

LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN DERECHO BRASILEÑO *

LUIZ REGIS PRADO **

Introducción

La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica constituye todavía hoy una temática bastante controvertida y que ha despertado la atención de la doctrina penal en todo el mundo¹.

Esto se debe principalmente al papel cada vez más importante desempeñado por la persona jurídica en la sociedad moderna, lo que la ha vinculado de modo decisivo al fenómeno de la denominada criminalidad económica lato sensu (v.g., orden económico, relaciones de consumo, ambiente, etc.)

De esta forma, no se desconocen, mas al contrario, las ingentes dificultades de individualización de la responsabilidad penal en el interior

* Traducido por Eva FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, alumna de Tercer Ciclo de la Universidad de Zaragoza, adscrita al Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

** Profesor Catedrático de Derecho Penal - Universidad Estatal de Maringá (Brasil). Post-doctorado en Derecho Penal - Universidad de Zaragoza (España) y Universidad Robert Schuman de Estrasburgo (Francia). Miembro del Consejo Asesor (Brasil) de la Revista de Derecho Penal y Criminología - UNED.

¹ Cf. BRICOLA, Franco, Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, Giuffrè, 1970, págs. 962 y ss.; BARBERO SANTOS, Marino, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Doctrina Penal, Buenos Aires, Depalma, 35, 1986, págs. 397 y ss.; ZULGADIA ESPINAR, José Miguel, Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmatica de revisar la formula tradicional «societas delinquere non potest». Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 11, 1980, págs. 67 y ss.; y, más recientemente, MIR PUIG, S. & LUZÓN PEÑA, D. M. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, Bosch, 1986, págs. 13 y ss.

de las complejas estructuras de poder que caracterizan a las personas jurídicas nacionales o multinacionales, factor que ha sido objeto de profundas reflexiones de los investigadores en el intento de buscar una solución satisfactoria.

Se asiste, también, en ese campo, a un grave y preocupante conflicto entre la libertad económico-empresarial y los derechos individuales fundamentales².

Lo que se propone a continuación es sólo examinar, aunque brevemente, algunos aspectos puntuales de la materia, según cierta directriz de pensamiento. Previamente, se va a hacer una incursión en el campo dogmático-político-criminal (I), para después, hacerse referencia a los principales sistemas de responsabilidad penal de la persona jurídica (II) y, por último, al tratamiento dado a la materia por la ley brasileña de los crímenes ambientales (III).

Consideraciones de orden dogmático y político-criminal

1. Antes de todo, conviene realizar una breve disgresión sobre las teorías que se encuentran en la raíz del problema, a saber, la de la ficción y la de la realidad³. La primera, creada por Savigny, afirma que las personas jurídicas tienen existencia ficticia, irreal o de pura abstracción —debido a un privilegio lícito de la autoridad soberana—, siendo, por tanto, incapaces de delinquir (carecen de voluntad y de acción). El Derecho Penal considera al hombre natural un ser libre, inteligente y sensible: la persona jurídica, al contrario, se encuentra despojada de esas características, siendo sólo un ser abstracto. La realidad de su existencia se funda en las decisiones de cierto número de representantes que, en virtud de una ficción, son consideradas como suyas; y una representación semejante, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener efecto en materia civil, mas nunca en relación al orden penal. Los delitos que pueden ser imputados a la persona jurídica son cometidos siempre por sus miembros o directores, esto es, por personas naturales, y poco importa que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin para el delito⁴.

² Sobre ese punto, vid PATRONO, Paolo, *Diritto Penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Milano, Cedam, 1993, págs. 51 y ss.

³ Cf. FRANCESCO, Giuseppe Menotti de, *Persona giuridica*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, XII, Ed. Torinese, 1976, págs. 1037 y ss.

⁴ Cf. MESTRE, Aquiles, *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Madrid, Góngora, s/d, trad. Cesar Camargo y Marín, pág. 39.

La segunda —teoría de la realidad, de la personalidad real u orgánica—, cuyo precursor más ilustre fue Otto Gierke, se basa en supuestos totalmente distintos. La persona moral no es un ser artificial, creado por el Estado, sino un ente real (vivo y activo), independiente de los individuos que la componen. Del mismo modo que una persona física, «actúa como el individuo, aunque mediante procedimientos diferentes, y puede, por consiguiente, actuar mal, delinquir y ser castigada»⁵. La persona colectiva tiene una personalidad real, dotada de voluntad propia, con capacidad de obrar y de realizar ilícitos penales. El ente corporativo existe, es una realidad social. Es sujeto de derechos y deberes, en consecuencia es capaz de doble responsabilidad: civil y penal. Esa responsabilidad es personal, identificándose con la de la persona natural. Las personas jurídicas aparecen, pues, como seres colectivos, dotados de voluntad real, que pueden actuar en diversos sentidos; y nada impide, en principio, que sea dirigida a fines prohibidos, especialmente por la ley penal⁶.

Hay, todavía, quien considera a la persona jurídica como una realidad análoga, esto es, «...una realidad permanente, individual, completa, aislada fuente de actividad consciente y libre, realidad distinta. Cumple todas las características de la personalidad, menos una: la substancialidad. A diferencia de la persona humana, realidad substancial, la persona moral es realidad accidental»⁷.

En la actualidad, predomina en la doctrina la idea de que las personas jurídicas no son mera ficción, sino que tienen realidad propia, aunque totalmente distinta a la de las personas físicas o naturales.

2. En términos científicos, se tiene como ampliamente dominante, desde hace mucho, en el Derecho Penal brasileño⁸, como en los demás

⁵ *Ibíd.*, pág. 40-1. Sin duda alguna, son voluntades humanas las que forman los elementos de la voluntad corporativa. Esas voluntades individuales se organizan «en manajo» y se unifican en el grupo para hacer posible la vida corporativa, que supone contratos (manifestaciones de voluntad). Eso se realiza en razón de la solidaridad representativa (*idem*, cit., pág. 139).

⁶ MESTRE, Aquiles, op. cit., pág. 189.

⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa, *A dupla crise da pessoa jurídica*. Sao Paulo, Saraiva, 1979, pág. 19.

⁸ Vid, al respecto, SIQUEIRA, Galindo, *Tratado de Direito Penal*, Río de Janeiro, José Konfino Ed., I, pág. 267-270; HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Río de Janeiro, Forense, 1949, I, pág. 188; MARQUÊS, José Frederico, *Tratado de Direito Penal*, Campinas, Millennium, III, 1999 (edición revisada y actualizada), pág. 38; GARCÍA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, Sao Paulo, Max Limonad, 1982, I, pág. 237; BRUNO, Aníbal, *Direito Penal*, Río de Janeiro, Forense, 1967, 2, pág. 205-208; NORONHA, E. Magalhaes, *Direito Penal*, Sao Paulo, Saraiva, 1985, I, pág. 110; y, entre otros autores más modernos, FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal PG*, Río, forense,

Derechos de filiación romano-germánica, la irresponsabilidad penal de la persona jurídica, expresada en la conocida máxima *societas delinquere non potest*, verdadera reafirmación de los postulados de la culpabilidad y de la personalidad de las penas. Eso quiere decir que los crímenes cometidos en el ámbito de la persona jurídica sólo pueden ser imputados criminalmente a las personas naturales en la calidad de autores o partícipes.

El fundamento de tal orientación radica, esencialmente, en que se encuentran ausentes en la actividad de la propia persona jurídica los elementos siguientes: a) capacidad de acción⁹ en sentido penal estricto; b) capacidad de culpabilidad (principio de culpabilidad); c) capacidad de pena (principio de la personalidad de la pena), indispensables para la configuración de una responsabilidad penal subjetiva.

Del primero, resalta con evidencia que la persona colectiva no tiene conciencia ni voluntad —en sentido psicológico— semejante a la persona física, y, con eso la capacidad de autodeterminación, facultades que necesariamente han de tomar prestadas a los hombres¹⁰. Eso equivale a decir: sólo el ser humano, en cuanto persona-individuo,

1985, pág. 152; TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito Penal*, Sao Paulo, Saraiva, 1991, págs. 91-92; JESÚS, Damásio E. de, *Direito Penal*, Sao Paulo, Atlas, I, 1997, pág. 100; MESTIERI, Joao, *Teoria elementar do Direito Criminal*, Río de Janeiro, Ed. del autor, 1990, págs. 159-160; CERNICHIARO, Luiz Vicente, in: *Direito Penal na Constituição*, Sao Paulo, RT, 1999, págs. 142-149; DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do Direito brasileiro), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Sao Paulo, *Revista dos Tribunais*, 11, 1995, págs. 187-188; LUISI, Luiz. *Direito Penal e revisao constitucional*, *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, RT ed., 729, 1996, pág. 376; SALES, Sheila Jorge Selim de, *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, págs. 42 y ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*, PG, Sao Paulo, RT, 1997, págs. 193-196, entre tantos otros.

⁹ Cf. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, Madrid, Tecnos, II, 1998, pág. 70; ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Madrid, Civitas, I, 1997, trad. Luzón Peña y otros, pág. 252; GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, *Actualidad penal*, Madrid, 39, 1993, pág. 604; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal económico*, Madrid, Civitas, 1978, pág. 112; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, PG., Madrid, Civitas, 1977, págs. 227-231; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, págs. 288 y ss., BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal*, Sao Paulo, RT, I, 1977, trad. Silva Franco & Costa Jr., pág. 315; PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal brasileiro*, cit., págs. 142 y ss. «La voluntad de la persona jurídica no puede tampoco, por una consideración «más real», ser equiparada a la voluntad de la acción, del hombre particular. La incapacidad juridicopenal de acción de la persona jurídica debe derivar tanto de su naturaleza como de la esencia de la acción» (MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, I, 1962, trad. Juan Córdoba Roda, pág. 180).

¹⁰ Cf. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit. pág. 586 (citando Luna Serrano y Lacruz Berdejo).

puede ser cualificado como autor o partícipe de un delito. De ahí la máxima *nullum crimen sine actione* y su indispensable coeficiente de humanidad¹¹. El aspecto de conducta humana «indica que sólo constituyen formas de actuar en sentido jurídico-penal las manifestaciones de la actividad del hombre individual y no los actos de las personas jurídicas»¹².

Contradiendo la repetida frase de Franz von Liszt, aunque las personas jurídicas puedan realizar contratos, no parece convincente que puedan realizar aisladamente una acción u omisión típica¹³. Es necesario, pues, distinguir entre sujetos de acción y sujetos de imputación, que no son coincidentes en el caso de las personas jurídicas, visto que éstas «sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas (sujeto de la acción)»¹⁴. En vista de ello, los efectos jurídicos imputados a la persona colectiva son aquellos subsiguientes de la conducta de su representante, siendo su actividad únicamente una actividad jurídicamente imputada¹⁵. Es decir: no se trata de una autoría de la propia persona jurídica.

Además de eso, como bien se sustenta, la especificidad propia de la norma penal, de cuño imperativo —fundada en modelos deónticos (obligatorio/prohibido/permitido)— implica que sólo la persona natural pueda ser su destinatario¹⁶.

¹¹ ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milano, Giuffrè, I, 1987, pág. 353.

¹² JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, I, 1981, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, pág. 297.

¹³ Como bien indica RODRÍGUEZ MOURULLO, «no es que la persona jurídica «concluya» por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos. Pero el fenómeno de la representación no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito. Para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena» (op. cit., pág. 228).

¹⁴ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 586. Con gran agudeza y riqueza de detalles, refuta este autor las tesis más recientes de HIRSCH, TIEDEMANN y de su discípulo BRENDER (págs. 599 y ss).

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 588.

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 602-605. Por otra parte, afirma FERRANDO MANTOVANI, *ipsis litteris*, que «la sola persona umana può essere soggetto attivo, poiché la norma giuridica come tale há un significato se ed in quanto riferita a soggetti umani» (*Diritto Penale*, Milano, Cedam, 1992, pág. 145). En ese sentido, destaca también Mario Romano que «la destinazione di norme relative a comportamenti (che si postunlino) intrisi di una connotazione particolarmente negativa sul piano etico-sociale alle sole persona fisiche ha il pregio di esaltare lo specifico della persona umana e quella libertà del singolo que sta alla base della sua responsabilità» (*Societas delinquere non potest* (nel ricordo di Franco Bricola), *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, 4, 1995, pág. 1037).

Insistir en la no rara fusión —organicista— entre persona jurídica y persona física, bajo alegación de que, por ejemplo, tiene la misma o similar voluntad, «es navegar a toda vela en el mar de la fantasía»¹⁷. Efectivamente, es siempre en relación a la persona física que se atiende a la persona jurídica, que busca desesperadamente encontrar entre ellas convergencias inexistentes¹⁸. Sólo se asemejan en cuanto unidades de eficacia normativa, en cuanto factor activo del acontecer social¹⁹. Nada más.

Por consiguiente, falta al ente colectivo el primer elemento del delito: capacidad de acción u omisión (típica). La acción consiste en el ejercicio de una actividad finalista, en el desenvolvimiento de una actividad dirigida por la voluntad a la consecución de un determinado fin. Y la omisión viene a ser la no-realización de una actividad finalista (no-acción finalista)²⁰.

Se subraya todavía que, desde Feuerbach, la consideración del delito como acción u omisión humana, y no como estado, condición, expresión de un sentido o simple perspectiva de conducta, se constituye en una indisponible garantía liberal.

En la secuencia del asunto ahora examinado, se señala que la persona jurídica también es incapaz de culpabilidad y de sanción penal.

La culpabilidad penal como juicio de censura personal por la realización del injusto típico sólo puede ser dirigida a un individuo (culpabilidad de la voluntad)²¹. Como juicio ético-jurídico de reprobación, o de motivación normal por la norma²², solamente puede tener como objeto la conducta humana libre.

¹⁷ Cf. BARROS, Washington de, *Curso de Direito Civil*, Sao Paulo, Saraiva, I, 1975, pág. 100.

¹⁸ Cf. HENNAU-HUBLET, C., *La criminalisation du comportement collectif*, in: *Criminal liability of corporations*, Kluwer Law International, 1996, pág. 141.

¹⁹ GRACIA MARTÍN, Luís, *op. cit.*, págs. 586 y ss.

²⁰ Cf. WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, pág. 53; CEREZO MIR, José, *op. cit.*, pág. 48; PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, págs. 152 y ss.

²¹ Cf. WELZEL, Hans, *op. cit.*, págs. 198 y ss.; CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 179 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho Penal económico*, Madrid, Civitas, 1978, pág. 112; CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977, págs. 23 y ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.*, págs. 559 y ss.; WESSELS, Johannes, *Direito Penal*, Porto Alegre, Sérgio Fabris editor, trad. de Juarez Tavares, pág. 82; TAVARES, Juarez, *Teorias do delito*, Sao Paulo, RT, 1980, págs. 73 y ss.

²² Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal*, PG., Barcelona, Praxis, 1996, pág. 115.

Ese elemento del delito —como fundamento y límite de la pena— es siempre reprochabilidad personal y se descompone en: imputabilidad (capacidad de culpa); conciencia potencial de la ilicitud y exigibilidad de conducta distinta²³.

Sobre el principal criterio expuesto para justificar la culpabilidad de la propia persona jurídica (v.g., culpabilidad por defecto de organización), teniendo en cuenta las categorías sociales (culpabilidad social), se objeta, correctamente, que «la culpabilidad de la persona colectiva, en ese sentido (como ya ocurre con su acción) continúa siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa no puede ser realizada por la propia persona colectiva, sino por sus dirigentes»²⁴. Eso significaría, por tanto, fundamentar la culpabilidad en hecho ajeno —culpabilidad presumida—, ya que la responsabilidad de la persona jurídica estaría basada en la imputación del hecho culpable de su órgano o representante, en una violación flagrante del principio de culpabilidad.

En nuestro Derecho, ese principio tiene (responsabilidad penal subjetiva)²⁵ abrigo constitucional implícito en el art. 1.º, III (dignidad de la persona humana), corroborado por los arts. 4.º, II (prevalencia de los derechos humanos) y 5.º, caput (inviolabilidad del derecho a la libertad), de la Constitución Federal de Brasil de 1988. A su vez, la responsabilidad penal subjetiva se encuentra presente en la legislación patria desde la llegada del Código Criminal del Imperio de 1830 hasta el vigente título que establece expresamente no haber delito sin dolo o culpa (arts. 18 y 19, CP).

Fuera de ahí, no cabría hablar de un Derecho Penal auténtico, ya que «no habría culpabilidad, sino responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad»²⁶.

Con respecto a la pena, las ideas de prevención general, prevención especial, reafirmación del ordenamiento jurídico y resocialización no tendrían sentido en relación a las personas jurídicas. «La pena no puede dirigirse en sentido estricto, a las personas jurídicas en lugar de a las físicas que tras ellas se encuentran, porque conceptualmente implica una amenaza psicológica de imposición de un mal para el caso de que

²³ Vid PRADO, Luiz Regis, op. cit., págs. 223 y ss.

²⁴ ROXIN, Claus, op. cit., págs. 259-260; así también GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 601; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español, en: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, Bosch, 1996, págs. 25-31.

²⁵ Vid, sobre el referido postulado, PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal brasileiro, cit., págs. 78-79; Ídem, Bem jurídico-penal e Constituição, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 54 y ss.

²⁶ Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 31 (citando RUIZ VADILLO).

se delinca y no cabe imaginar que la persona jurídica pueda sentir el efecto de conminación psicológica alguna»²⁷. En verdad, el principio de la personalidad de la pena —ninguna pena irá más allá de la persona del condenado (art 5.º, XLV, CF)— tradicionalmente enraizado en los textos constitucionales brasileños²⁸, impone que la sanción penal recaiga exclusivamente sobre los autores materiales del delito y no sobre todos los miembros de la corporación (v.g., operarios, socios minoritarios, etc.), lo que ocurriría en caso de que se le impusiese una pena²⁹. No hay lugar aquí para otra interpretación sino la que liga la responsabilidad penal a la realización de un comportamiento propio³⁰, siendo la responsabilidad personal siempre y exclusivamente de orden subjetivo. Se aleja, de ese modo, cualquier otra modalidad de responsabilidad penal (v.g., colectiva, por el hecho de otro, etc.). Tan sólo en sentido técnico-jurídico puede ser denominada persona o ente moral.

Además, a las personas jurídicas no es posible aplicarles tampoco medidas de seguridad de carácter penal, ya que para eso hace falta una acción u omisión típica y antijurídica³¹. Como tampoco cabe afirmar el requisito de la peligrosidad criminal tratándose del propio ente colectivo.

Sin embargo, se sustenta que deben ser impuestas medidas de seguridad —*sui generis*— fundadas en la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, revelada en las acciones antijurídicas (sintomáticas) practicadas por sus órganos o personas que actúan a su servicio (v.g., disolución, suspensión, revocación de autorizaciones y licencias, publicación de sentencias, intervención en la gestión de la empresa, exclusión de beneficios o subvenciones, etc.). Como se ve, son medidas de naturaleza no penal (administrativa/civil/comercial), pero revestidas de ciertas garantías y efectos de esa índole³².

²⁷ MIR PUIG, S. & MUÑOZ CONDE, F. Adiciones al Tratado de Derecho Penal de JESCHECK, cit., pág. 309. Importa apuntar que la consecuencia (impresión) ético-social de la pena sólo puede ser aprehendida a nivel de persona individual.

²⁸ Constitución Imperial de 1824 (art. 179, XX); Constitución de 1891 (art. 72, §19); Constitución de 1934 (art. 113, §28); Constitución de 1946 (art. 141, §30), Constitución de 1967 (art. 150, §13).

²⁹ Vid, en ese sentido, en la doctrina francesa, LE CANNU, Paul, Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité, Les Petits Affiches, 120, 1993, págs. 7 y ss. -*infra* item II. 2.

³⁰ Así, PATERNITI, Carlo, *Diritto Penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 1995, págs. 16-18.

³¹ Cf. CEREZO MIR, José, *op. cit.*, pág. 71.

³² Advierte RODRÍGUEZ MOURULLO que «las acciones sintomáticas no pueden proceder de la propia persona jurídica, que, como es sabido, carece de capacidad de acción, sino de las personas individuales que actuaran en nombre de aquella» (*op. cit.*, pág. 230-231). Vid, sin embargo, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, *op. cit.*, pág. 118-119; BRICOLA, Franco, *op. cit.*, pág. 118-119. El Proyecto del Código

Frente a una orientación que procura responsabilizar penalmente y de forma directa a la persona jurídica, bajo una pretendida necesidad político-criminal de carácter pragmático y en nombre de fines preventivos de defensa social, cabe preguntarse: ¿habría una real y comprobada necesidad de sancionarla penalmente? ¿No habría otros medios más eficaces y menos costosos? ¿Sería legítima, bajo el prisma de los principios garantizados que informan un Estado de Derecho democrático? ¿Estaría en sintonía con las modernas directivas político-criminales y criminológicas?

Se objeta, de plano, que no se puede sacrificar sobre el altar de una eficacia utilitarista las exigencias de tutela de intereses fundamentales del individuo y de la colectividad. En verdad, tanto el positivismo, como el utilitarismo jurídicos se contentan con una idea de responsabilidad penal objetiva; es suficiente la noción de delito en cuanto elemento objetivo o material³³. Puede ser extremadamente peligroso «confundir o identificar los límites empíricos con los límites de legitimidad del Derecho Penal, sin tener en cuenta la multiplicidad de elementos muchas veces de signo opuesto que influyen sobre la valoración de eficacia o ineficacia de la elección penal, y sin tener en cuenta que existe un mundo de valores irrenunciables...»³⁴.

En ese sentido asoma como imperiosa la necesidad de proteger a la persona humana del riesgo de su instrumentalización por el poder estatal. El hombre no puede ser considerado como simple medio para la persecución de finalidades político-criminales, ni siquiera de defensa social; debe serle, al contrario, reconocida una posición central en el sistema³⁵.

Penal español de 1980 adoptó esa orientación: art. 132: «No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes».

³³ Cf. PICARD, Etienne, *La responsabilité pénale des personnes morales de droit public: fondaments et champ d'application*, *Revue des Sociétés*, 1993, pág. 268. La idea de la pena como enmienda, corrección, tiende actualmente a objetivarse, a ser absorbida por la función utilitarista de la represión penal —readaptación social—, dirigida a la prevención o a la defensa social (*Ibíd.*, cit., pág. 269).

³⁴ PATRONO, Paolo, *op. cit.*, págs. 113-114. Afirma el citado autor que el «problema de la responsabilidad penal de la persona jurídica es en gran parte un falso problema, agigantado por la no siempre consciente tentativa de traslado para el derecho penal de los esquemas de imputación y formas de responsabilidad de tipo civilístico y por la sugestión de la experiencia jurídica de los países del common law que contempla la responsabilidad directa de las personas jurídicas (...), pero ligada prevalentemente a formas de imputación objetiva, con colateral responsabilidad de las personas físicas que hayan actuado por cuenta de la sociedad» (*op. cit.*, págs. 126-127).

³⁵ Cf. GROSSO, Carlo Federico. *Responsabilità penale*, en: *Nov. Digesto Italiano*. Torino, 1976, XV, pág. 713.

Es paradigmático en un Estado de Derecho democrático que éste exista siempre para el individuo y no lo opuesto: *omne jus hominum causa introductum est*. De suerte que él sólo puede ser concebido como garante de la libertad y de la dignidad humana. Es medio y no fin³⁶.

Parece también ser altamente discutible que la necesidad de prevención requiera precisamente la imposición de penas a las personas colectivas y la modificación de las categorías del sistema delictivo³⁷. A propósito de esto, en Inglaterra, donde la responsabilidad penal de la persona jurídica está ampliamente consagrada, se manifiesta un escepticismo en cuanto a su eficacia. En relación a los argumentos favorables, se contraponen que ninguno de ellos «parece convincente y la necesidad de la responsabilidad de las personas morales está por ser demostrada»³⁸.

La pretensión de justificar la imposición de la pena a la persona jurídica basada en la dificultad de identificar al agente del hecho delictivo —muchas veces porque no se puede probar su autoría—, sirve, en verdad, para rechazarla, revelando su incongruencia. De otro modo, veamos: se afirma que tan sólo cuando se considera probada la realización del injusto culpable por el órgano representante de la persona jurídica —lo que supone obligatoriamente el reconocimiento del autor individual (persona física)— será posible aplicarle a aquélla una pena. En síntesis: en cuanto no estuviera comprobada la autoría subjetiva, que justamente está en la raíz de la aludida argumentación, no hay cómo responsabilizar a la persona jurídica en sede criminal.

En la actualidad, se ha producido una disociación entre las esferas de la propiedad y el control en las grandes empresas; en las pequeñas, éstas se concentran en manos de una persona³⁹. Ello significa que las alusiones a una supuesta voluntad colectiva no hacen sino esconder, camuflar que, en realidad, es la voluntad de concretas personas individuales que realmente controlan, la que rige los destinos de la persona jurídica. Es sobre ellas que debe recaer prioritariamente la intervención jurídico-penal, con penas privativas de libertad⁴⁰.

Encajan aquí las juiciosas observaciones en el sentido de que el mantenimiento del principio de la irresponsabilidad criminal de la per-

³⁶ Así, PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., pág. 73.

³⁷ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, en: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Madrid, Bosch, 1995, pág. 360.

³⁸ SMITH, J. C. & HOGAN, B., *Criminal law*, pág. 190, apud SPENCER, John R. *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Angleterre*, RSCDPC, 2, 1997, pág. 292.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *op. cit.*, pág. 365.

⁴⁰ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *op. cit.*, pág. 365; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *op. cit.*, pág. 18-32.

sona jurídica preconiza, más o menos expresamente, el castigo de quien se esconde detrás del ente colectivo, es decir, pretenden que se castigue al «parásito social» y no al «caparazón» que lo recubre. «No se debe olvidar, a efectos de eficacia, que en las grandes y pequeñas sociedades mercantiles siempre hay un número limitado de personas, perfectamente identificables, que lo deciden todo al margen del resto de los socios y es sobre ellos que debe recaer la sanción penal como medio idóneo y eficaz de prevención de la delincuencia»⁴¹.

Es cierto, también, que las personas jurídicas son mucho más contingentes, mutables, se transforman más rápidamente que la persona física. De ese modo, sus miembros o socios pueden ser sustituidos, su forma modificada, su organización subvertida y su realidad económica transferida.

Con el fin de contribuir para mejor resolver el problema de la imputación subjetiva en materia de crimen comisivo, ha sido destacada como particularmente importante la estructura del crimen en comisión por omisión⁴², cuando presenta el deber legal de impedir o controlar la concurrencia de factores de riesgo o resultados dañosos, en la hipótesis de que un órgano de la persona jurídica apareciera como garante del bien jurídico. Importa retener aquí que esa posición de garante emerge en la criminalidad económica como « un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo, equivalente a la comisión»⁴³.

Por otro lado, se señala que es exactamente en el contexto de oposición, de contrariedad entre los principios que rigen la determinación de la responsabilidad penal (v.g. responsabilidad individual/culpabilidad) y los criterios que regulan la organización del proceso productivo y su función socioeconómica (división técnica del trabajo y de especialización, complementariedad y jerarquía), de donde se debe necesariamente partir para condensar tales criterios en reglas de imputación jurídico-penales⁴⁴.

⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, apud GRACIA MARTÍN, Luís. El actuar en nombre de otro en Derecho Penal, Zaragoza, I, 1985, pág. 15.

⁴² Vid, al respecto, TAVARES, Juarez, As controvérsias em torno dos crimes omissivos, Rfo de Janeiro, Instituto Latino-Americano de Cooperación Penal, 1996, págs. 64 y ss; PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal brasileiro, cit., págs. 169 y ss.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., pág. 372.

⁴⁴ Cf. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza», en: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, Bosch, 1996, pág. 292-293.

De igual modo, mejora la construcción denominada actuación en nombre de otro, prevista en la legislación penal de algunos países europeos, con vistas al castigo de aquellos que cometen infracciones penales en calidad de miembros de una persona jurídica o en representación de otro. La responsabilidad penal recae aquí sobre ciertas personas que actúan como miembros de un ente colectivo o en su representación. Con esa prescripción legal, se busca «resolver el problema político-criminal de las lagunas de punibilidad que se detectan en relación con aquellas figuras delictivas en que el tipo de injusto reviste características especiales que no pueden ser formalmente verificadas en el sujeto que realiza la acción típica y con su comportamiento produce la lesión o peligro del bien jurídico que la norma correspondiente quiere evitar»⁴⁵. La cuestión surge cuando la ley exige el concurso de una determinada cualidad del sujeto activo (delitos especiales) y tal cualidad existe en la persona jurídica pero no en el individuo que actúa en su nombre⁴⁶. La materia viene disciplinada —como cláusula general— en los Códigos penales de Alemania (art. 14 del Strafgesetzbuch y art. 9 de la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten); de España (art. 31) y de Portugal (art.12). Y, como cláusula particular, en la parte especial de los Códigos Penales de Suiza (arts. 172 y 326) y de Austria (art. 161). Para evitar la atipicidad de determinadas conductas, es preferible la primera opción de introducir una regla general que funcione como norma de extensión de los tipos legales de la parte especial del Código Penal o de leyes singulares.

El Derecho Penal brasileño lamentablemente desconoce normativa similar. Como bien se subraya «el legislador brasileño ha estado siempre desarticulado en cuanto a la responsabilidad de los dirigentes de las personas jurídicas, en los casos en que las entidades sirvieran de instrumento o medio necesario para la consecución de acciones criminales. En un primer momento, parece que el legislador pretende instituir una especie de responsabilidad solidaria de los dirigentes de las entidades, lo que contradice el principio de culpabilidad y expresa la indebida intromisión en el Derecho Penal de preceptos de responsabilidad civil. Véase, por ejemplo, la Ley 4.728/65, que disciplina el mercado de capitales (art. 73, § 2.º); igualmente la Ley 4729/65, que define los crímenes de sustracción fiscal (art.6) y el Decreto-Ley 16/66, que disciplina el comercio clandestino de azúcar y alcohol (art. 2.º). Los autores, sin embargo,

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, LUÍS, *La Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona, Bosch, 1986, pág. 20.

⁴⁶ Cf. GRACIA MARTÍN, LUÍS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Zaragoza, 1986, II, págs. 3 y ss. Los delitos especiales que admiten la actuación en nombre de otro son solamente aquellos caracterizados como delitos de dominio social, o, delitos especiales de garante. (Ibid., I, págs. 354 y ss).

siempre han interpretado esas normas, según el criterio de la responsabilidad personal, con base en la culpabilidad de cada dirigente y su efectiva participación en el crimen. Recientemente, ha incorporado esa enseñanza la Ley 7.492/86, que define los crímenes financieros (art. 25). Frente a esto, podemos concluir que aquí se adopta la primera vía expuesta en el texto, es decir, el legislador busca sancionar expresamente a los dirigentes de las personas jurídicas en los tipos delictivos donde la comisión se haga a través de las respectivas entidades»⁴⁷.

Por último y a partir de lo ya dispuesto, resalta que el problema de la criminalidad económica debe ser tratado como hipótesis de imputación delictiva individual, incluso para salvaguardar los principios penales fundamentales frente al poder político⁴⁸.

La sanción penal sólo debe ser considerada legítima en casos de grave lesión o peligro de lesión de los bienes jurídicos fundamentales, como *ultima ratio legis*, en la ausencia absoluta de otros medios jurídicos eficaces y menos gravosos. Esa tendencia político-criminal restrictiva del *jus puniendi* deriva del Derecho Penal moderno y de la concepción material del Estado de Derecho⁴⁹.

Lo que se hace valer, en ese caso, es que sea utilizada la ley penal para el efectivo castigo de las personas físicas (v.g. directores) que se ocultan detrás de las personas jurídicas y se sirven de su poder como instrumento para la práctica delictiva.

La vigencia del principio *societas delinquere non potest*, de valor político-criminal relevante⁵⁰, no obsta ni imposibilita la necesaria aplicación de medidas sancionatorias extrapenales (v.g., administrativas, etc.)⁵¹

⁴⁷ TAVARES, Juarez, *Teoria geral do delito*, de Muñoz Conde, nota (17), págs. 16-17. Efectivamente, la ley n. 8078/90, que instituye el Código de Defensa del Consumidor, reza en el art. 75: « Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador, ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutencão em depósito de produtos ou a oferta e a prestação de serviços nas condições por ele proibidas»

⁴⁸ Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁹ Cf. PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, *cit.*, pág. 57.

⁵⁰ Con amplio acierto, se exhorta que « il superamento del principio comporterebbe (...) il non trascurabile rischio di un graduale progressivo stravolgimento culturale dell'illecito penale e di un suo conseguente ulteriore 'allargamento' nel nostro sistema, che è proprio l'opposto della direzione di cambiamento da molto tempo ampiamente condivisa e sollecitata» (ROMANO, Mario, *op. cit.*, pág. 1037).

⁵¹ Así, por ejemplo, el coherente sistema de contravenciones de orden del Derecho alemán, castigas con multa administrativa, resultando un Derecho no-penal, pero con las garantías propias de un derecho sancionador (OWIG §1. 1). El parágrafo 30 de

a las personas jurídicas, notoriamente en un Derecho Penal minimalista, fragmentario y de naturaleza verdaderamente garantista. Igualmente, no hay rémora alguna para que esas sanciones, sobre todo las más graves, sean aplicadas por el juez criminal.

Por otra parte, en esa perspectiva y de forma congruente con los postulados *ut supra* referidos, bien se ha encaminado el reciente Código Penal español (art. 129)⁵² al prescribir una serie de medidas, de naturaleza administrativa —consecuencias accesorias—, a las personas jurídicas, distintas de las medidas de seguridad (art. 95 y 96), que se destinan «a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma» (art. 129.3).

II. Principales sistemas de responsabilidad penal de la persona jurídica

1. *El sistema inglés*

En general, en los países pertenecientes a la familia del common law⁵³, de estructura totalmente diferente al sistema romano-germáni-

la citada ley prevé la multa contravencional (*Geldbusse*), que puede ser bastante elevada. El Derecho belga, aunque ambiguo, en razón de la heterogeneidad de las respuestas legislativas, prevé innumerables sanciones administrativas al ente colectivo, *v. g.*, multa, medidas coercitivas —interdicción de explotación o de funcionamiento o cierre de empresa, publicación en la prensa de la sentencia condenatoria, y la llamada transacción administrativa (vid HENNAU-HUBLET, C., *op. cit.*, págs. 156 y ss). La situación es semejante en otros países que también acogen el postulado de la responsabilidad individual, como Suiza (art. 18 del Código Penal) e Italia (art. 27. 1, de la Constitución italiana).

⁵² Código Penal español (1995), art. 129, *ipsis litteris*: «1. 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 aquellos 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. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán 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».

⁵³ Vid, al respecto, BARBERO SANTOS, Marino, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Doctrina Penal*, 35, 1986, págs. 402-403; BRICOLA, Franco, *op. cit.*, págs. 966-974.

co, está en vigor tradicionalmente el principio antagónico del *societas delinquere potest*.

La idea de la responsabilidad penal de la persona jurídica es una creación jurisprudencial que data del inicio del siglo XIX. En las primeras decisiones, los tribunales ingleses sólo la admitían como excepción al principio de irresponsabilidad para delitos omisivos culposos (*nonfeasance*) y comisivos dolosos (*misfeasance*). Posteriormente, por intervención legislativa, fue reconocida la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Interpretation Act (1889), por medio de un dispositivo general que ha pasado a considerar el término persona como comprensivo también del ente colectivo⁵⁴. Esa especie de responsabilidad fue aplicada, inicialmente, a las *regulatory offences* (*public welfare offences*), infracciones castigadas con sanciones menos severas y de forma objetiva (independientemente de culpa). A partir de 1940, considerablemente ampliada, alcanzó a crímenes de cualquier naturaleza (v.g., estupro, homicidio)⁵⁵.

La persona jurídica puede, así, ser responsabilizada por toda infracción penal que su condición le permitiera realizar. Eso ocurre, especialmente, en el campo de los delitos referentes a las actividades económicas, de seguridad en el trabajo, de contaminación atmosférica y de protección al consumidor. Aunque se exija, como regla general, *mens rea*, (elemento subjetivo) y *actus reus* (acto material), se admite la responsabilidad objetiva—*strict liability* (por acto personal, sin dolo o culpa, aplicable tanto a las personas jurídicas como a las físicas, en las infracciones del *common law*—derecho jurisprudencial— y del *statute law*—ley) y por hecho de otro—*vicarious liability*— de carácter excepcional y que siempre da lugar a una *strict liability*. Por otro lado, se da la responsabilidad subjetiva en los casos en que se hace necesaria la presencia de *mens rea* (dolo o culpa) y *actus reus* para la configuración del delito⁵⁶.

Para imputar la práctica de un hecho punible y el eventual elemento subjetivo (voluntad) a la persona jurídica es indispensable una acción u omisión del ser humano. Eso impone que se haga uso de un artificio para atribuir a la persona jurídica los actos de una persona física: «un salto» de la persona física hacia la jurídica. El fundamento

⁵⁴ Cf. KENNY, C. S., *Esquisse du Droit Criminel anglais*, Paris, Marcel Giard ed., 1921, trad. Adrien Paulian, pág. 81.

⁵⁵ Cf. SPENCER, John R., *op. cit.*, págs. 290-291.

⁵⁶ Cf. LEGEAIS, Raymond, *Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Revue des Sociétés*, 1993, págs. 371-377; GEEROMS, Sofie, *La responsabilité pénale de personne morale: une étude comparative*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 3, 1996, págs. 356 y ss.

penal encontrado está en la teoría de la identificación (identification theory)⁵⁷ —identificación del controlling mind— originaria de la jurisprudencia civil (resolución de la House of Lords, 1915), que acabó por alcanzar el área criminal, en 1944. El juez o tribunal debe procurar identificar a la persona que «no sea un empleado o agente, cuya sociedad sea responsable por el hecho a consecuencia de una relación jerárquica, sino a cualquiera que la torne responsable porque el acto inculpinado es el propio acto de la sociedad»⁵⁸. Se sostiene, por tanto, que la persona natural «no habla, no actúa para la sociedad; ella actúa en cuanto sociedad y la voluntad que dirige sus acciones es la voluntad de la propia sociedad»⁵⁹. Ella es la personificación del ente colectivo; su voluntad es la voluntad de éste. Como ha sido examinado, esa doctrina ha dado lugar a la idea de que la culpa de ciertas personas físicas puede ser imputada a una persona jurídica como su culpa propia o personal (personal liability), en una verdadera y total identificación.

En el momento actual, la teoría de la identificación exige al menos un único dirigente, esto es, una sola persona en el centro del organismo, en la que todos los elementos de culpa necesarios estén reunidos⁶⁰.

Esa modalidad de responsabilidad, fruto de una mentalidad práctica, es aplicada por razones de política social, en unas hipótesis en las que el interés colectivo aparece en segundo plano⁶¹.

⁵⁷ El Derecho norteamericano admite que las infracciones culposas sean imputadas a las personas jurídicas, cuando sean cometidas por empleado en ejercicio de sus funciones, sin provecho para la empresa, y las infracciones dolosas cuando sean cometidas por ejecutivo del nivel medio. Se extiende la responsabilidad con base en la teoría respondeat superior, a través de la cual los delitos de cualquier funcionario pueden ser considerados como delitos de empresa. Con todo, no siendo el caso de la responsabilidad «vicaria», la empresa responde no sólo por el hecho de ser el agente un dependiente, sino por la existencia de un hecho definible como propio, en cuanto derivado del propio órgano (decisión Parker). Esa orientación consiste en la configuración de una responsabilidad penal directa de la empresa, a título propio y autónomo, y no como una extensión empírica de los principios aplicables a las personas físicas — responsabilidad indirecta subsiguiente del principio respondeat superior. Según Bricola, causa espanto, sobre todo en ese país, no haber tenido adecuado desenvolvimiento en relación al creciente fenómeno de expansión de la gran empresa (op. cit., págs. 1003-1005).

⁵⁸ Cf. LOWE, Simon & MCKIE, Fraser, La responsabilité pénale des personnes morales au Royaume-Uni. Les Petites Affiches, 120, 1993, pág. 7.

⁵⁹ Ibid., cit., pág. 7-9.

⁶⁰ SPENCER, John R., op. cit., pág. 291.

⁶¹ «By the general principles of the criminal law, if a matter is made a criminal offence, it is essential that there should be of mens rea... But there are exception to this rule (...) and the reason for this is, that the legislature has thought it so important to prevent the particular act from being committed that absolutely forbids it to be done; and if it is done the offender is liable to a penalty whether he has any mens rea or not, and whether or not intended to commit a breach of the law» (CURZON, L. B., Criminal law, London, Macdonald and Evans, 1977, pág. 26).

Los términos de los artículos 402 y 403 del Proyecto del Código Penal Federal de Los Estados Unidos de América disponen: «art. 402.1. Definición de responsabilidad. Una sociedad anónima (corporation) puede ser penalmente condenada por: a) cualquier delito cometido en la realización de los negocios, sobre la base de una conducta ejecutada, autorizada, estimulada, ordenada, ratificada o imprudentemente tolerada, en trasgresión a un deber de mantener una supervisión efectiva sobre las actividades de una de las personas que son enumeradas a continuación, o un acuerdo de más de una de ellas». «Art. 403. Otras sociedades o asociaciones. Una sociedad o asociación puede ser penalmente condenada en las circunstancias exigidas por el art. 402, en relación a las sociedades anónimas». Ahora el Model Penal Code norteamericano es más sucinto: « Art. 2.07.1. Una sociedad anónima puede ser condenada por la práctica de un delito si: c) la práctica del delito fue autorizada, solicitada, ordenada, o ejecutada por la dirección o por un alto funcionario (gerente) actuando en representación de la sociedad y durante el empleo».

2. *El sistema francés*

La más importante novedad presentada por el nuevo Código Penal francés, en vigor desde el 1 de mayo de 1994 —resultante de la propuesta de la Comisión de Revisión del Código Penal, creada en 1974 por el Ministerio de Justicia—, fue la aceptación del principio de responsabilidad penal de la persona jurídica (*societas delinquere potest*). Anteriormente, el proyecto de Paul Matter de 1938 y los anteproyectos del Código Penal de 1978 y 1983 (llamado *Badinter*) ya lo consagraban.

Además de esto, ese tipo de responsabilidad penal no era completamente extraño al antiguo Derecho Penal francés. Según una Ordenanza de Colbert (1670), las comunidades de ciudades, plazas fuertes, aldeas, los grupos y compañías que practicaran rebelión, violencia u otro crimen podrían ser procesados. Las penas eran de multa, de pérdida de privilegios o «algún otro castigo que manifestase públicamente la pena conminada al crimen». Pero, desdeñada por el legislador revolucionario, no obtiene aceptación en el Código Penal de 1810⁶², cuando se estableció como regla general el postulado del *societas delinquere non potest*.

⁶² Sin embargo algunas Ordenanzas del Gobierno Provisional (1945) y el Code de Travail (art. L. 481-1), para los casos de accidente de trabajo, son apuntados como ejemplos de previsión de la responsabilidad penal de la persona moral (vid STÉFANI, G & LEVASSEUR, G. *Droit Pénal général*, Paris, Dalloz, 1975, págs. 244-245; FRANCHI, François, *Aquoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales?*, RSCDPC, 2, 1996, págs. 279 y ss.).

Por tanto, la actual previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica obedeció a una lógica de continuidad evolutiva, sedimentada con el pasar del tiempo. Es consecuencia de una mentalidad jurídica peculiar —racionalista—, que medió entre las corrientes pragmática (anglo-americana) y conceptualista (germano-italo-hispánica). Siendo así, la dogmática jurídico penal no alcanzó en Francia el mismo grado de desenvolvimiento que sus congéneres continentales de Alemania, Italia o España.

En el ordenamiento jurídico francés, a diferencia de otros, como por ejemplo, el alemán, el español, el brasileño, el principio de culpabilidad penal no tiene valor constitucional⁶³. En relación a Europa, sobre la cuestión existen ciertas recomendaciones del comité de ministros del Consejo del Europa [R (81) 12; R (88) 18]; en realidad corresponde al legislador nacional la elección del tipo de responsabilidad que mejor se adapte a la exigencia de proporcionalidad y de disuasión⁶⁴. El legislador francés se preocupó por el binomio utilidad-justicia, con el propósito de aumentar la eficacia de la represión penal. Se aludía a razones de orden práctico y al hecho de que su reconocimiento representaba «cierta urgencia para restablecer la eficacia y coherencia del Derecho Penal»⁶⁵.

Por otra parte, aunque la idea de la personalidad de la pena figure entre los principios básicos del Derecho Penal francés, no fue considerada como obstáculo insalvable, visto que la persona jurídica era considerada hacía ya mucho tiempo una realidad jurídica, dotada de voluntad colectiva propia. En general, se habla de una responsabilidad personal y no individual⁶⁶.

Es de notar que por primera vez tal orientación es adoptada por un país de cultura latina perteneciente de modo integral a la familia romano-germánica del Derecho y cuya influencia fue decisiva para la formación del Derecho escrito moderno (v.g., los códigos napoleónicos y el movimiento codificador).

El Código Penal de 1992, en vigor desde el 1 de marzo de 1994, disciplina la materia de forma expresa, minuciosa y amplia.

Se instituye, salvo excepción, una directriz genérica que atañe a la persona jurídica y especialmente a las infracciones. Así, el artículo 121-

⁶³ Así, DELMAS-MARTY, Mireille, Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale, *Revue des Sociétés*, 1993, pág. 301.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 302.

⁶⁵ DESPORTES, F. & LE GUHENEZ, F., Responsabilité pénale des personnes morales, *Juris-Classeurs*, I, 1994, pág. 5.

⁶⁶ Cf. PONCELA, Pierrette, *Livre I, Dispositions générales*, RSCDPC, 3, 1993, pág. 457.

2 del Código Penal define el campo de aplicación y las condiciones de esa especie de responsabilidad penal, en los términos siguientes, *ipsis verbis*: Las personas morales, a excepción del Estado, son penalmente responsables, según las distinciones de los artículos 121-4 a 121-7 y en los casos previstos por la ley o el reglamento, de las infracciones cometidas por su cuenta, y por sus órganos o representantes. Sin embargo, las colectividades territoriales y sus entidades sólo son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenciones de delegación de servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos.

Los fundamentos invocados para justificar la admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, según la exposición de motivos del Código Penal francés, habían sido esencialmente dos: en primer lugar, la pretendida necesidad de considerar a la persona moral responsable por hechos delictivos no imputables a las personas físicas, esto es, evitar la hipótesis de que sus dirigentes vayan a soportar una «presunción de responsabilidad penal», o una responsabilidad efectiva, por infracciones cuya existencia a veces ignoran, siendo, por tanto, preciso imputar esa responsabilidad a la persona jurídica como un todo. De acuerdo con la ley penal, las personas morales son responsables por las «infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes». Ahora, a eso se contrapone, simplemente, que en el caso de haber cometido esos «órganos o representantes» realmente las infracciones, no se puede decir que las hayan ignorado, de modo que el fundamento *ut supra* no sirve de razón para la transferencia de responsabilidad de los propios órganos a la institución en su conjunto. Es incontestable que el principio criminal de que el agente sólo responde por su propio acto (art. 121-1, CPf) veda que se pueda atribuir a la persona jurídica en su totalidad un hecho que sería atribuible a una pluralidad de personas físicas identificables en el seno de aquélla. Más allá de esa manifiesta incongruencia, existe una barrera conceptual inamovible para su consecución, ya que, al contrario de la materia civil, en el campo penal la responsabilidad no se presta apenas a división⁶⁷. En segundo lugar, se afirma que la realidad criminológica muestra que las personas jurídicas disponen de medios poderosos y pueden estar en el origen de atentados graves a la salud pública, al ambiente, al orden económico y social, siendo cierto que su inmunidad surge como algo «chocante» en el plano de la equidad y de la legalidad. Esa es un área reconocidamente sensible a la conciencia social

⁶⁷ Cf. PICARD, Etienne, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public: fondements et champ d'application, *Revue des Sociétés*, 1993, págs. 265-266.

moderna, en la cual el anhelo de justicia y de venganza se muestra más vivo y exacerbado. En suma, la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo se fundamenta bajo el prisma de la víctima o de la sociedad, que pueden, así, buscar esa retribución⁶⁸.

De conformidad con la disposición legal, la responsabilidad penal de la persona jurídica es cumulativa, especial y condicional⁶⁹.

Así, en obediencia al principio constitucional de la igualdad, todo ente moral puede ser criminalmente responsabilizado, incluso sindicatos, fundaciones, asociaciones y partidos políticos. La salvedad alcanza tan sólo al Estado —detentador del *jus puniendi*— y a las colectividades territoriales, siendo que éstas responden penalmente en caso de concesión de servicio público. En esta última hipótesis, tanto el municipio como la empresa concesionaria del servicio —por ejemplo, tratamiento y distribución de agua— pueden ser objeto de proceso criminal.

Se hace imprescindible la previsión legal explícita de la responsabilidad criminal de la persona jurídica —principio de especialidad—, que constituye una materia, un refuerzo del principio de legalidad⁷⁰. En ese sentido, el Código Penal y las leyes especiales precisan un elenco de infracciones, utilizando la técnica legislativa siguiente: el crimen contra la humanidad viene recogido en el artículo 212-1 y el artículo 213-3 del Código Penal reza que las personas morales pueden ser declaradas responsables penalmente por los crímenes contra la humanidad. De suerte que va referida a un gran número de delitos y de contravenciones, tales como: homicidio culposo (art. 221-7, CP); lesión corporal culposa (art. 222-21, CP); tráfico de estupefacientes (art. 222-42, CP); racismo (art. 225-4, CP); lenocinio y tráfico de mujeres (art. 225-12, CP); hurto (art. 311-16, CP); extorsión (art. 312-15, CP); – estafa (art. 313-9, CP); apropiación indebida (art. 314-12, CP); receptación (art. 321-12, CP); atentado a los sistemas de tratamiento automatizado de datos (art. 323-6, CP); traición, espionaje, terrorismo (art. 414-7, 422-5, CP); corrupción activa, tráfico de influencias, usurpación de funciones (art. 433-25); crímenes de falsedad (art. 441-12, 442-14, 443-8, CP); crímenes contra la administración de justicia (art. 434-47); violación de disposiciones relativas a la venta y permuta (art. R. 633-1 a R 633-3); abandono de basura y deshechos (arts. R 623-1, R 635-8); infracciones al Código de Minería (art. 143, CM); derecho de autor (art. 335-8, Código de la Propiedad Intelectual); infracciones económicas en materia de con-

⁶⁸ Cf. PICARD, Etienne, *op. cit.*, págs. 267-269.

⁶⁹ Cf. PONCELA, Pierrette, *Dispositions générales*, RSCDPC, 3, 1993, pág. 457.

⁷⁰ Cf. COUV RAT, Pierre, *La responsabilité pénale des personnes morales: un principe nouveau*, *Les Petites Affiches*, 120, 1993, pág. 15.

currencia y de precio (art. 52-2, Ordenanza 86-1243); infracciones en materia de tratamiento de desechos (art. 24-1 de la Ley 75-633); contaminación hídrica (art. 28-1 de la Ley 61-842); infracciones en materia de investigación biomédica (art. L 209-19-1 del Código de Salud Pública); trabajo clandestino (art. L 364-6 del Código de Trabajo) y empleo ilegal de mano de obra extranjera (art. L 364-10 del Código de Trabajo).

Las condiciones legales indispensables para la existencia de esa responsabilidad son: a) la infracción criminal debe ser practicada por un órgano o representante legal de la persona jurídica y b) la infracción debe ser cometida por cuenta de la persona jurídica (art. 121-2, al. 1, CPF). En el primer caso, se mantiene el llamado *substratum humanus* —órgano (v.g., presidencia, asamblea general, etc.) o representante (v.g., presidente, director, gerente, presidente de asamblea)— de la responsabilidad del ente colectivo⁷¹. En el segundo, existe una actuación en el interés o en provecho exclusivo de esta última. La expresión *pour le compte* de la persona jurídica puede variar según la especie de infracción, pudiendo significar al mismo tiempo una aproximación subjetiva (culpa) y objetiva (el provecho obtenido o procurado)⁷². De cualquier modo, ha sido entendida en sentido amplio, significando «en el ejercicio de actividades teniendo por objeto asegurar la organización, el funcionamiento o los objetivos de la entidad dotada de personalidad moral»⁷³.

Se trata de la teoría de la responsabilidad penal por retroceso (por ricochete)⁷⁴, de préstamo, subsiguiente o por mandato que es explicada a través del mecanismo denominado *emprunt de criminalité*, hecho a la persona física por la persona jurídica, y que tiene como soporte obli-

⁷¹ Cf. PRADEL, Jean, *Droit Pénal général*, Paris, Cujas, 1995, pág. 579; LOMBOIS, Claude, *Droit Pénal général*, Paris, Hachette, 1995, pág. 72; DESPORTES, F. & LE GUNHEC, F., op. cit., pág. 14; HIDALGO, Rudolph y otros, *Enterprise et responsabilité pénale*, Paris, L. G. D. J., 1994, pág. 39.

⁷² Cf. DELMAS-MARTY, Mireille, *Les conditions de fond de mise en jeu de responsabilité pénale*. *Revue des Sociétés*, 1993, pág. 303.

⁷³ DESPORTES, F. & LE GUNHEC, F. op. cit., pág. 17.

⁷⁴ En Derecho Penal holandés (art. 51, Código Penal holandés, modificado en 1976) está en vigor la teoría de la responsabilidad penal funcional, de origen jurisprudencial: se atribuye la acción delictiva de una persona física a una persona jurídica cuando la conducta real de la primera corresponda a la ejecución de una función determinada por la segunda en la empresa. No se trata de una cualidad directa de la persona jurídica. Es preciso constatar responsabilidades individuales en las personas físicas, para en seguida atribuir las a la persona jurídica. En lo que se refiere al elemento subjetivo, el dolo presente en la persona física, aunque subalterna, puede ser imputado a la persona jurídica para la cual trabaja (vid, sobre el tema, VERVAELE, J. A. E., *La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays Bas. Mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique*, RSCDPC, Paris, Sirey, 2, 1997, págs. 328 y ss.).

gatorio la intervención humana. En otras palabras, la responsabilidad penal de la persona moral está condicionada a la práctica de un hecho punible susceptible de ser reprochado a una persona física. De ese carácter subsiguiente o de préstamo resulta una importante consecuencia: la infracción penal imputada a una persona jurídica será casi siempre igualmente imputable a una persona física. Eso quiere decir: la responsabilidad de la primera presupone la de la segunda. Es exactamente esa simbiosis entre persona física y jurídica la que legitima el préstamo de criminalidad. La persona física personifica la jurídica (órganos o representantes), es omnipresente, como su conciencia y cerebro. Sin embargo, no sirve lo afirmado para las infracciones culposas o contravenciones: aquí sí es posible la imputación directa a la persona jurídica, sin el concurso de una persona natural⁷⁵.

De esa manera, la responsabilidad penal de la persona jurídica es considerada subsidiaria a la de la persona física, sin la cual, regla general, no puede la persona jurídica llegar a ser condenada. No obstante, excepcionalmente,...en determinados casos y muy particularmente cuando se trate de infracciones de omisión, culposas o materiales, que se configuran en la ausencia ya sea de intención delictiva, ya sea de un acto material de comisión, la responsabilidad penal de una persona jurídica podrá ser deducida aunque no haya sido establecida la responsabilidad penal de una persona física: efectivamente, esas infracciones han podido ser cometidas por los órganos colectivos de la persona moral sin que haya sido posible descubrir el papel de cada uno de sus miembros y de imputar la responsabilidad personal de la infracción a un individuo determinado» (Circular de 14 de mayo de 1993).

Siendo de otro modo, puede ser incriminada también la persona física, en razón del principio de no-exclusividad de la responsabilidad criminal de la persona jurídica: La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos (art. 121-2, al.3, CP).

En lo que atañe al elemento subjetivo, son exigidos: el dolo en el caso de crimen y la culpa o el dolo eventual en el de delito. No se reclama ningún elemento anímico para las contravenciones (art. 121-3, CPf).

De conformidad con el nuevo texto legal, pueden ser sujetos activos (autor o cómplice) de una infracción penal consumada o intentada la persona natural y la jurídica (art.121-4, CPf).

⁷⁵ Cf. SOYER, Jean Claude, Manuel de Droit Pénal de Procedure Pénale, Paris, L. G. D. J., 1995, pág. 133-135.

Como no podría dejar de ser, el Código Penal galo establece expresamente una lista de sanciones criminales aplicables a la persona jurídica (art. 131-39, CPf). Se afirma la primacía, entre los objetivos de la pena, en el nuevo texto penal, de la intimidación y retribución⁷⁶. Entre las sanciones pueden ser mencionadas las siguientes: la multa (cuyo máximo es el quíntuplo de lo previsto para la persona física); la interdicción definitiva o temporal de ejercer una o varias actividades profesionales o sociales; el control judicial por cinco años o más; el cierre definitivo o temporal del establecimiento utilizado para la práctica del delito; la exclusión definitiva o temporal de los mercados públicos; la interdicción por cinco años o más del derecho de emitir cheques; la confiscación del objeto del crimen; la publicación de la decisión judicial y la disolución. Esta última esta reservada para las infracciones más graves (v.g., crímenes contra la humanidad, tráfico de drogas, estafa, extorsión, terrorismo, moneda falsa).

El sistema sancionatorio francés parece haber sido concebido con el objetivo de neutralizar al delincuente; en cuanto a los aspectos éticos de censura y el papel de la culpabilidad, han sido relegados a un segundo plano.

Con respecto al asunto objeto de examen, aumentan las observaciones en el sentido de que esa responsabilidad supone por sí misma enormes problemas de principio, de los que las sanciones tampoco están exentas. No obstante, parece haber sido el atractivo de la pena lo que ha conducido al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: existe un enlace substancial entre las cuestiones de sanción y el principio de la responsabilidad. Es un Derecho Penal de algún modo autónomo, resultado de un enfoque únicamente técnico. La imputabilidad, el modelo ético del Derecho Penal, los aspectos morales y psicológicos de los comportamientos, no pueden ser pensados de la misma manera para las personas morales y para las personas físicas. ¿Pueden, por otra parte, «ser claramente pensados para entidades abstractas que «viven» apenas en el universo mental de los juristas?»⁷⁷. En ese diapasón se advierte que es preciso tener cuidado para no debilitar inútilmente las empresas y no hacer que inocentes sufran las consecuencias de una pena impuesta a una entidad abstracta, tras acciones de personas físicas bien reales. Se piensa, fundamentalmente, en aquellos que precisan economizar, en los asalariados, en los socios minoritarios, en los dirigentes de la oposición; el principio de la personalidad de la pena está en juego⁷⁸. En

⁷⁶ Cf. BOULOC, Bernard, Généralités sur les sanctions applicables aux personnes morales, *Revue des Sociétés*, 1993, pág. 328.

⁷⁷ LE CANNU, Paul, op. cit., pág. 7.

⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 7.

líneas anteriores, concluye el penalista francés que la «función retributiva de la pena, la búsqueda de la corrección de la persona condenada no tiene tampoco el mismo significado en relación a las personas jurídicas; para ellas el aspecto moral de la sanción se vuelve mucho más abstracto; la imagen de la marca o la reputación no equivalen a la conciencia»⁷⁹.

El juez o tribunal pueden declarar culpable a la persona jurídica y postergar la aplicación de la pena en determinados casos (art.132-60CP). Está vedada la aplicación de las penas de disolución y de control judicial a las personas jurídicas de derecho público, a los partidos políticos y a los sindicatos profesionales.

La pena aplicada a una persona jurídica puede ser objeto de sursis, cuando haya previsión legal (art. 132-4, CP). Una nueva condena en el plazo de cinco años (crimen) o de dos años (contravención) implica la revocación del beneficio.

La Ley de Adaptación (16.12.92) creó el Registro Nacional de Antecedentes Criminales para las personas morales (arts. 768-1, CP). Y el artículo 133-14 del Código Penal establece un régimen bastante liberal para la rehabilitación, posibilitándola en 5 años a partir del pago de multa o de la ejecución de cualquier otra pena.

También normas de procedimiento específicas —de notorio antropomorfismo— se establecen en los artículos 706-41 a 706-46 del Código Procesal Penal.

Finalmente, es útil precisar que aunque la responsabilidad penal de la persona jurídica sea una realidad de derecho positivo, la doctrina permanece en gran parte reticente en cuanto a su fundamento jurídico, aplicabilidad y eficacia — sobre todo en un sistema que se encuentra anclado en el principio de la personalidad de las penas, a nivel constitucional, y en sintonía con el *nullum crime sine culpa*. Sobre estos últimos aspectos, sólo el futuro podrá dar la verdadera respuesta.

III. La previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho brasileño.

La ley penal brasileña de los crímenes ambientales (Ley 9.605 de 12 de febrero de 1998) innova, en su artículo 3.º, caput, al disponer que «las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penal-

⁷⁹ *Ibíd.*, pág. 8.

mente conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de su entidad». Parágrafo único. «La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho».

Se intenta romper, así, por primera vez, el clásico axioma del *societas delinquere non potest*.

No obstante, en rigor, a la vista de la configuración del ordenamiento jurídico brasileño —en especial del subsistema penal— y de los principios constitucionales penales que lo rigen (v.g., principios de la personalidad de las penas, de la culpabilidad, de la intervención mínima, etc.)⁸⁰, resulta extremadamente difícil no admitir la inconstitucionalidad de ese artículo, ejemplo claro de responsabilidad penal por hecho ajeno⁸¹.

Influido, en cierta forma, por el sistema pragmático angloamericano, donde esa forma de responsabilidad es normalmente admitida, tuvo, sin embargo, el legislador patrio, nítidamente, como fuente de inspiración el modelo francés.

Aunque adecuada la elección del paradigma, visto ser el Derecho francés escrito y perteneciente al grupo romano-germánico, no anduvo bien nuestro legislador en su formulación.

De hecho, en Francia, como ya ha sido examinado, se tomó la precaución de adoptar de modo expreso esa especie de responsabilidad en el ámbito del sistema tradicional. La denominada Ley de Adaptación (Ley 92-1336/1992) alteró innumerables textos legales para volverlos coherentes con el nuevo Código Penal, conteniendo incluso disposiciones de procedimiento penal, en el intento de una armonización procesal, particularmente necesaria debido a la previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Más allá de eso, la ley francesa proclama el principio de especialidad, es decir, sólo puede desencadenarse el proceso penal contra la persona

⁸⁰ A propósito de la intervención penal en determinados sectores —como el ambiente—, resalta, con propiedad, que « il naturale adattamento dell'intervento penale alla peculiarità del fenomeno non può implicare un adattamento dei principi alle esigenze di controllo, ma sempre il contrario; la relativa novità dell'intervento non può giustificare una sua modificazione rispetto alle esigenze del sistema, quale si è venuto delineando intorno ai principi dello stato sociale di diritto» (MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1997, pág. 33).

⁸¹ Cf. PRADO, Luiz Regis, *Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica?*, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Edição Especial, 1998, n. 65, págs. 2-3; Ídem, *Curso de Direito Penal brasileiro*, cit., págs. 148-149.

jurídica cuando hubiera estado tal responsabilidad prevista explícitamente en el tipo legal del delito. Se definen, así, de modo taxativo, las infracciones penales que pueden ser imputadas a la persona jurídica.

Ahora bien, en nuestro país se dio exactamente lo opuesto, ya que el legislador de 1998, de forma simplista, no hizo más que enunciar la responsabilidad penal de la persona jurídica, conminándole penas, sin lograr, sin embargo, instituir la completamente. Eso significaría no ser posible su aplicación concreta e inmediata, ya que le faltan instrumentos hábiles e indispensables para la consecución de tal desideratum.

No hay cómo, en términos lógicos, quebrar un principio fundamental como el de la irresponsabilidad criminal de la persona jurídica, anclado sólidamente en el sistema de responsabilidad de la persona natural, sin facilitar, en contrapartida, elementos básicos y específicos conformadores de un subsistema o microsistema de responsabilidad penal, restringido y especial, incluso con reglas procesales propias.

Resalta todavía como imprescindible la existencia de normas armonizadoras que propicien una perfecta convivencia entre una (general) y otra (excepcional) formas de responsabilidad.

En este paso, por otra parte, es obligado concluir, en obediencia ilimitada a los principios de la intervención penal legalizada y de la seguridad jurídica, que sea indispensable la inserción en las normas penales incriminadoras de referencia específica de punibilidad de la persona jurídica, no quedando, así, sometida al mero arbitrio del juez o tribunal⁸².

En esta secuencia se hace necesario realizar un breve análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme al decir legal.

Se desprende del art. 3.º lo siguiente: a) existencia de infracción penal; b) cometida por decisión del representante legal o contractual de la persona jurídica, o de su órgano colegiado; c) en interés o beneficio de su entidad.

Queda asentada, de ese modo, en cuanto a la autoría, la necesidad de conducta punible (acción u omisión) —sea delito, sea contravención—, realizada por acto decisorio de autor cualificado —representante legal o contractual (v.g., presidente, director, gerente, etc.) u órgano colegiado (v.g., asamblea general, consejo de administración, presidencia, etc.) de la persona jurídica, no siendo incluida la figura del empleado subalterno o del administrador delegado, sin ningún poder de decisión.

⁸² Cf. PRADO, Luiz Regis, *Crimes contra o ambiente*, Sao Paulo, RT, 1998, págs. 20 y ss.

El término persona jurídica debe ser entendido en sentido lato; eso significa, que a excepción del Estado en sí, cualquier persona jurídica de derecho privado o de derecho público puede ser responsabilizada, ya que la ley no hace distinción alguna.

Por el propio derecho, conviene destacar, como *conditio sine qua non* de la responsabilidad penal de la persona colectiva, la existencia de una persona física (o grupo de personas); eso quiere decir: ha de presuponerse imprescindiblemente la existencia de un ser humano, como base esencial, que encarne a la persona jurídica, interviniendo por ella y en su nombre. También los elementos objetivos y subjetivos integrantes de determinada infracción penal —imputada a la persona jurídica— se refieren, en verdad, a la persona natural. Mejor explicado: la responsabilidad penal subsiguiente de un hecho punible podrá ser atribuida a la persona moral. Es adoptada, por tanto, la teoría francesa de la responsabilidad por préstamo o por retroceso.

Además de eso, la norma del parágrafo único del art.3.º de la Ley 9.605/98 deja clara la no-exclusión de la responsabilidad individual de la persona física como autora, coautora o partícipe del mismo hecho. Eso para evitar que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas se convierta en un escudo utilizado para encubrir responsabilidades personales»⁸³.

En la cuestión ahora enfocada, falta verificar la condición —relativa al delito— que exige sea cometido en el interés o en beneficio de la persona jurídica. Está claro que esta última no responde si su representante legal o contractual, u órgano colegiado, actúan en nombre propio o de tercero. Se hace indispensable aquí que el agente (representante legal o contractual, u órgano colegiado) realice la infracción penal siempre en el interés (ventaja de cualquier naturaleza-política, moral, etc.) o en el beneficio (favor, ganancia, provecho, económico) de la persona jurídica.

Por otro lado, la ley penal ambiental ha establecido una extensa lista de sanciones aplicables a las personas jurídicas. Así, disponen los artículos 21,22 y 23 de la citada ley, *ipsis litteris* «Art.21. Las penas aplicables aislada, cumulativa o alternativamente a las personas jurídicas, de acuerdo con lo dispuesto en el art.3.º, son: I — multa; II — restrictivas de derechos; III — prestación de servicios a la comunidad. Art.22. Las penas restrictivas de derechos de la persona jurídica son: I — suspensión parcial o total de actividades; II — interdicción temporal de es-

⁸³ Comisión de Revisión del Código Penal francés (Circ. de 14. 05. 1993, Título II, Capág. I, B).

establecimiento, obra o actividad; III — prohibición de contratar con el Poder Público, y de obtener de él subsidios, subvenciones o donaciones. §1.º. La suspensión de actividades será aplicada cuando éstas no hubieran estado obedeciendo a las disposiciones legales o reglamentarias, relativas a la protección del medio ambiente. §2.º. La interdicción será aplicada al establecimiento, obra o actividad que hubiera estado funcionando sin la debida autorización, o en desacuerdo con la concedida, o con violación de disposición legal o reglamentaria. §3.º. La prohibición de contratar con el Poder Público y de obtener de él subsidios, subvenciones o donaciones no podrá exceder el plazo de diez años. Art.23. La prestación de servicios a la comunidad por la persona jurídica consistirá en: I — coste de programas y de proyectos ambientales; II — ejecución de obras de recuperación de áreas degradadas; III — mantenimiento de espacios públicos; IV — contribuciones a entidades ambientales o culturales públicas». El art.24 versa sobre su liquidación forzosa cuando la persona jurídica fuera constituida o utilizada predominantemente con el fin de permitir, facilitar u ocultar la práctica del crimen definido en esta ley.

Partiendo de la existencia de una coherencia lógica mínima en lo establecido por la ley, se sostiene, por exclusión, que el art. 8.º enumera las penas restrictivas de derechos aplicables a la persona física, al tiempo que los arts. 21 y 22 hacen un elenco de las penas específicas de la persona jurídica. Sin embargo, la materia no se presenta de modo tan simple y claro como puede parecer a primera vista, sino exactamente lo contrario. Veamos.

Las penas restrictivas de derechos son cinco y algunas de ellas tienen ya sus equivalentes en el ordenamiento positivo, así: a) prestación de servicios a la comunidad, consistente «en la atribución al condenado de tareas gratuitas en parques y jardines públicos y unidades de conservación, y, en caso de daño de la cosa particular, pública o registrada, en la restauración de ésta, si fuera posible» (arts. 8.º, I, y 9.º)⁸⁴; b) interdicción temporal de derechos, definida como las penas de «prohibición del condenado a contratar con el Poder Público, de recibir incentivos fiscales o cualesquiera otros beneficios, tanto como de participar en licitaciones, por el plazo de cinco años, en el caso de crímenes dolosos, y de tres años, en el de crímenes culposos» (arts. 8.º, II, y 10)⁸⁵; c)

⁸⁴ Código Penal, art. 46: « La prestación de servicios a la comunidad consiste en la atribución al condenado de tareas gratuitas en entidades asistenciales, hospitales, escuelas, orfanatos y otros establecimientos congéneres, en programas comunitarios o estatales»

⁸⁵ Código Penal, art. 47: Las penas de interdicción temporal de derechos son: I — prohibición del ejercicio del cargo, función o actividad pública, tanto como de

suspensión parcial o total de actividades, que será aplicada «cuando éstas no hubieran estado obedeciendo a las prescripciones legales» (arts. 8.º, III y 11); d) prestación pecuniaria, definida como «pago en dinero a la víctima o a la entidad pública o privada con fin social, de importancia, fijada por el juez, no inferior a un salario mínimo ni superior a 360 salarios mínimos. El valor pagado será deducido del montante de la eventual reparación civil a que fuera condenado el infractor» (arts. 8.º, IV, y 12); y e) recogimiento domiciliario, basado «en la autodisciplina y sentido de responsabilidad del condenado, que deberá, sin vigilancia, trabajar, cursar estudios o ejercer actividad autorizada, permaneciendo recogido en los días y horarios de asueto en residencia o cualquier local destinado a su morada habitual, conforme a lo establecido en la sentencia condenatoria» (arts. 8.º, V, y 13)⁸⁶.

Por su parte, el art. 7.º —incisos I y II— dispone que las penas restrictivas de derechos son autónomas y sustituyen a las privativas de libertad en los crímenes culposos o cuando fuera aplicada pena privativa de libertad inferior a cuatro años y la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, tanto como los motivos y las circunstancias del crimen, indicaran que la sustitución sea suficiente a efectos de reprobación y prevención del crimen. Se pregunta: ¿cabe transponer esos criterios a la persona jurídica? ¿Tienen éstas capacidad de culpabilidad? Pero, ¿qué culpabilidad?

En vista de esto, para evidenciar lo inicialmente afirmado, cabe preguntarse, sobre todo, a la luz de los principios constitucionales penales: ¿la pena de interdicción temporal de derechos se aplica tan sólo a la persona física? ¿Puede ésta recibir incentivos fiscales y participar en licitaciones? ¿Esto, porque para la persona jurídica, ya no existe la previsión expresa del art. 22? ¿En qué consiste la pena de suspensión de actividades (art. 11)? ¿Qué actividades y de quién: persona física? Ciertamente, para la jurídica, ¿vale la regla del art. 22, I, o no? ¿La prestación de servicios a la comunidad no es una especie de pena restrictiva de derechos como reza el art. 8.º, I? Entonces, ¿por qué la propia ley, más adelante, en el art. 21, III, la eleva entonces a la categoría de pena distinta? ¿La denominada prestación pecuniaria es una pena patrimonial *stricto sensu*? ¿O una forma de reparación civil disfrazada de san-

mandato electivo; II — prohibición del ejercicio de la profesión, actividad u oficio que dependan de habilitación especial, de licencia o autorización del poder público, III — suspensión de autorización o de habilitación para conducir vehículo».

⁸⁶ Código Penal, art. 48: «El arresto de fin de semana consiste en la obligación de permanecer, los sábados y domingos, cinco horas diarias, en casa de acogida u establecimiento adecuado. Parágrafo único. Durante la permanencia podrán ser impartidos al condenado cursos y conferencias o actividades educativas apropiadas»

ción criminal para facilitar su cumplimiento? ¿Qué se entiende por días y horarios de asueto en la sanción denominada de recogimiento domiciliario? ¿Quién (o qué) los precisará?

En lo tocante a la pena de multa, la ley no la conmina en las disposiciones generales, pero explicita que para su cálculo deberán ser observados los criterios del Código Penal, aduciendo, sin embargo, otro diferente, cuál sea el valor de la ventaja económica obtenida, en el caso de revelarse ineficaz, aunque aplicada en el valor máximo (art. 18). Sería preferible el mantenimiento del criterio único —situación económica del reo—, con la elevación del factor de multiplicación. El Código Penal brasileño (art. 49) adopta el sistema de días-multa, por el cual la pena de multa es determinada «no por una suma en dinero (cantidad fija), como en el sistema tradicional, sino por un número de unidades artificiales (días-multa), según la gravedad de la infracción. Cada día-multa equivaldrá a cierto valor pecuniario (importancia en dinero), variable de acuerdo con la situación del condenado»⁸⁷.

Es preciso esclarecer, además, que «el procedimiento para la fijación de la multa obedece a dos fases absolutamente distintas. En primer lugar, el juez establece un número determinado de días-multa, según la culpabilidad del autor y consideraciones de orden preventivo. A continuación, de conformidad con su condición económica, arbitra el día-multa en una cantidad concreta de dinero. Multiplicándose el número de días-multa por la cifra que representa la tasa diaria, se obtiene la sanción pecuniaria que el condenado debe pagar»⁸⁸.

En el sistema de penas, se revela, una vez más, la fuente de inspiración del legislador patrio.

Entretanto, contrario sensu de la ley brasileña, el Código Penal francés prevé de forma expresa y separada las penas aplicables tanto a las personas físicas (Título III, Cap. 1.º. Sección I — art. 131-1 a 131-6), como a las personas jurídicas (Sección II — art. 131-37 a 131-49).

Otrosí, importa añadir que las penas de suspensión de actividad (art. 22, § 1.º) y de disolución forzosa (art. 24) —verdadera pena de muerte de la empresa—, en general no afectan única y exclusivamente a los autores del crimen, siendo que la aplicación de esas sanciones puede provocar serios problemas sociales (v.g., desempleo). Para esas hipótesis, la ley francesa presenta una sanción penal de gran interés: la denominada *surveillance judiciaire* (art. 131-39-3, CP francés), por la cual se co-

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis, Do sistema de cominação da multa no Código Penal brasileiro, RT, 650, 1989, pág. 250.

⁸⁸ Idem, Multa penal: doutrina e jurisprudência, Sao Paulo, RT, 1993, págs. 74-75.

loca a la persona jurídica, por un periodo de cinco años o más, bajo vigilancia o control judicial. Además se establece todavía, para la persona jurídica, la pena de publicación de la sentencia, incluso con su difusión por la prensa o por cualquier medio de comunicación audiovisual (art. 131-39-9.º, CP francés). No obstante es de destacar que la ley nacional no las ha acogido.

Ahora, de este modo, y concluyendo el asunto, el legislador brasileño de 1998, ha hecho, con la ley 9.605 más una opción criminalizadora, de carácter eminentemente defensivo, que sólo puede ser aceptada si, en un verdadero *tour de force* —pragmático y artificial—, se privilegia político-criminalmente el fin en detrimento del medio. Lo que es inadmisibles en un Derecho Penal de perfil liberal y democrático, que tenga al ser humano como centro de todo Derecho.