislativa brasileña: la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue recogida inicialmente en la Ley de Protección del Medio Ambiente n. 358 de 6 de junio de 1991.

Los preceptos de estas disposiciones generales del Capítulo Quinto del C. P. danés introducidas en 1996 rezan de la siguiente manera:

"§ 25. Una persona jurídica puede ser punible con una pena de multa, si ello se encuentra legalmente previsto o dispuesto en virtud de una ley.

§ 26. 1. A los efectos de las disposiciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se considerarán como tales – si no se ha dispuesto nada distinto – toda persona jurídica, incluidas las sociedades por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada y cooperativas, sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones, sociedades de bienes, los municipios y autoridades estatales.

2. También se considerarán como tales las empresas de un solo propietario en la medida en que por su tamaño y forma de organización puedan ser equiparadas a las empresas mencionadas en el párrafo primero de este artículo.

§ 27. 1. La punibilidad de una persona jurídica presupone que en el marco de su

nas para personas jurídicas.¹³ De esta manera se ha ampliado el concepto de sujeto activo del delito en estos ordenamientos. Ya no sólo se entiende que puede ser sujeto activo del delito o sujeto de imputación jurídico-penal la persona física sino también la persona jurídica.

Otros ordenamientos han acogido otras vías sancionatorias como la intervención del Derecho administrativo sancionador que utiliza preferentemente las sanciones pecuniarias. En el ámbito del Derecho administrativo se ha acogido sin problemas en diversas legislaciones europeas como en Alemania, Portugal,¹⁴ Bélgica o

organización se haya realizado un hecho punible que pueda ser imputado a una o varias personas empleadas en la misma o a la persona jurídica misma.

2. Los municipios y autoridades estatales sólo son punibles en virtud de hechos punibles cometidos en el marco de una actividad equiparable a una actividad que pueda ser realizada por particulares o que le sea equiparable.”

(13) Es preciso resaltar aquí de cara al lector brasileño poco familiarizado con la realidad jurídica europea, que aunque tradicionalmente se resalten las grandes diferencias entre el sistema del *Common Law* y el sistema de codificación inspirado en el movimiento codificador francés y en pensamiento filosófico-dogmático germano, los países escandinavos y los Países Bajos siempre han mostrado peculiaridades importantes dentro del gran sistema continental europeo.

(14) El art. 11 del C. P. portugués establece que “salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade penal”, mientras en el art. 7 del Decreto-Lei 433/82, de 27 de octubre donde se regulan las sanciones administrativas se preceptúa que “1. As coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica. 2. As pessoas colectivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos ou exercício das suas funções”.

El legislador penal portugués ha dejado la puerta abierta para la responsabilidad penal de las personas colectivas.

Italia¹⁵ la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas aunque el principio de culpabilidad tenga un reconocimiento expreso en la constitución o en la doctrina del Tribunal Constitucional de estos países. Incluso se imponen sanciones administrativas aunque en el seno de la persona jurídica se haya realizado un delito, como sucede en Alemania. El Derecho comunitario (europeo) también establece la posibilidad en algunos supuestos de imponer cuantiosas multas a personas jurídicas.

Cabe hacer aquí una breve referencia a la creación de un *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea que ha sido realizado por un grupo de expertos¹⁶ dentro del proyecto “Espacio judicial europeo” convocado por la Dirección General de Control Financiero de la Unión Europea y que tiene la finalidad de introducir desde el Derecho comunitario disposiciones penales y procesales para la mejor protección del presupuesto comunitario. El art. 14 de este *Corpus Iuris*¹⁷ establece la responsabi-

(15) Sobre ciertas peculiaridades del sistema belga e italiano, Zugaldia Espinar, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, La responsabilidad penal de las sociedades, Cuadernos de Derecho Judicial 1994, p. 86 *et seq.* y Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas, Empresa y delito en el nuevo Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial 1997, p. 230 *et seq.*

(16) E. Bacigalupo (Madrid), M. Delmas-Marty (Paris), G. Grasso (Catania), N. Jareborg (Upsala), K. Tiedemann (Friburgo) y Ch. Van Den Wyngaert (Amberes).

Sobre este *Corpus Iuris* europeo, Choclan Montalvo, La Ley 1988, Cuadernillos n. 4475 y 4476 (sobre la responsabilidad de las personas jurídicas n. 4476, p. 3).

(17) Art. 14: Responsabilidad penal de las entidades colectivas

1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1-8) las entidades colectivas que tuvieren personalidad jurídica, así como las que tuvieren la calidad de sujeto del derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta

dad penal, directa e independiente de los representantes de las personas jurídicas con carácter general. Esta responsabilidad es un desarrollo de la política legislativa comunitaria, ya contenida en los arts. 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y reafirmada por la práctica de la Comisión y la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.¹⁸ En este contexto del Derecho penal europeo cabe hacer alguna referencia también a la Recomendación n. R (88) 18, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de octubre de 1988 que postula una serie de respuestas adecuadas al creciente número de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de la empresa: 1. La apreciación de la responsabilidad penal y la aplicación de sanciones penales a las empresas, cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de su culpabilidad, las consecuencias para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones lo exijan. 2. La aplicación de otros sistemas de responsabilidad y sanciones como las aplicables por autoridades administrativas que son sometidas a control judicial.

5. A pesar de esta tendencia que se puede apreciar en el Derecho comparado no se han visto superadas las objeciones tradicionales a la responsabilidad penal de las personas jurídicas relacionadas con los conceptos de acción y culpabilidad en aquellos países cuyo Derecho penal se ve condicionado por una visión espiritualizada o idealista del principio de culpabilidad como principio político-criminal básico o principio de imputación jurídico-penal irrenunciable. Se entiende que una de las consecuencias del principio de culpabilidad en su sentido tradicional es, precisamente, la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. En realidad, la cuestión de fondo no es si

del ente colectivo por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho.

2. La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos.

(18) Sobre esta cuestión, en profundidad, Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1997, p. 323 *et seq.*

la persona jurídica puede ser sujeto de imputación, lo cual es obvio en otras ramas del ordenamiento jurídico, sino si es legítimo resolver ciertos conflictos imponiéndole una pena a las personas jurídicas que ni tienen capacidad de decidir por sí mismas ni se les reconoce alternativas de comportamiento con respecto a las decisiones de sus órganos directivos. Es decir, se trata de un específico problema jurídico-penal o político-criminal independiente de las consideraciones que se puedan hacer en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Partiendo de estas consideraciones, no se ha logrado todavía, en mi opinión, superar el inconveniente de que la culpabilidad de las personas jurídicas es siempre culpabilidad por el hecho o la decisión de otro.¹⁹

(19) En el mismo sentido: Bajo Fernandez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual, La responsabilidad penal de las sociedades, Cuadernos de Derecho Judicial 1994, p. 117; el mismo, Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 70 *et seq.*; el mismo, Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menendez IV, Madrid, 1996, p. 5.101; Cobo Del Rosal/Vives Anton, Derecho penal, parte general, 4. ed. Valencia, 1996, p. 324 *et seq.*; Duek Marques, A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente, Boletín IBCCrim n. 65 (1998), p. 6; Perez Manzana, AP95 n. 2, p. 23: "ni la capacidad de acción ni la capacidad de culpabilidad se pueden tomar prestadas de terceros"; Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, 3. ed. Munich, 1997, 8/62 (existe una traducción de la 2. ed. alemana de Luzon Peña, Diaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Derecho penal, parte general, Madrid, 1997); Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 585; el mismo, LK, 14/78.

Tiene también razón, en mi opinión, Gracia Martín, AP93-2, p. 598, cuando resalta en esta materia algo que debería ser evidente: en el hecho penal que justifica la reacción jurídi-

Pensemos en el ejemplo del representante de un menor que actúa en nombre de éste y realiza un delito en provecho de éste. No parece que nadie esté dispuesto a imputar al menor el hecho injusto y culpable realizado por el representante. ¿Porqué con las personas jurídicas la solución tiene que ser distinta? ¿Qué es lo que diferencia un supuesto del otro? ¿Exclusivamente la realidad criminológica expuesta supra 1. 3?

6. Una clara muestra del estado de la cuestión en Europa es la polémica existente actualmente en España en relación al nuevo art. 129 del Código Penal de 1995⁽²⁰⁾

co-penal “deben estar comprendidos la totalidad de los elementos determinantes de la sanción y en la medida en que la determinación de ésta no puede fundamentarse ni graduarse en función de presupuestos extraños a la persona jurídica en cuanto destinataria de la sanción”.

⁽²⁰⁾ Resume el estado de la discusión Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 221 *et seq.*

El art. 129 del C. P. español establece: El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán

– que modifica la situación anterior del Derecho español equivalente a la de los ordenamientos alemán y portugués.²¹ Para la doctrina mayoritaria el hecho de que se contemplen ciertas consecuencias jurídicas potestativas para personas jurídicas cuando sus representantes han cometido un delito en el marco de dicha representación no tiene como consecuencia necesaria que esas consecuencias se tengan que entender como penas. Puede tratarse de medidas de seguridad o de medidas equivalentes funcionalmente a las medidas de seguridad. El legislador español, al calificar dichas consecuencias jurídicas para personas colectivas, ha sido cauto adoptando una posición ecléctica y ha preferido denominarlas “consecuencias accesorias” partiendo de la idea de que estas consecuencias presentan diferencias considerables con respecto a las penas y medidas de seguridad reguladas en preceptos anteriores. Al lado de estas consecuencias jurídicas para empresas, sociedades, asociaciones o fundaciones se contempla también como consecuencia accesorias el comiso de los efectos y ganancias provenientes del delito y de los instrumentos con que se haya ejecutado. De hecho algún autor español ha considerado estas “consecuencias accesorias” relativas a sociedades, empresas, fundaciones o asociaciones como una modalidad de comiso.

Por lo que he podido apreciar en la literatura brasileña, a pesar de que el legislador ha sido menos cauto, también existe una viva polémica sobre la naturaleza de

ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

⁽²¹⁾ Es preciso señalar que la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas se ve beneficiada en España por una cierta admisión de la responsabilidad objetiva en el marco del Derecho administrativo-sancionador que difícilmente sería compatible con las exigencias del principio de culpabilidad en materia penal.

las consecuencias jurídicas para personas jurídicas. Por ello creo que es preciso detenernos en esta cuestión de la naturaleza jurídica desde una perspectiva tanto dogmática como político-criminal.

7. La discusión sobre la naturaleza jurídica de la intervención del Derecho penal en este ámbito no es puramente nominal o una cuestión de etiquetas. Sobre todo porque los hechos que fundamentan la consecuencia jurídica en un supuesto u otro son distintos: el hecho ya realizado o los futuros hechos pronosticados. Y, de acuerdo con esto, los criterios de imputación y los criterios para determinar la intensidad de la sanción varían completamente en función de que se retribuya un hecho anterior (culpabilidad) o se pretendan prevenir hechos futuros (peligrosidad). Los medios que están a disposición del juez penal no se diferencian por su sentido externo-naturalístico (limitación de derechos) sino por su contenido de sentido normativo-valorativo.²² Si el fundamento es la culpabilidad, por muy elevada que sea la probabilidad de que se puedan realizar hechos similares no existirá sanción si no existe un hecho digno de retribución. Si el fundamento es la peligrosidad, no existirá medida por muy grave que sea el hecho realizado si se trata de un hecho puntual que no se volverá a repetir.

Dos son, pues, los caminos que conoce hasta ahora el Derecho penal para imponer determinadas consecuencias jurídicas a las personas morales:²³

(22) Feijóo Sanchez, El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995, Madrid, 1997, p. 31, con más referencias.

(23) Aquí dejo de lado la problemática de la "reparación" como "tercera vía" por tratarse más bien de un sustitutivo de la pena de prisión o de una medida de corrección para jóvenes y no afecta de forma primordial al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. por todos, sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación", Silva Sanchez, PJ n. 45, p. 183

a) entender que son sujetos susceptibles de imputación jurídico-penal y que se les puede imponer una pena como reacción a sus acciones culpables, o bien,

b) entender que sólo se le pueden imponer medidas de seguridad ya que son sujetos no susceptibles de ser objeto de un juicio de reproche. En este caso, desde el punto de vista del Derecho penal, la entidad colectiva puede ser entendida como sujeto de la acción típica y antijurídica u objeto o instrumento de la acción típica y antijurídica de la persona física. El primer camino obliga a modificar las bases de la moderna teoría jurídica del delito con respecto al concepto de acción (aunque no al de culpabilidad que es el más importante). El segundo, sobre todo si la persona jurídica se define como objeto o instrumento del delito, es compatible con los principios político-criminales básicos y los principios de imputación que la Ciencia del Derecho Penal mantiene en la actualidad.

Es preciso analizar estas cuestiones con una mayor profundidad. El centro de estas reflexiones es más bien desvelar la cuestión teórica fundamental, optando con ello por una determinada línea político-criminal. Ello nos servirá para valorar positivamente el Derecho positivo – sea cual sea el ordenamiento objeto de análisis – o para adoptar una postura crítica frente a la decisión del legislador.

2. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal que realiza comportamientos culpables

1. Esta primera opción parece ser la adoptada por el legislador en la Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais. El art. 3 declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien es cierto que esta declaración no sería suficiente para entender que las personas jurídicas realizan acciones culpables y que las consecuencias contempladas para

et seq., que, en mi opinión, plantea la cuestión en sus justos términos.

ellas son auténticas penas y no son más bien medidas de seguridad que intentan prevenir peligros para bienes jurídicos de cara al futuro,²⁴ hay otros datos en la ley que, en mi opinión, favorecen esta interpretación.²⁵

a) La ley define las consecuencias jurídicas para las personas jurídicas como penas (arts. 21 y 22). El legislador no ha utilizado otro tipo de expresiones más equívocas o menos claras como la de consecuencias accesorias o consecuencias jurídicas.

b) Se contempla en principio la posibilidad de aplicar sanciones aisladas o alternativas a las personas jurídicas (art. 22).

c) Al no hacerse referencia a criterios determinados para la imposición de sanciones a las personas jurídicas se presume que rigen frente a éstas los principios generales de imputación jurídico-penal. Incluso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 79, se podrían aplicar a las personas jurídicas las reglas generales del Código Penal pensadas tradicionalmente para las personas físicas.

2. En mi opinión, esta pragmática decisión político-criminal del legislador brasileño plantea serios problemas y, por ello, desde una perspectiva externa debo mostrarme crítico – posición crítica que he podido apreciar que es ampliamente compartida en Brasil.

Los intentos de reformular el principio de culpabilidad con respecto a las personas jurídicas no han sido capaces de superar la falta de equivalencia material con la culpabilidad tradicional de las personas físicas ni las objeciones de que se retorna a una mera responsabilidad objetiva incompatible con el papel tradicional del principio de culpabilidad o de que la persona

jurídica no responde por su hecho sino por un hecho ajeno.²⁶ Intentos como el

(26) Un buen ejemplo de lo afirmado en el texto se puede encontrar en los fundamentos jurídicos de la STC 246/1991, de 19 de diciembre. Esta sentencia afirma que “este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/91). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de “correcto” el principio de la responsabilidad personal por hechos propios – principio de personalidad de la pena o sanción – (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo impida la responsabilidad directa de las personas jurídicas reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción de la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sometida al cumplimiento de dicha norma. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que la

(24) Tampoco creo que el art. 225 § 3 obligue a dicha interpretación. La referencia a sanciones penales puede ser tenida en cuenta no sólo con respecto a penas sino también con respecto a medidas de seguridad.

(25) En sentido contrario, Duck, (nota 19), p. 6, que considera que la responsabilidad de la persona jurídica no puede tener naturaleza penal, sino solamente civil o administrativa.

de Tiedemann²⁷ desarrollado por su discípulo Brender²⁸ con la formulación de

“la responsabilidad por organización o por defecto de organización” o el de

Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia de la demandante de amparo. En este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad de ‘estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad’. Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (...) ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional”.

Esta sentencia del T. C. presenta serios inconvenientes:

a) A pesar de que se admite que es inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa la capacidad infractora de las personas jurídicas se basa en la mera concurrencia de los elementos objetivos del tipo en beneficio de una eficaz protección del bien jurídico. Se trata de una mera defraudación objetiva (fáctica) de expectativas. Se confunde la infracción objetiva de la norma con las reglas generales para imputar ese hecho a una persona, confundiendo la culpabilidad por la infracción con la propia infracción.

b) Se afirma que el elemento subjetivo de la culpa se aplica de forma distinta a las personas jurídicas que a las personas físicas, pero no se explica cómo. Ello es debido a que en realidad no se aplica dicho elemento subjetivo.

c) Aunque se entienda que las personas jurídicas son ficciones jurídicas, en Derecho penal no es posible que la responsabilidad se base en ficciones. El mantenimiento de teorías de la ficción o de teorías organicistas no tiene nada que ver con los presupuestos de la responsabilidad penal que deben concurrir realmente para poder imponer una sanción.

d) De la sentencia se deriva que cualquier negligencia de un empleado acarrea responsabilidad sancionatoria para las personas jurídicas. Por tanto ésta carece de límites. Vid. infra 5. 3.

e) Se afirma que se “traslada el juicio de reprochabilidad”. Es decir, se está asumiendo que se le impone a una persona (jurídica) una sanción que tiene su fundamento en el reproche hecho a otra persona (física). ¿Cabe mayor infracción del principio de culpabilidad por los hechos propios?

(27) Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán), Barcelona, 1993, p. 233 *et seq.*; el mismo, NJW 88, p. 1.171 *et seq.*; el mismo, Responsabilidad penal de personas jurídicas y otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado, La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann (coord. por Gomez Colomer y Gonzalez Cussac), Castellón de la Plana, 1997, p. 39.

Tiedemann ha vinculado la responsabilidad por organización con un modelo de responsabilidad anticipada de acuerdo con el cual se deben entender como delitos de la asociación aquellos que se ven favorecidos o facilitados por la omisión de adopción de medidas de precaución necesarias para garantizar negocios ordinarios o no delictivos. De esta manera los hechos individuales deben entenderse como delitos de la persona jurídica en virtud de ese “defecto de organización” que consiste en la omisión previa de los preparativos necesarios para evitar los hechos individuales que en realidad lesionan o que atentan directamente contra el bien jurídico. El “injusto” de la persona jurídica consiste en la inexistencia de medidas de control, organización o vigilancia.

De acuerdo en la literatura española, Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 236 *et seq.*

En sentido crítico: Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 156; Gracia Martín, AP 93-2, p. 602; Heine, ÖJZ 96, p. 216, aunque llegando a las mismas conclusiones que Tiedemann con su concepto de la “culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial” como fundamento de la culpabilidad de las agrupaciones; Lampe, ZStW 106, p. 729; Perez Manzano, AP 95 n. 2, p. 22 *et seq.*; Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 586 *et seq.*; el mismo, LK, 14/78.

(28) Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Friburgo y Ber-

Hirsch²⁹ que considera que las personas jurídicas deben ser tratadas como las per-

sonas físicas no han tenido aceptación por parte de la doctrina dominante.³⁰ Se trata

lín, 1989, p. 105 *et seq.*, y *passim*. Este autor insiste en las ideas ya formuladas por Tiedemann sin añadir nuevos puntos de vista aunque utilice el término "responsabilidad principal" para desarrollar su propia visión de la "responsabilidad por organización". Según este autor el reproche a la persona jurídica reside en que su organización no se corresponde con las exigencias del Derecho. La persona jurídica tiene que reponder por la falta de una organización legalmente correcta de la corporación por parte de sus órganos de dirección.

- (29) Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Opladen, 1993, p. 27 *et seq.*, y *passim* (existe una traducción de Patricia S. Ziffer en ADP 93, p. 1.099 *et seq.*); el mismo, ZStW 107 (1995), p. 285 *et seq.*; el mismo, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?, Neue Strafrechtentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich (edits. Kühne/Miyazawa), Colonia y otras, 1995, p. 25 *et seq.*

Es curioso que un finalista bastante ortodoxo como Hirsch llegue a una conclusión incompatible con la estructura prejurídica de la acción humana. Más consecuente con la "doctrina final de la acción", Gracia Martín, AP 93-2, p. 586 *et seq.*, con amplias referencias. Este autor niega capacidad de acción a las personas jurídicas en el sentido del Derecho penal. Las consecuencias de esta negación son las siguientes para este autor: "el criterio de imputación del hecho objetivo a la persona jurídica no puede tener carácter jurídico-penal sino que tendrá otra naturaleza, pues aquél no puede ser imputado a ninguna acción de la propia persona jurídica. El criterio de imputación y, por ello, el punto de vista valorativo determinante de la imputación del hecho objetivo de la persona jurídica, podrá ser diverso: riesgo objetivo, criterio del beneficio, enriquecimiento sin causa, reafirmación del derecho de los terceros de buena fe, afirmación de la validez de la apariencia jurídica, etc., pero estos criterios no tienen naturaleza jurídico-penal. De ahí tiene que resultar que la consecuencia jurídica aplicable a la persona jurídica no puede ser tampoco una sanción en sentido estricto, es decir, una reacción jurídica frente a las trasgresión de una norma de conducta y reafirmativa de la norma

de determinación. Ello no supone en modo alguno negar a tales consecuencias jurídicas toda finalidad protectora de los bienes jurídicos, pues sin duda se orientan también, como las sanciones, a la protección del ordenamiento jurídico. Aquí se niega únicamente su carácter de sanción en el sentido más estricto". La consecuencia de esta argumentación es que Gracia no sólo niega la posibilidad de imponerle penas a las personas jurídicas sino también sanciones administrativas. Esta posición es desarrollada posteriormente en p. 602 *et seq.* En el mismo sentido se manifiesta posteriormente en las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, Valencia, 1996, p. 456 *et seq.*, con amplias referencias.

- (30) En la misma línea de Hirsch vid. también Schroth, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht, Giessen, 1993, *passim* (en especial p. 173 *et seq.*). La idea de Schroth de que a las personas jurídicas se les pueden imponer penas en la medida que el legislador así lo recoja ha sido duramente criticada: Lampe, ZStW 106, p. 730; Otto, (nota 4), p. 19 *et seq.*; Pérez Manzano, AP 95 n. 2, p. 19; Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 586, nota 55. Ya en wistra 86, p. 164 se refería Schroth a una autoría de la persona jurídica relacionada con una acción y una culpabilidad propia de la persona jurídica y en la misma línea se había manifestado el discípulo de Tiedemann Deruyck, ZStW 103 (1991), p. 725 *et seq.*

Existen otros autores alemanes, además de los ya citados, que mantienen posiciones similares considerando que se puede punir legítimamente a las personas jurídicas: Ackermann, Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, Frankfurt y otras, 1984, en un sentido similar a Brender y Tiedemann; Alwart, ZStW 105, p. 752 *et seq.*; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10. ed. Bielefeld, 1995, 13/15 *et seq.*, 18/27; Busch, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Leipzig, 1933; Ehrhardt, (nota 4) en

sólo de soluciones pragmáticas influenciadas por razones de eficacia en la lucha contra cierto tipo de criminalidad que obvian los requisitos tradicionales del principio de culpabilidad más que encontrar una solución. Se puede desarrollar un concepto normativo y social o funcional de culpabilidad orientado a categorías sociales y jurídicas como expondré más abajo.³¹ El problema es que esta concepción no ha tenido un desarrollo satisfactorio en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por otro lado, tesis como las de Tiedemann y Brender están pensadas para legitimar o fundamentar materialmente ciertas infracciones administrativas ya contempladas en el Derecho alemán y no para crear un sistema de imputación jurídico-penal.³² Se deja sin resolver el específico

una línea similar a la de Tiedemann aunque utilice otra terminología y señale ciertas falta de coincidencia (p. 195, nota 114 y p. 197, nota 122) que no parecen decisivas – esta autora también fundamenta la culpabilidad de la empresa en no haber combatido de forma adecuada los factores criminógenos que hacen delinquir a las personas físicas –; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed. Berlín y Nueva York, 1991, 6/43 *et seq.* (existe una traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzalez de Murillo, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995); Lampe, *ZStW* 106, p. 731 *et seq.*, en una línea no muy alejada del pensamiento de Tiedemann; Müller, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Colonia, 1985, en un sentido similar a Brender y Tiedemann; Rotberg, *Für Strafe gegen Verbände!*, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Tomo II, Karlsruhe, 1960, p. 193 *et seq.*; v. Weber, *GA* 54, p. 237 *et seq.*

⁽³¹⁾ Jakobs, (nota 30), 6/43 *et seq.*, en consonancia con 17/18 *et seq.*

⁽³²⁾ Evidente en Brender, (nota 28), p. 112 *et seq.* Esta cuestión tiene importantes consecuencias. Por ejemplo, Tiedemann, *NJW* 88, p. 1.173, niega que se pueda dejar de imponer la sanción en casos de organización correcta, ésta

problema jurídico-penal: la reconstrucción de la teoría jurídica del delito o del principio de culpabilidad.

La utilización de instituciones o figuras tradicionales como la comisión por omisión o la *actio libera in causa*³³ plantea problemas, ya que siempre hace falta una decisión voluntaria o libre (se entienda esa libertad o voluntad en sentido antropológico, psicológico, filosófico, metafísico, social, funcional o de otra manera). Por ejemplo, la persona jurídica carece de capacidad para evitar los injustos de sus representantes y la figura de la *actio libera in causa* sólo traslada el momento de la culpabilidad pero no aminora los requisitos de la misma. Además, para que haya una

carece de efectos disculpantes. La “responsabilidad por organización” desarrollada por este autor opera *iuris et de iure* en contra de la persona jurídica. Críticos con esta posición de Tiedemann: Achenbach, *Sanciones* con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, p. 405; Bauer, *wistra* 92, p. 49 *et seq.*; Militello, *La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia*, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, p. 418. Brender, (nota 28), p. 116 *et seq.*, pretende con su visión de la “responsabilidad por organización” matizar en cierta medida esta posición de Tiedemann pero materialmente su posición conduce a idénticas consecuencias. Todo esto demuestra que poco tiene que ver la idea de Tiedemann desarrollada por Brender con los requisitos de la culpabilidad. Si la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad o la exigibilidad, el poder actuar de otro modo, la motivabilidad normal o la falta de respeto o fidelidad a la norma son requisitos necesarios o fundamentos de la culpabilidad, la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuridicidad, la inexigibilidad, la imposibilidad de actuar de otro modo, la motivabilidad anormal o el respeto o la fidelidad al Derecho tienen efectos exculpatórios o, al menos, atenuatorios. Todo fundamento de la culpabilidad opera también como límite.

⁽³³⁾ En profundidad sobre esta cuestión, Bauer, *wistra* 92, p. 49 *et seq.*

actio libera la doctrina exige al menos previsibilidad. Como ha señalado Schünemann,³⁴ en la *actio libera in causa* y en el acto de embriagarse “se toma como punto de conexión en cada caso la propia culpa del autor, pero no la de un tercero” y como ha señalado un amplio sector doctrinal³⁵ la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica es absoluta y no se trata de un problema temporal o de coincidencia entre la infracción de la norma y el reproche por dicha infracción. Es cierto que es posible fundamentar una posición de garantía de las personas jurídicas, pero esa es una cuestión relativa al tipo objetivo de la comisión por omisión. Hacen falta más elementos, sobre todo subjetivos como la capacidad de evitación, para imponer una pena al autor, al igual que una persona física no responde penalmente sólo por ser padre de un menor de edad o por ser médico. Por otro lado, las equiparaciones con la autoría mediata dejan al descubierto el problema de fondo: la persona jurídica es el instrumento en manos del “hombre de atrás” (la persona física que toma las decisiones que luego ejecutan otros).³⁶ Imaginarse a una persona jurídica instrumentalizando a sus órganos de decisión no es más que un dislate. Es cierto que en las empresas la estructura jerárquica facilita la autoría mediata, pero siempre entre personas físicas que se encuentran en diversos niveles de conocimiento y decisión. Sin embargo, esta cuestión ya no tiene que ver con la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino con la tradicional responsabilidad penal de las personas físicas.

3. De acuerdo con todas estas consideraciones estoy de acuerdo con mi compañera en la Universidad Autónoma de Madrid Bacigalupo Saggese³⁷ cuando concluye “que todo intento basado en la comparación entre el individuo y la persona jurídica para establecer similitudes se encuentra condenado desde el comienzo al fracaso. No sólo porque el individuo y la persona jurídica presentan dificultades insuperables, sino fundamentalmente, porque todas las categorías del delito están elaboradas a partir del individuo y de sus capacidades personales”. La única solución para evitar un inadecuado trato igualitario de estados de cosas esencialmente desiguales³⁸ parece ser una construcción alternativa de la culpabilidad penal.³⁹ Pero esa propuesta todavía no existe como ya he señalado. No se trata de negar la posibilidad de su existencia o su imposibilidad ontológica, sino simplemente de constatar que, por ahora, no hay alternativa.⁴⁰ Por ello debemos buscar solución a ciertos problemas político-criminales con el instrumental clásico del Derecho penal.

Las críticas manifestadas hasta ahora pueden ser obviadas si se constituyen subsistemas jurídicos en los que de forma clara sólo la persona jurídica es sujeto de imputación y responsabilidad. Por ejemplo, en el marco del Derecho de la competencia en la Unión Europea sólo se imponen sanciones a las personas jurídicas y no a las personas físicas. Los problemas dogmáticos y de legitimidad surgen cuando se quiere hacer responder de la misma ejecución y de la misma decisión contraria a la norma a dos personas distintas. No se trata de una ejecución conjunta o de una decisión conjunta como en la coautoría, por ejemplo, sino del mismo hecho y de la misma decisión. Más allá de subsistemas sociales muy determinados no parece que se quiera hacer competente de los delitos a las personas jurídicas en lugar de a las personas físicas que actúan en nombre de aquéllas o que las utilizan.

⁽³⁴⁾ (Punibilidad, nota 4), p. 588.

⁽³⁵⁾ Vid. por todos, Bacigalupo, (nota 18), p. 156; Gracia Martín, AP 93-2, p. 602; Pérez Manzano, AP 95 n. 2, p. 23.

⁽³⁶⁾ Hirsch, (Straffähigkeit, nota 9), p. 10 y ZStW 107, p. 288, también reconoce que no se pueden realizar equiparaciones con la autoría mediata y la coautoría. La equiparación con la coautoría para solventar las cuestiones relativas a la capacidad de acción ha sido realizada, entre otros, por Brender, (nota 28), p. 58, Ehrhardt, (nota 4), p. 184 y Tiedemann, NJW 88, p. 1.172.

⁽³⁷⁾ (Nota 18), p. 201.

⁽³⁸⁾ Achenbach, (nota 32), p. 403.

⁽³⁹⁾ Heine, (nota 4), p. 271 *et seq.*, y ÖJZ 96, p. 217; Volk, JZ 93, p. 435. Vid. las críticas a la posición de Heine que se formulan infra nota 61.

⁽⁴⁰⁾ Achenbach, (nota 32), p. 407.

4. Esta conclusión no sólo obliga a adoptar una determinada línea político-criminal cautelosa con respecto a las consecuencias jurídicas que los órganos jurisdiccionales penales pueden imponer a las personas jurídicas sino que plantea serios problemas desde el punto de vista del Derecho positivo brasileño, que es lo que en estos momentos a ustedes más les interesa. La Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais establece criterios de imputación y reglas de determinación de la pena pensados para las personas físicas. Por ejemplo, en el art. 6 I se tienen en cuenta los motivos de la infracción para imponer y graduar la pena. O se sigue manteniendo la tradicional distinción entre dolo y culpa que – se mantenga una teoría volitiva o una teoría cognitiva o de la representación – se basa en criterios psicológicos aunque éstos sean objeto de valoración por parte del juez. Por ello es preciso hacerse preguntas como la siguiente: ¿Cómo se determina si la infracción es dolosa o culposa en los casos de órganos colegiados (art. 3)? ¿Si la mayoría ha votado con dolo o culpa? ¿Si algún miembro del órgano no ha tomado la decisión dolosamente ya no es posible imputar el hecho a título de dolo?

5. Este mantenimiento de elementos subjetivos que hacen depender la imputación a las personas jurídicas del contenido psicológico de los representantes de las mismas no sólo plantea serios problemas dogmáticos⁴¹ sino que no soluciona ningún

problema político-criminal de los que se intentan resolver con la creación del nuevo principio *societas delinquere potest* y que quedaron expuestos al principio del trabajo. Sigue siendo necesario individualizar al representante o a los miembros de los órganos colegiados para poder imputarle una pena a la persona jurídica, ya que los criterios de imposición y graduación de la pena siguen dependiendo de factores psíquicos o antropológicos. Incluso si se quiere acudir a una responsabilidad indirecta *in eligendo* o *in vigilando* para imputar el hecho es preciso individualizar a la persona física y determinar porqué en ese caso concreto se infringieron deberes de elección o de vigilancia frente a esa persona. En Derecho penal es ilegítimo constituir una ilimitada culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

A mayores, se corre el peligro de crear nuevos problemas político-criminales además de dejar sin resolver los ya existentes. Como ha señalado el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid Bajo Fernandez,⁴² “la tendencia a la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del ‘levantamiento del velo’ de las personas jurídicas que trata de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo”. La obsesión por penar a las personas jurídicas y la posibilidad de solventar con estas sanciones ciertos conflictos sociales pueden hacer olvidar a los jueces cuál es el principal responsable de la infracción de las normas y cuál es el “centro de decisión” (y, por tanto, de imputación): la persona

– la mayor o menor exigibilidad a la persona jurídica del respeto al Derecho.

– los motivos que llevaron a la persona jurídica a tomar decisión ilícita.”

¿Cómo es posible llevar a cabo todo este análisis con respecto a una persona jurídica?

(42) (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5.102 y (Responsabilidad penal, nota 19), p. 117.

(41) Llama la atención que Zugaldía Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 238 *et seq.*, considere que “por exigencias del principio de culpabilidad (a nivel de criterios de individualización de la pena) el juez o tribunal deberá tener en cuenta la culpabilidad de la persona jurídica valorando:

– la gravedad del delito en el que traen su causa.

– si la persona jurídica ha actuado con dolo o con imprudencia.

– en caso de que haya actuado imprudentemente, la gravedad de la imprudencia.

física.⁴³ Como ha señalado Silva Sanchez⁴⁴ en la literatura española, “las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales – las que realmente controlan – la que rige los destinos de la sociedad y, eventualmente, da lugar a la comisión de delitos. A estas personas individuales – y no al caparazón que las protege – es a quienes prioritariamente debe dirigirse la intervención jurídico-penal”. No deja de ser curioso que las doctrinas civilista y mercantilista con el apoyo de la Jurisprudencia pretendan superar la radical diferenciación formal entre responsabilidad civil de la persona física y responsabilidad civil de las personas jurídicas por razones materiales mediante teorías como la de “rasgar el velo” y que ciertos penalistas inicien ahora una trayectoria contraria en relación a la responsabilidad penal. La realidad jurídica (aplicación judicial del Derecho) y la realidad social se mueven en estos momentos en un sentido contrario al de la consideración de la persona jurídica como un ente con responsabilidad independiente de la persona física.

El legislador brasileño ha puesto en serio peligro principios político-criminales básicos al considerar que las personas jurídi-

cas pueden delinquir, pero no tiene más remedio que seguir utilizando los criterios y fundamentos de legitimación del Derecho penal clásico pensado exclusivamente para la persona física. Con ello se han generado multitud de problemas que no se ven justificados por razones de eficacia o pragmatismo. En el marco del Derecho penal tradicional se pueden resolver los mismos problemas sin dejar de pisar terreno seguro o, al menos, conocido. Imponer consecuencias jurídicas más eficaces no implica necesariamente modificar el principio *societas delinquere non potest* entendido este principio en sentido estricto o modificar las teorías de la acción y de la culpabilidad.⁴⁵ El delito debe seguir siendo una acción culpable (reproachable) que precisa ser respondida con una pena. Por esta razón entiendo que las consecuencias jurídicas para personas jurídicas no deben ser penas en sentido estricto, como no lo son en el C. P. español, aunque puedan o deban ser aplicadas por el mismo órgano jurisdiccional. El Derecho penal puede intervenir contra los peligros para bienes jurídicos especialmente valiosos que se generan desde entidades colectivas sin necesidad de utilizar la pena como instrumento de retribución.⁴⁶

Es evidente que las conclusiones de cada autor están estrechamente vinculadas a su concepción de la culpabilidad y de la función del Derecho penal. Las modernas teorías social y funcional de la culpabilidad abren posibilidades que estaban completamente vedadas en el marco de la tradicional concepción normativa de la culpabilidad tal y como fue desarrollada por el finalismo.⁴⁷ No es ninguna

(43) En sentido contrario, Rodríguez Ramos, La Ley 1996-5, p. 1.494, considera que la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “permitirá evitar la actual condena simbólica de inocentes como instrumento necesario de una pronta y suficiente indemnización a las víctimas”. No parece que las deficiencias procesales a efectos de responsabilidad civil tengan que conducir necesariamente a una responsabilidad penal de las personas jurídicas que busque la satisfacción indemnizatoria de personas perjudicadas por una actividad empresarial. Es tan ilegítimo utilizar el Derecho penal para fines indemnizatorios o de reparación civil contra personas físicas como contra personas jurídicas.

(44) Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, p. 365.

(45) Bajo Fernandez, ADP 81, p. 376; Schünemann, (Punibilidad, nota 4), p. 588: “para legitimar sanciones especiales no se debería debilitar y vaciar el concepto de culpabilidad penal en general sino más bien buscar una legitimación especial para esta sanción especial”.

(46) Sobre la pena como instrumento de retribución, Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 59 *et seq.*

(47) Hirsch, (Straffähigkeit, nota 29), p. 16 *et seq.* Vuelvo a insistir aquí en la extrañeza que produce una posición tan “moderna” en un representante tan “clásico” de la doctrina final de la acción.

casualidad que muchos de los autores que tradicionalmente han defendido una responsabilidad penal de las personas jurídicas partan de la prevención especial o de la finalidad de defensa social basada en la peligrosidad como fundamento de la pena (v. Liszt en Alemania o Saldaña, Masaveu y Zugaldia en España).

En una obra anterior⁴⁸ he defendido un concepto normativo-valorativo de persona y un concepto normativo-valorativo de culpabilidad construido para satisfacer ciertas necesidades sociales. Partiendo de que en toda persona se presupone el respeto a las normas o, al menos, el deber de respetarlas, la culpabilidad es una falta de respeto al Derecho. Lo que se retribuye con la pena – el presupuesto de la pena – es haber puesto en entredicho las normas como reglas vinculantes de comportamiento y haber atentado así contra la confianza de la población en las mismas. Una persona es culpable cuando no se ha dejado motivar por las normas y dicha falta de respeto sólo es imputable a esa persona (no es debida, por ejemplo, a una enfermedad, a falta de madurez, a una situación de miedo o a una regulación o doctrina jurisprudencial que se modifica demasiado rápido). Los criterios o parámetros para imputar esa falta de respeto son una decisión político-criminal plasmada en la Parte General de cada ordenamiento punitivo nacional. El Derecho penal cuando impone una pena restablece la lesión que el autor ha producido al ordenamiento con su falta de respeto la norma. No se trata simplemente de una lesión fáctica o empírica, sino normativa o comunicativa (una lesión de valores). En pocas palabras, el Derecho penal cumple una función de prevención general positiva. Esta concepción que he mantenido de la culpabilidad y de la misión del Derecho penal me conduce a una renuncia de la pena como instrumento de retribución frente a las personas morales. La falta de respeto al Derecho sólo puede ser imputada, en mi opinión, a personas físicas. Quien dispone en exclusiva de la competencia o incumbencia para tomar decisiones en contra de las normas es la persona física. Las personas individuales son las únicas susceptibles de motivarse en su fuero interno de acuerdo con lo prescrito por el Derecho. La persona jurídica sólo es un instru-

mento en sus manos por la propia “naturaleza de las cosas”, por la entidad material de las personas jurídicas como patrimonio y por los principios organizativos de nuestra sociedad antropocéntrica. Evidentemente, otros autores llegan a la misma conclusión desde otros puntos de vista y hay autores que compartiendo la misma visión de la función del Derecho penal llegan a conclusiones contrarias a las aquí mantenidas.

6. En la doctrina española Bacigalupo Saggese⁴⁹ – desde el punto de vista de la prevención general positiva – y Zugaldia Espinar –⁵⁰ desde la perspectiva de la prevención especial – han intentado demostrar que la única forma de cumplir con las garantías constitucionales que rigen con respecto al Derecho sancionador es considerar que las denominadas consecuencias accesorias recientemente introducidas en el Derecho penal español (art. 129 C. P.) no son sino penas en el sentido estricto del término. Si estos autores tuvieran razón se podría renunciar a toda la argumentación anterior. Pero no creo que ello tenga que ser así. Desde luego esta no es una objeción asumible desde el punto de vista procesal, pero es preciso analizar si lo sería desde un punto de vista material.

La aplicación de medidas de seguridad por parte de órganos jurisdiccionales penales no sólo supone una mayor garantía para las personas susceptibles de sufrir una consecuencia jurídica, sino también supone una garantía para la sociedad por la situación de independencia de los jueces y magistrados. La administración se puede ver presionada por poderosos grupos económicos o tener una comunidad de intereses con ciertas personas jurídicas peligrosas para los bienes jurídicos de los ciudadanos. El recurso al procedimiento penal permite soluciones más garantistas e independien-

En España los partidarios más ortodoxos de la “doctrina final de la acción” como Cerezo Mir y su discípulo Gracia Martín mantienen, coherentemente, la posición contraria. Vid. notas 29 y 64.

⁽⁴⁸⁾ Feijóo Sánchez, (nota 22), p. 44 *et seq.*

⁽⁴⁹⁾ (Nota 18), p. 268 *et seq.*

⁽⁵⁰⁾ (Capacidad de acción, nota 15), p. 81 *et seq.*, Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después), Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 723 *et seq.*, (Medio ambiente, nota 15), p. 226 *et seq.*

tes que la imposición de sanciones administrativas.⁽⁵¹⁾ En un trabajo anterior⁽⁵²⁾ ya señalé como las medidas de seguridad *strictu sensu* no son más que medidas de índole preventivo-policial aplicadas por un órgano jurisdiccional penal como garantía por la propensión que puede tener el Estado a manipular la función de las medidas y la facilidad de dicha manipulación en los supuestos de una consecuencia jurídica que no retribuye un hecho anterior, sino que únicamente tiene como objetivo prevenir futuros peligros para bienes jurídicos.

En mi opinión, el argumento crítico más interesante de estos autores es el siguiente: considerar que el fundamento de las consecuencias jurídicas para entidades colectivas reside sólo en privar a la persona física del instrumento del delito tiene como consecuencia que se considere a la persona jurídica un “objeto” (al igual que la pistola con la que se comete un homicidio). Ello tiene para estos autores una consecuencia inadmisibles: las sanciones en ningún caso deben afectar a terceros y la persona jurídica es un tercero que tiene su propia personalidad y culpabilidad. Sin embargo, la referencia a la culpabilidad es una petición de principio que, como ya hemos visto, no está aceptada por la doctrina mayoritaria y es, precisamente, lo que tienen que demostrar estos autores con su argumentación. Y las medidas de seguridad en muchas ocasiones pueden afectar a “personas inocentes” sin que por ello se vean afectados en su contenido esencial su dignidad y su estatus de ciudadano. Por ejemplo, si en una localidad se detecta una epidemia que amenaza con extenderse a todo el país (entre personas o sólo entre animales) el Estado está legitimado para adoptar medidas de seguridad o medidas policiales limitadoras de la libertad encaminadas a evitar que las personas o sus cosas sean peligrosas para terceros. Los afectados por las medidas ven limitados sus derechos por su “peligrosidad” y no por su culpabilidad (por ser sus

cuerpos cosas peligrosas para terceros). En estos casos no dejan de ser tratados como personas sino que las garantías que limitan una excesiva intervención estatal están relacionadas con los principios de proporcionalidad, de necesidad o de prohibición de exceso.⁽⁵³⁾ Estos principios no son, de partida, menos garantistas que el principio de culpabilidad, sino que operan frente a restricciones de derechos que tienen un fundamento distinto que la culpabilidad penal. Por tanto, considero que no es obligatorio llegar a la conclusión de que las penas en sentido estricto implican mayores garantías que otras “sanciones penales”. Es más, las personas jurídicas carentes de peligrosidad no se verán afectadas por una resolución judicial si el aplicador del Derecho tiene sólo en cuenta la necesidad de prevenir futuros peligros para bienes jurídicos y no la necesidad de retribuir una infracción de la norma de conducta.

3. La persona jurídica como sujeto u objeto peligroso

1. En la moderna Ciencia del Derecho Penal se encuentra bastante extendida la idea de que las consecuencias jurídico-penales⁽⁵⁴⁾ para las personas jurídicas deben entenderse como medidas de seguridad o como consecuencias de naturaleza similar. Unas veces se manifiesta esta opinión de forma expresa⁽⁵⁵⁾ y otras veces

(51) Heine, ÖJZ 96, p. 216.

(52) Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 31, con más referencias.

(53) Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 31, con más referencias.

(54) Se deja aquí de lado, evidentemente, la cuestión de las sanciones administrativas.

(55) En este sentido, vid. por todos, Anton Oneca, Derecho penal, tomo I, parte general, Madrid, 1949, p. 154 *et seq.*; Bajo Fernandez, ADP 81, p. 375; Mir Puig, Derecho penal, parte general, 4. ed. Barcelona, 1996, 7/59, señalando como le parece que la generalización y perfeccionamiento de las medidas preventivas, siguiendo la opinión española dominante, es “el camino adecuado para neutralizar la especial peligrosidad de la delincuencia enmascarada tras una persona jurídica”; Muñoz

se encuentra de forma implícita en la opinión de algunos autores.

Un ejemplo con respecto a esta cuestión sería la legitimación de las sanciones a las personas jurídicas que desde el año 1979 viene realizando Schünemann⁵⁶ basada en un estado de necesidad de prevención y en un estado de necesidad del bien jurídico debido a la actitud criminal de la organización o agrupación que recuerda al funda-

Conde/García Aran, Derecho penal, parte general, 2. ed. Valencia, 1996, p. 237, consideran que se trata de "medidas civiles o administrativas"; Otto, (nota 4), p. 28 *et seq.*; Octavio de Toledo y Ubieto, ADP 84, p. 32 *et seq.*; Rodríguez Mourullo, Derecho penal, parte general, Madrid, 1978, p. 230 *et seq.*; Silva Sanchez, (nota 44), p. 367, con más referencias en p. 361: "las sanciones a las empresas que propone mayoritariamente la doctrina española son expresión de una pretensión inocuidadora"; Stratenwerth, (nota 4), p. 302 *et seq.*, considerando que las medidas para personas jurídicas no sólo cumplen la tradicional función de prevención especial sino también una función de prevención general.

En sentido contrario, aunque desde perspectivas diferentes, Pérez Manzano, AP 95 n. 2, p. 27; Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 227 *et seq.*; Militello, (nota 32), p. 416 resume las objeciones que se han formulado en Italia a esta posición.

⁽⁵⁶⁾ (Unternehmenskriminalität, nota 4), p. 235 *et seq.*; wistra 82, p. 49 *et seq.*; ADP 88, p. 551 *et seq.*; (Punibilidad, nota 4), p. 588 *et seq.*; LK, 14/78.

De acuerdo con este autor en la literatura española Bajo Fernandez, (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5101 y (Responsabilidad penal, nota 19), p. 115.

La opinión de Schünemann ha sufrido variaciones a lo largo de todos estos años. Por ejemplo, en la actualidad ya no considera que sólo se deban imponer sanciones a las personas jurídicas cuando no se conoce al autor individual. Los detalles de esta evolución no pueden ser expuestos en un trabajo de estas características. En el texto simplemente se hace referencia a los elementos esenciales de su pensamiento que ha tenido gran influencia en la moderna discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

mento de las medidas de seguridad. Este autor señala como "este estado de necesidad preventivo puede legitimar una sanción independiente de la culpabilidad similar a las viejas conocidas medidas de seguridad y corrección penales".⁵⁷ Si se sustituye el reproche ético-social (en un sentido tradicional) o la reacción a la falta de respeto o de fidelidad a la norma (en sentido funcional) por el exclusivo interés social en prevenir peligros para bienes jurídicos o actitudes peligrosas para bienes jurídicos abandonamos el Derecho penal de culpabilidad y nos pasamos al Derecho de medidas. Este autor señala como "una medida penal de necesidad de este tipo no tiene nada que ver con la imputación de la culpa, no puede ésta apoyarse en la ficción de una 'cuasi-culpabilidad', sino solamente en consideraciones similares al estado de necesidad".⁵⁸ Según este autor alemán en el ámbito de la criminalidad de empresa el estado de necesidad del bien jurídico surge de la debilidad de la eficacia preventiva del Derecho penal en este ámbito.⁵⁹ Se trataría de una situación en la que pese a no existir culpabilidad es preciso adoptar alguna medida para proteger bienes jurídicos. Esta idea de Schünemann pretende prevenir la peligrosidad que supone la "irresponsabilidad organizada" o la carencia de una adecuada organización empresarial. De acuerdo con esta idea el hecho que determina la imposición de la consecuencia jurídica a la persona jurídica no sería el hecho individual de la persona física sino la expresión de la actitud de la entidad. Esta actitud criminal es la que se pretende combatir con la imposición de ciertas consecuencias jurídicas a las personas morales.⁶⁰ Este autor establece,

⁽⁵⁷⁾ (Punibilidad, nota 4), p. 589.

⁽⁵⁸⁾ Wistra 82, p. 50 y ADP 88, p. 553. En sentido contrario, Brender, (nota 28), p. 95 *et seq.*; Ehrhardt, (nota 4), p. 85.

⁽⁵⁹⁾ Wistra 82, p. 50, (Unternehmenskriminalität, nota 4), p. 232 *et seq.* y ADP 88, p. 551 *et seq.*

⁽⁶⁰⁾ De acuerdo, Brender, (nota 28), p. 7 *et seq.*, con matices: "una corporación con una actitud criminal supone un peligro especial por-

además, principios limitadores estrechamente vinculados a las medidas de seguridad o que al menos suelen operar como límites de las mismas: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación a la protección de bienes jurídicos.

2. En este sentido se podría desarrollar un Derecho penal de las personas jurídicas⁶¹ al igual que se reconoce la existencia

que puede inducir a sus miembros a realizar hechos que no realizarían como individuos ajenos a la corporación"; Ehrhardt, (nota 4), p. 143 *et seq.*, en profundidad; Lampe, ZStW 106, p. 698, 708 *et seq.*, 728 *et seq.*, refiriéndose a la criminógena "filosofía de la empresa" como fundamento de la imputación.

⁽⁶¹⁾ Bajo Fernandez, (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5.093 *et seq.*; el mismo, (Responsabilidad penal, nota 19), p. 106 *et seq.*; Bitencourt, Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da constituição federal, Boletín IBCCrim n. 65 (1998), p. 7, en relación a la propuesta de Hassemer de crear un derecho de intervenciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; Perez Manzano, AP95 n. 2, p. 26; Volk, JZ 93, p. 429 *et seq.*

Sin embargo, es preciso señalar que estos autores tampoco han sentido las bases para el desarrollo de dicho Derecho penal de las personas jurídicas. Por ejemplo, Perez Manzano rechaza como presupuesto de la consecuencia jurídica tanto la culpabilidad como la peligrosidad. ¿Cómo se soluciona este callejón sin salida?

La última propuesta de Heine, ÖJZ 96, p. 217 en este ámbito de una "culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial" acarrea los mismos defectos de legitimación que la tradicional "culpabilidad por la conducción de la vida". Se trata de una vuelta al Derecho penal de autor en detrimento del Derecho penal del hecho imperante en la actualidad. Por tanto, el Derecho penal sólo debe intervenir en estos casos cuando la organización defectuosa de la empresa (defectos de investigación, planificación, desarrollo, producción y organización) acarree peligros para bienes jurídicos en el futuro. No comparto, pues, la idea de este autor de que de esta manera se elude la utilización de la vía

de un Derecho penal de menores, de inimputables o de delincuentes profesionales o habituales peligrosos. El instrumental del Derecho penal tradicional puede posibilitar así una reacción político-criminal no sólo eficaz y adecuada sino respetuosa con las bases irrenunciabiles de la teoría jurídica del delito. Por ello, si se está de acuerdo en desechar una modificación del principio de culpabilidad, las alternativas utilitaristas deben buscarse en una institución a la que siempre acude el Derecho penal para solventar estas cuestiones: la medida de seguridad. La peligrosidad como presupuesto de una consecuencia jurídica es un criterio que permite las modificaciones suficientes para servir como criterio definitivo en el marco de un Derecho penal de las personas jurídicas. Es más sencillo adecuar el concepto de peligrosidad a este ámbito que el concepto de culpabilidad. El primero es mucho más flexible conceptualmente que el segundo. Esta posición tiene, además, una ventaja indudable frente a la reformulación del principio de culpabilidad. En la medida en la que se busca sobre todo prevenir hechos futuros se puede prescindir

de las medidas de seguridad y se constituye una auténtica culpabilidad de la empresa.

Lo mismo cabe decir de la revitalización de la "culpabilidad por el carácter" que intenta desarrollar Lampe, ZStW 106, p. 731 *et seq.*, en este ámbito. Vid. infra 3. 5 las referencias a la lucha político-criminal contra la "actitud criminal" de la empresa.

Como se puede apreciar de forma muy clara en Otto, por ejemplo, la idea de Tiedemann de una "responsabilidad por defecto de la organización" es perfectamente válida para un "Derecho penal de las personas jurídicas" que no tenga una finalidad retributiva sino simplemente de prevención especial encaminada a evitar futuros peligros para bienes jurídicos. Por tanto, muchas de las ideas expuestas por los partidarios de la imposición de penas a las personas jurídicas son útiles para desarrollar un Derecho penal de personas jurídicas con el que se puedan imponer medidas de seguridad o consecuencias de naturaleza similar.

del dolo o culpa de la persona física, de su conocimiento de la antijuridicidad o de sus motivos para infringir la norma penal presentes en el hecho anterior. Estos datos subjetivos, psicológicos o antropológicos no tienen que ser necesarios para decidir la imposición de una medida que pretende prevenir futuros peligros ni para determinar la duración o alcance de la misma. Es mucho más sencillo desarrollar criterios de imputación si pensamos en medidas de seguridad que buscan prevenir riesgos y, desde un punto de vista de la eficacia, no existen diferencias con las penas en sentido estricto. Como ha reconocido Tiedemann, la criminología moderna ha constatado casi con unanimidad "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".⁶² En este trabajo no pretendo negar la necesidad de la intervención del Derecho penal sino determinar cómo debe ser esa intervención para que cumpla determinados parámetros de legitimidad desarrollados por la dogmática jurídico-penal.

3. Esta concepción es compatible, en principio, tanto con la posición de los autores que mantienen que las personas jurídicas son sujetos de la acción como con la posición de los autores que sostienen que son objetos o instrumentos de la conducta de la persona física. En relación a esta última idea, un sector doctrinal prefiere mantener la posición de que existe una tercera modalidad de consecuencias accesorias para el autor del delito (persona física) que no se pueden inscribir en el clásico sistema dualista de penas y medidas. Se trataría de una imputación derivada de la responsabilidad de una persona física que no tendría nada que ver con la persona jurídica como sujeto activo del delito. El sujeto activo seguiría siendo la persona física y no la persona jurídica manteniéndose así el tradicional principio *societas delin-*

quere non potest.⁶³ La persona jurídica no delinque pero no es una realidad completamente ajena al Derecho penal. En este caso la reacción jurídica se basa en la "peligrosidad objetiva o instrumental" o "peligrosidad de la cosa".⁶⁴ Por la forma de organización específica que caracteriza a una determinada persona jurídica, ésta se pue-

(63) En sentido contrario, Bacigalupo, (nota 18), *passim*, que pretende ampliar el círculo de sujetos activos destinatarios de las normas penales. Esta autora tiene razón al señalar en su monografía que este principio gira alrededor de la determinación del círculo de sujetos activos del delito y destinatarios de las normas penales.

(64) Por ejemplo, Gracia Martín coherentemente con sus planteamientos sobre la imputación jurídico-penal (vid. *supra* nota 29), considera que las personas jurídicas no pueden ser sujetos del juicio de peligrosidad criminal ya que no son capaces de acción y, por consiguiente, no pueden realizar acciones típicas y antijurídicas. Sin embargo, considera (AP 93-2, p. 608) que aunque el principio legitimador de medidas para personas jurídicas no se debe encontrar en el hecho antijurídico, se debe encontrar "en el peligro de que éste se realice y concretamente, a partir de él, en la necesidad de protección de bienes jurídicos". Posteriormente insiste en esta idea en (nota 29), p. 457, señalando que "ante la imposibilidad de poder fundamentar la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas en la actualidad se recurre a un criterio, a mi juicio correcto, que permite, sin duda, fundamentar reacciones jurídicas frente a los entes colectivos. Se trata del concepto de 'peligrosidad objetiva o de la cosa'. No se trata aquí de la peligrosidad de una persona física determinada, sino de la peligrosidad de una persona jurídica, que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella, las cuales serían un síntoma de dicha peligrosidad. Por el modo concreto en que está organizada la propia persona jurídica, ésta se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas, y ahí radica esa peligrosidad – objetiva – de la persona jurídica". En esta posición de Gracia tiene gran influencia el pensamiento de Schönemann ya expuesto anteriormente.

(62) (Reforma, nota 27), p. 29.

de prestar a ser un instrumento para la realización de actividades delictivas. No se imponen las medidas por la prognosis delictiva de la persona jurídica sino por la probabilidad de que sea utilizada por personas físicas para cometer actividades delictivas o de que se convierta en un cauce idóneo para realizar actividades delictivas. Las personas jurídicas, sobre todo las que nos interesan aquí, las sociedades mercantiles contaminantes, no son en esencia más que un patrimonio (un patrimonio común distinto al de los socios o de las personas que realizan aportaciones). Y un patrimonio no realiza acciones antijurídicas y culpables. Un patrimonio sólo puede ser peligroso si es utilizado de forma inadecuada (al igual que un cuchillo o un arma de fuego).

Este sería, en realidad, el fundamento del art. 24 de la Lei 9.605 cuando establece que “a pessoa jurídica constituída ou utiliza-

En un sentido similar, insistiendo en el carácter administrativo de estas medidas, Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español, parte general II. Teoría jurídica del delito/ I, 5. ed. Madrid, 1997, p. 65 *et seq.*

Insisten también en que el fundamento de las consecuencias penales para personas jurídicas reside en la “peligrosidad de la cosa”: Jorge Barreiro, El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995, La reforma de la justicia penal: Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, (coord. por Gomez Colomery y Gonzalez Cussac), Castellón de la Plana, 1997, p. 126, con más referencias; Luzon Peña, Curso de Derecho penal, parte general I, Madrid, 1996, p. 292 *et seq.*; Mir Puig, Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal de H. H. Jescheck, parte general, volumen primero, Barcelona, 1981, p. 309 *et seq.*; el mismo, El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, Documentación Jurídica 1983. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, 37/40, volumen I, p. 190; el mismo, (nota 55), 7/60; Rodriguez Mourullo, (nota 55), p. 230 *et seq.*; el mismo, Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal, La reforma del Derecho penal, (edit. Mir Puig), Bellaterra, 1980, p. 178.

da, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada a sua liquidação forçada”. De acuerdo con el famoso Programa de Marburgo de v. Liszt⁶⁵ de 1882, parece que el legislador considera que como en estos casos no es posible la corrección ni la intimidación preceptúa la coacción o violencia directa e inmediata: la inocuización. En este caso se contempla una auténtica “pena de muerte de la persona jurídica” cuando los fines de la persona jurídica son delictivos. Esta medida tiene un amplio apoyo doctrinal en estos casos extremos por lo que se encuentra en consonancia con las exigencias más modernas de la doctrina que ha desarrollado la teoría jurídica del delito bajo la influencia de la doctrina alemana, aunque la doctrina civil también considere nula la constitución de una persona jurídica con fines antijurídicos.

4. En la doctrina se insiste mucho en el dato empírico o criminológico de que la agrupación crea un ambiente o un clima que facilita e incita a los autores físicos a cometer delitos en beneficio de la agrupación.⁶⁶ Los partidarios de la intervención del Derecho penal contra personas morales insisten en que las sanciones penales deben combatir este factor criminógeno. En mi opinión, las medidas más idóneas para combatir ese indudable factor criminógeno son las medidas de seguridad o las medidas policiales aplicadas por órganos jurisdiccionales penales. Si se llegara a demostrar que la pertenencia a la agrupación hace desaparecer la culpabilidad de la persona física la única solución sería prohibir la constitución de agrupaciones. Pero parece que esto no es así. Ya he manifestado más arriba que no me parece más que un dislate considerar que la persona física es un instrumento en manos de la persona jurídica (autoría mediata). Estos datos empíricos y

(65) Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Berlin, 1905 (reimpresión Berlín, 1970), p. 163 *et seq.*

(66) Vid. supra nota 61.

criminológicos no son más que datos que explican las motivaciones del autor – persona física – a la hora de llevar a cabo un hecho delictivo pero no tienen nada que ver con una supuesta culpabilidad de la entidad colectiva. Desde el punto de vista subjetivo el autor individual se amolda a la actitud o ética criminal de la agrupación con objetivos individuales. Por ejemplo, no perder el empleo o promocionarse dentro de la empresa. Pero la persona a la que hay que imputar la decisión contraria a la norma es a la persona física que dentro de la agrupación actúa de forma libre y responsable (entendiendo esa libertad y responsabilidad en sentido funcional y no ontológico, antropológico o metafísico). La lesión del Derecho no es imputable a ese ambiente o clima al igual que no son imputables los delitos sexuales a una determinada visión social de la mujer o de las relaciones sexuales. La ética del “respeto al Derecho” frente a la ética de “cualquier cosa en beneficio de la empresa o de la agrupación” o la “lealtad a la asociación” se estabiliza perfectamente con penas a las personas físicas sin necesidad de imponer penas a las personas jurídicas. Se trata de que el Derecho penal demuestre que en cualquier ámbito social el respeto a la norma (que pretende proteger bienes jurídicos) es la única máxima o pauta de conducta a seguir. Sin embargo, las investigaciones más recientes sobre esta modalidad de criminalidad colectiva o de empresa han puesto de manifiesto un dato criminológico que no debe ser obviado por el ordenamiento penal. En muchas ocasiones es preciso adoptar en las sentencias medidas de control o intervención (curatela) – medidas de seguridad y “corrección” – para evitar que en el marco de una empresa concreta se siga atentando contra bienes jurídicos básicos.

Con esta solución dogmática del problema no quedan resueltos, sin duda, todos los problemas prácticos. Estos sólo quedan planteados desde una perspectiva teórica. Queda pendiente el problema y de la aplicación de estas medidas y de su eficacia

contra la actitud u organización delictiva de la persona jurídica. Nuestros órganos judiciales no están preparados para esas tareas. La administración debería preparar a profesionales que pudieran asumir la ejecución o intervención de medidas de control y ejecución cuando el juez penal lo considere necesario. Este momento de la aplicación de la medida precisa una mayor atención doctrinal y legal. Hace falta un Derecho de ejecución de estas medidas de seguridad y “corrección”. El Derecho penal debe tener un instrumental adecuado para poder luchar contra las políticas y estructuras societarias que hacen que sus integrantes se vean motivados a delinquir.

5. Para finalizar me gustaría hacer hincapié en una cuestión relativa a la eficacia del Derecho penal frente a la criminalidad colectiva. Si una de las razones por las que un sector doctrinal considera que es más deseable desde un punto de vista político-criminal imponer penas que sanciones administrativas reside en la publicidad del proceso penal,⁶⁷ ello se resuelve con la imposición de medidas de seguridad o consecuencias jurídico-penales similares a las medidas de seguridad. Las empresas intentarán evitar por todos los medios aparecer en una resolución judicial como un “ente peligroso” para bienes jurídicos especialmente valiosos. Por otro lado, los ciudadanos comprueban de esta forma con todas las garantías cuáles son las agrupaciones que de forma más radical no cumplen con ciertas normas mínimas de seguridad, prevención o precaución. En estos casos especialmente graves de los que se tiene que ocupar el Derecho penal el procedimiento sancionador no queda exclusivamente como una “cuestión interna” relativa a las relaciones de la persona jurídica con la Administración y sus exigencias. En el procedimiento penal salen a la luz – con todas las garantías – los detalles sobre la organización defectuosa de la empresa.

⁽⁶⁷⁾ Vid. por todos, Ehrhardt, (nota 4), p. 173 *et seq.*, 204.

4. Conclusión provisional

Se puede señalar como conclusión hasta el momento que la imposición a las personas jurídicas de medidas preventivas distintas a las penas—entendidas en sentido estricto—, unidas a las penas para personas físicas (mediante una adecuada regulación de la “actuación en nombre de otro”) y a la responsabilidad civil componen un instrumental suficiente que desempaña un papel tan o, incluso, más eficaz en la lucha contra la criminalidad en el marco de entidades colectivas o agrupaciones que la opción de sistemas legislativos como el brasileño que prevén auténticas penas para personas morales. A cambio, se mantiene la indudable ventaja de no tener que distorsionar las reglas generales de imputación relativas a la acción y, sobre todo, a la culpabilidad penal. Esta opinión no es original en la doctrina española ni siquiera con la nueva regulación de las consecuencias accesorias para personas jurídicas en el nuevo art. 129 del Código Penal de 1995. En este punto les manifiesto una opinión personal que representa a la doctrina dominante en mi país.

5. Criterios de imputación

1. Existen una serie de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta por cualquier legislador en la medida en la que se contemple algún tipo de sanción para personas jurídicas o entidades distintas a las personas físicas (se entiendan las sanciones como auténticas penas, sanciones administrativas o medidas de seguridad). Si el legislador no establece ningún criterio éstos deben ser desarrollados necesariamente por la doctrina y la jurisprudencia. Por ello voy a realizar un análisis de los criterios formales y materiales necesarios para imputar una consecuencia jurídica a las personas jurídicas teniendo en cuenta de forma preferente la técnica utilizada por el legislador brasileño en la Lei 9.605/98. En la medida en la que el Derecho penal se ocupe de alguna manera de las personas jurídicas es

obligación de la doctrina no dejar sólo al legislador—lo cual puede acarrear grandes peligros—y desarrollar criterios útiles para este tipo de sanciones *sui generis*.

2. En primer lugar, para un mayor respeto del principio de legalidad, en concreto del principio de legalidad de las penas, se deberían determinar tipo por tipo los hechos que pueden acarrear responsabilidad penal a las personas jurídicas y las correspondientes consecuencias jurídicas en función de la gravedad de dichos hechos. Parece conveniente que con respecto a estas consecuencias accesorias exista un sistema de *numerus clausus* para que se respeten las mismas garantías formales que existen con respecto a las personas físicas. Si se contemplan auténticas penas para personas jurídicas se puede contemplar una cláusula general, al igual que la del art. 3, que establezca que los delitos pueden ser realizados tanto por personas físicas como por personas jurídicas. El problema es que así no se respeta el principio de legalidad de las penas. Si por la “naturaleza de las cosas” las penas son distintas en un supuesto que en el otro cada hecho típico debe contemplar su correspondiente sanción para la persona jurídica. En este caso la Lei 9.605/98 muestra una técnica legislativa deficiente.

La técnica legislativa con respecto a las medidas de seguridad puede ser, por el contrario, completamente diferente, al igual que sucede con las personas físicas. La medida no resulta una respuesta tan estereotipada o prefijada como la pena, ya que está orientada a la solución individual (de la entidad colectiva) y no retribuye un hecho anterior.⁽⁶⁸⁾ En este caso es suficiente una cláusula general que determine los criterios para determinar la duración de la medida. Un ejemplo en este sentido sería el nuevo art. 129 del Código Penal de 1995 aunque se trate en general de una regulación bastante deficiente.

(68) Feijóo Sanchez, (nota 22), p. 31 *et seq.*, con más referencias.

3. En segundo lugar, es preciso delimitar el círculo de autores cuyos hechos pueden permitir la imputación jurídico-penal a las personas jurídicas. Si se considera que sólo es relevante la actuación (acción u omisión) de aquellas personas que ostenten una representación válida es preciso determinar cuál es el círculo de representantes que pueden desencadenar consecuencias jurídico-penales para las personas jurídicas. Parece excesivo que cualquier actuación de cualquier trabajador pueda acarrear consecuencias penales para la empresa aunque esta concepción extensiva se encuentre vigente en la actualidad en los ordenamientos de Estados Unidos y de la Unión Europea.⁶⁹

En el art. 3 se reduce el círculo de personas que posibilitan la imposición de penas a las personas jurídicas a los representantes legales o contractuales o a los órganos colegiados de dirección de las personas jurídicas. Se trata de casos en los que la persona física actúa en nombre o en lugar de la persona jurídica. La ley de medio ambiente ha preferido utilizar criterios formales (al igual que otros países como Francia, Portugal o Alemania) a la hora de determinar el círculo de autores que posibilita la imputación en detrimento de criterios materiales, que dificultan las lagunas de punibilidad que necesariamente se dan con la utilización de criterios formales, pero que plantean mayores problemas de determinación.⁷⁰

⁽⁶⁹⁾ En el mismo sentido, Ehrhardt, (nota 4), p. 221 *et seq.*; Hirsch, (Straffähigkeit, nota 29), p. 23 *et seq.*; el mismo, ZStW 107, p. 308 *et seq.*; el mismo, (Neue Strafrechtsentwicklungen, nota 29), p. 26; Stratenwerth, (nota 4), p. 298, considera que una responsabilidad relacionada con cualquier empleado de la empresa conduce a una responsabilidad puramente casual; Tiedemann, (Reforma, nota 27), p. 43 *et seq.*; Volk, JZ 93, p. 433, de acuerdo con Stratenwerth.

⁽⁷⁰⁾ Sobre esta cuestión: Achenbach, JuS 90, p. 606; Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 370 *et seq.*; Deruyck, ZStW 103 (1991), p. 721 *et*

Tiedemann⁷¹ expone en pocas líneas los modelos que se pueden encontrar en un análisis de Derecho comparado: "A menudo, la responsabilidad de la empresa solamente se desencadena por actos u omisiones por 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 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". En la doctrina y en el marco del Derecho comparado se extiende cada vez más este último camino intermedio debido a la importancia que en una empresa o sociedad tienen los cargos intermedios o los encargados o jefes de una sección o unidad operativa concreta con enormes capacidades de decisión. En estos casos los órganos superiores muchas veces no toman las decisiones sino que sólo controlan y supervisan la actividad de los cargos intermedios que son los que realmente adoptan las decisiones relevantes y disponen de la información decisiva con respecto a la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Los órganos superiores de dirección sólo se ocupan de políticas muy generales de la empresa. Es preciso que la ley

seq., con amplias referencias; Ehrhardt, (nota 4), p. 35, con más referencias; Schünemann, (Unternehmenskriminalität, nota 4), p. 162 *et seq.*

⁽⁷¹⁾ (Reforma, nota 27), p. 44.

abarque la realidad organizativa de las empresas (división vertical y horizontal de funciones, delegación de facultades y sus correspondientes deberes, etc.).

Por último, también cabe destacar que sería conveniente que la ley aclarara si el hecho es imputable a la persona jurídica aunque la persona física no reúna todos los elementos que exige el tipo (por ejemplo, requisitos especiales de autoría).

4. En tercer lugar, es preciso determinar el hecho de conexión o el hecho que legitima la intervención del Derecho penal. No parece razonable que toda actuación de un representante o del órgano de dirección pueda conllevar responsabilidades penales para la persona jurídica. Se suele exigir por parte de la doctrina y de las legislaciones que la actuación delictiva se haya realizado en nombre e interés de la persona moral. La doctrina suele hacer referencia, además, a algún requisito complementario que sirva para determinar la existencia de una "relación funcional". Por ejemplo, que el hecho sea cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, en la esfera o seno de la persona jurídica, dentro de su marco estatutario o infringiendo los deberes que son propios de la persona jurídica. Lo que pretende la doctrina es que no se impute todo delito realizado "con ocasión" de una actividad de representación o dirección de la persona jurídica.

Así, por ejemplo, se puede apreciar claramente en la Lei 9.605/98 (art. 3) que no se le podría imponer una pena a la persona jurídica en la medida en la que la persona física actúe en su propio beneficio. Se trata de una decisión expresa del legislador. El problema en el marco de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales reside precisamente en determinar cuando la persona física ha actuado en beneficio de la persona jurídica aunque haya delinquirido pensando también en sus propios intereses.

Sin embargo, no parece suficiente como hecho de conexión el requisito de la actuación en interés o beneficio de la persona

jurídica.⁷² No parece lógico que la persona jurídica responda por un homicidio imprudente (si ello estuviera previsto en la ley) si un representante no respeta los límites de velocidad, las preferencias de paso o los semáforos porque llega tarde a una reunión importante para la empresa. Una empresa que fabrica productos químicos, por ejemplo, no tiene el deber de controlar peligros para las personas en el ámbito del tráfico viario. Los requisitos exigidos por el art. 3 de la Lei 9.605/98 son, por ello, demasiado escasos. Es preciso que doctrina y jurisprudencia lleven a cabo una interpretación restrictiva y teleológica del art. 3 que tenga en cuenta sólo aquellas infracciones de normas que tengan una especial relación con la persona jurídica. Por ejemplo, una empresa deberá responder de las infracciones del medio ambiente "típicas" o características de su tipo de actividad pero no de aquellas que no tengan que ver con dicha actividad empresarial. Es preciso que exista una "específica relación normativa" entre el atentado medio ambiental y la actividad social.⁷³ En este sentido habría que desarrollar una "teoría de la imputación objetiva" propia del Derecho penal de las personas jurídicas para evitar que toda actuación de un representante u órgano de dirección que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos sea imputable a la persona jurídica.

5. En cuarto lugar, es preciso establecer la dependencia (accesoriedad) o independencia de estas consecuencias jurídicas en relación a una sentencia condenatoria a una persona física o, al menos, de la declaración judicial de la existencia de un injusto penal (aunque no se imponga una medida de seguridad a la persona física).⁷⁴ La cues-

⁽⁷²⁾ Ehrhardt, (nota 4), p. 235 *et seq.*

⁽⁷³⁾ Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 378; Deruyck, ZStW 103 (1991), p. 730 *et seq.*, en referencia a Rotberg; Ehrhardt, (nota 4), p. 235 *et seq.*, también en referencia a Rotberg.

⁽⁷⁴⁾ Sobre esta cuestión, en profundidad, Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 281 *et seq.*, y Ehrhardt, (nota 4), p. 240 *et seq.*

tión a resolver es la siguiente: ¿Es precisa una condena de la persona física como presupuesto de la sanción de la persona jurídica?

Zugaldia Espinar distingue, por ejemplo, como modalidades de responsabilidad de las personas jurídicas entre la "responsabilidad propia directa" y la "responsabilidad propia indirecta".⁷⁵ La dependencia presenta problemas cuando el representante de la empresa muere o se declara en rebeldía o se sabe que un miembro de la empresa ha cometido un delito pero no se conoce la identidad del autor. Esto parece no plantear problemas en la Lei 9.605 ya que la independencia se deduce de lo dispuesto en el art. 21 que contempla la posibilidad de aplicar penas "isolada, cumulativa o alternativamente". Sin embargo, esta declaración no soluciona todos los problemas. Es preciso constatar antes de imponerle una pena a la persona jurídica que los miembros del órgano colegiado o el representante legal o contractual actuaron culpablemente. Ya hemos visto como la culpabilidad de la persona jurídica va estrechamente unida a la de la persona física cuando se trata de imponer auténticas penas a las personas jurídicas y no se crean sistemas alternativos de imputación. Este es un problema que, como ya hemos visto, no ha podido ser resuelto por los partidarios de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en sentido estricto. Por ello es preciso constatar como presupuesto necesario e irrenunciable de la pena a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física. De lo contrario se infringirá el principio de presunción de inocencia ya que no quedará probado el presupuesto necesario de toda pena: la culpabilidad (aunque sea ajena). No caben en este ámbito sanciones por sospecha.⁷⁶ Por todas estas razones, vaticino que si se llega a aplicar la Lei de Crimes Ambientais contra las personas jurídicas será seguramente en procedimientos en los que se sustancie

conjuntamente la responsabilidad individual y la responsabilidad colectiva.

Si se opta por la posibilidad de iniciar un procedimiento separado contra la persona jurídica e imponerle consecuencias jurídicas aisladamente a la finalización de dicho procedimiento, deben arbitrarse medidas procesales que contemplen esta nueva realidad. No parece recomendable sentar en el banquillo de los acusados al representante de la empresa como tal ya que ello supondría una ilegítima "pena de banquillo" que afectaría al honor del representante. Sería problemático encontrar un representante de la persona jurídica o corporación que quisiera representar a ésta como persona imputada en un proceso penal con toda su publicidad. En este caso la "pena de banquillo" forzosa sería desproporcionada teniendo en cuenta que puede reacer sobre un representante que ni siquiera es sospechoso de haber realizado un delito (puede ser el representante actual pero no haber estado en la empresa en el momento del delito). Si se quiere, pues, que en el proceso no se susciten más problemas de los necesarios se deben arbitrar medidas procesales específicas en los casos en los que se trata de resolver la imposición de una consecuencia jurídica a una persona jurídica en un proceso penal. Además, sería más correcto que el representante de la entidad colectiva que sea el presunto autor del hecho delictivo que se pretende imputar a la agrupación nunca presente en el proceso a ésta. Puede existir un conflicto de intereses entre la estrategia de defensa de la persona física y la estrategia de defensa de la persona jurídica.⁷⁷

Lo importante de estas reflexiones es llegar a la conclusión de que hace falta desarrollar cuanto antes – tanto en Brasil como en España – un Derecho procesal penal pensado para los procedimientos de los que se pueden derivar consecuencias distintas a las civiles para las personas jurídicas. La intervención del Derecho penal frente a nuevos tipos de criminalidad afec-

⁽⁷⁵⁾ (Capacidad de acción, nota 15), p. 86 *et seq.*, y (Medio ambiente, nota 15), p. 230 *et seq.*

⁽⁷⁶⁾ Brender, (nota 28), p. 141 *et seq.*

⁽⁷⁷⁾ Ehrhardt, (nota 4), p. 246, con más referencias.

ta también al Derecho procesal. La tradicional regulación sobre embargos judiciales no permite tratar estas nuevas realidades jurídicas de forma satisfactoria.

6. En quinto lugar, es preciso determinar si el régimen de las sanciones para personas jurídicas es idéntico al de las sanciones a las personas físicas. Por citar sólo tres cuestiones que el legislador español no ha dejado resueltas,⁷⁸ si se deben aplicar a estas consecuencias las reglas generales de la prescripción del delito y de la pena, de las anotaciones de antecedentes delictivos y su cancelación o qué sucede cuando se incumple lo dispuesto en una sentencia judicial. En este caso parece que habría que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 79: “Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal”.

En el mismo sentido, sería conveniente desarrollar reglas de determinación de la pena o de la sanción pensadas especialmente para la persona jurídica. Ello dependerá en gran medida de cuál se entienda que es el sentido o finalidad de la consecuencia jurídica que se impone. Los requisitos o presupuestos de la responsabilidad no sólo determinan el “si” de la sanción sino también el “cuánto”.⁷⁹

7. En sexto lugar, hay que determinar cuáles con las personas jurídicas que pueden ser hechas penalmente responsables o, incluso, cuáles son las agrupaciones o empresas que pueden responder aunque carezcan de personalidad jurídica reconocida.

Por ejemplo, es preciso determinar si no sólo responden las personas jurídicas de Derecho privado sino también las de Derecho público como, por ejemplo, se reconoce expresamente en Noruega⁸⁰ o en Francia

siempre que se den determinados requisitos.⁸¹ Esta cuestión tiene gran importancia en ámbitos de clara intervención pública como sucede con el medio ambiente. O también habría que determinar si son punibles o no las sociedades unipersonales o sólo en algunos casos como sucede en Dinamarca.

Por otro lado, también es preciso determinar si las sociedades en fase de constitución o las sociedades de hecho o irregulares se merecen un tratamiento penal equivalente a las personas jurídicas.

Una mayor concreción no es posible aquí ya que esta cuestión depende de los diferentes tipos de personas jurídicas reconocidas en cada ordenamiento nacional por el Derecho civil, el Derecho mercantil o el Derecho público y los requisitos para el reconocimiento de personalidad jurídica. Sólo cabe destacar en este momento la importancia de un estudio detallado en este sentido.

De lo que no cabe duda es de que en el actual Derecho brasileño sólo es posible la imposición de penas a personas jurídicas pero no a otras entidades colectivas que carecen de personalidad. De lo contrario se

(81) Bajo Fernandez, (Hacia un nuevo Derecho penal, nota 19), p. 5.102 y (Responsabilidad penal, nota 19), p. 117 considera que “es preciso ser conscientes de que las personas jurídicas de Derecho público carecen de afán de lucro y no tiene sentido hacerlas responsables de las infracciones cometidas, porque con la sanción pagaría la ciudadanía en general”. Hirsch, (Straffähigkeit, nota 29), p. 23 y ZStW 107, p. 308, considera que sería suficiente con el control del parlamento, del Tribunal Constitucional y de los tribunales contencioso-administrativos.

En sentido contrario, Bacigalupo Saggese, (nota 18), p. 358 *et seq.*, que considera que deberían responder penalmente todas aquellas personas jurídicas de Derecho público que realicen actividades que de hecho sean idénticas a las de cualquier otra persona jurídica de Derecho privado; Tiedemann, (Reforma, nota 27), p. 42, considera que “las empresas públicas deberían estar incluidas como es el caso de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos considerados”.

(78) Zugaldia Espinar, (Medio ambiente, nota 15), p. 225 *et seq.*, 239.

(79) Ehrhardt, (nota 4), p. 37, 247 *et seq.* y Hirsch, ZStW 107, p. 317, apuntan algunos criterios de determinación de la sanción.

(80) Rostad, (nota 10), p. 521, señalando no sólo que cabe teóricamente la posibilidad sino que en la práctica se utiliza.

infringiría el principio de legalidad. Aquí tenemos una "laguna de punibilidad" ya que no hay ninguna razón para que una empresa contaminante responda penalmente sólo si reúne el requisito formal de la personalidad jurídica. Una vez que el Derecho penal actúa contra la criminalidad colectiva parece que no debería detenerse ante requisitos formales. Por ejemplo, si alguien constituye o piensa utilizar preponderantemente una persona moral con el fin de permitir, facilitar o ocultar delitos ecológicos (art. 24) lo mejor que puede hacer de acuerdo con sus planes delictivos es mantener dicha sociedad criminal como una sociedad de hecho o irregular para evitar que el juez penal pueda acordar la liquidación.

Desde el punto de vista de la "peligrosidad de la cosa" no hay ningún problema para tratar igual toda asociación o patrimonio común con independencia de su personalidad. Esta exigencia formal de la personalidad jurídica hace pensar que el legislador brasileño (al igual que ciertos autores) han traspasado directamente los criterios de responsabilidad civil al ámbito penal sin plantearse los fundamentos materiales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es incluso llamativo pensar que podrían responder civilmente patrimonios comunes sin responsabilidad jurídica pero el Derecho penal tendría sus posibilidades de intervención vedadas por el debido respeto al principio de legalidad. En este sentido hay que felicitarse en España por la regulación del art. 129 C. P. que utiliza criterios de índole material y se refiere a empresas, sociedades, fundaciones o asociaciones sin exigir que cumplan todos los requisitos formales exigidos por el Derecho civil o el Derecho mercantil.

8. Las cuestiones prácticas que se pueden suscitar con la nueva realidad que supone la intervención del Derecho penal frente a personas jurídicas son de lo más variado. Surgen nuevos problemas que las personas físicas no presentaban. Por ejemplo, ¿Qué sucede cuando la sociedad

se transforma o cambia de forma o se fusiona con otra? Si se tiene en cuenta la identidad entre la sociedad anterior y la nueva, ¿Cuáles son los criterios para establecer dicha identidad?⁽⁸²⁾ ¿Puede una sociedad disolverse si ve como inminente la imposición de una pena o el comienzo de un procedimiento penal contra ella?⁽⁸³⁾

6. Conclusiones

La Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais plantea serios problemas de aplicación práctica e interrogantes teóricos insalvables que ya han sido formulados a lo largo de este trabajo. En mi opinión, los legisladores europeos y sudamericanos deberían intentar utilizar el instrumental clásico del Derecho penal con las debidas correcciones y respetar el papel garantista tradicional del principio de culpabilidad. La cautela es una virtud de obligada observación cuando se pretenden resolver conflictos sociales con la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Creo que si el legislador no ha sido cauteloso habrá que exigirle una especial cautela a los órganos judiciales a la hora de utilizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como medio de lucha contra la criminalidad ambiental y como medio de protección del medio ambiente.

La tesis central mantenida en este trabajo no es, como ya he señalado, una opinión

⁽⁸²⁾ Ehrhardt, (nota 4), p. 220, propone que al igual que se viene haciendo en Alemania en el ámbito administrativo sancionador se tengan en cuenta preferentemente criterios económicos en los casos de transformación. En los casos de fusión considera que, al igual que se hace en Estados Unidos, la ley debería considerar que la nueva persona jurídica asume las responsabilidades penales.

⁽⁸³⁾ Ehrhardt, (nota 4), p. 220 propone dos soluciones para este problema: o bien establecer una prohibición de disolución durante un determinado período de tiempo o establecer una cláusula que tenga en cuenta a la sociedad como todavía existente a efectos procedimentales y penales.

minoritaria. Sin embargo, no está de más apoyar las tesis mayoritarias de nuestra ciencia cuando los “modernos” vientos en sentido contrario arrecian cada vez con más

fuerza y están consiguiendo introducirse en el Derecho positivo que obligatoriamente en un Estado de Derecho ustedes tienen que aplicar.