

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA MORAL

Jean Pradel

(p. 75) *SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión: 1. Rechazo de la responsabilidad. 2. Admisión de la responsabilidad. II. Soluciones del derecho positivo. III. Ambito de responsabilidad de las personas morales: 1. Qué personas son concernidas? 2. Qué tipo de infracciones? IV. Requisitos de la responsabilidad penal de las personas morales: 1. Requisitos de fondo. 2. Requisitos de procedimiento.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En su calidad de gerente u órgano de una persona moral, un individuo comete una infracción por cuenta de aquélla. El sujeto activo es evidentemente un delincuente y deberá responder por su falta personal. Pero se puede igualmente considerar como delincuente a una persona moral en aras de adaptar mejor la represión? se trata en el presente caso de plantear la cuestión de la responsabilidad penal de las personas morales.

(p. 76) Anteriormente se rechazaba la posibilidad de admitir la responsabilidad de las agrupaciones. Actualmente se acepta dicha responsabilidad. De esta manera se presentan esquemáticamente las posiciones doctrinarias.

1. Rechazo de la responsabilidad

En el siglo XIX, se rechazó en Francia (pero en menor medida en el extranjero, particularmente en la doctrina del common law), la idea de una responsabilidad penal de las agrupaciones. Se afirmaba *societas delinquere non potest*. Los autores invocaban la voluntad del legislador, pues los redactores del Código de Napoleón (1810) no habían previsto dicha forma de responsabilidad. Se consideraban igualmente tres argumentos extralegales:

- a) La agrupación es una ficción puesto que no posee voluntad personal. Sólo las personas naturales poseen este atributo, el cual es condición indispensable de la responsabilidad.
- b) La agrupación surge en la vida jurídica para cumplir un fin social; éste no puede ser evidentemente el de cometer infracciones (principio de especialidad).
- c) Existe incompatibilidad entre la pena y la agrupación. La idea de pena ha sido concebida en función de los individuos.

(p. 77) Estos eran los argumentos principales de los pocos autores que se planteaban el problema¹. Además de estos argumentos, se señalaba la injusticia que resultaría de la admisión de la responsabilidad penal de las personas morales: "penando a la persona jurídica ... se afecta de manera indistinta e indiferente a todos sus miembros, tanto aquellos que han deseado el delito como aquellos que no lo han querido ... el establecimiento de dicha forma de responsabilidad no constituye un progreso sino más bien un retroceso de varios siglos atrás"².

A lo sumo, algunos autores proponían la aplicación de medidas intermedias, las que desde su perspectiva, permitían conciliar el principio lógico de la irresponsabilidad y las necesidades sociales. Por

¹ Vidal J., Cours de droit administratif et de science pénitentiaire, 2da. edición, 1901, n. 65 bis.

² Roux J. A., Rapport au Congrès de l'Association internationale de droit pénal (Bucarest 1929), in Revue internationale de droit pénal, 1930, p. 69.

ejemplo, J. A. Roux sugería considerar como circunstancia agravante el hecho que un delito haya sido cometido por un individuo actuando como representante de una agrupación y proponía que ésta fuera objeto de una medida de seguridad³. Esta posición estaba influida por el creciente número de agrupaciones y, en realidad, anunciaba un cambio de orientación.

2. Admisión de la responsabilidad

A fines del siglo XIX y de manera cada vez más acentuada a lo largo del siglo XX, se produce un fenómeno nuevo, fundamental: se desarrolla la economía y, en consecuencia, el derecho penal económico. Así, las disposiciones penales son cada vez más numerosas, por ejemplo, en materia de precios, consumo, relaciones de trabajo, sociedades, cuestiones ambientales. Ahora bien, las infracciones previstas son frecuentemente cometidas en el marco del funcionamiento de una empresa o, mejor dicho, en el marco de una persona jurídica. Esta **(p. 78)** aparece entonces como "el instrumento" mediante el cual actúan determinados individuos. Desde entonces, ha sido retomada la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas morales.

Vamos a reflexionar nuevamente sobre la base de los tres argumentos mencionados y a constatar que éstos son susceptibles de réplica.

a) A la idea de la ficción, se responde mediante el argumento del carácter real de la agrupación, consagrado por la jurisprudencia civil⁴. Para el penalista, la agrupación es una realidad y a doble título. En principio, la agrupación puede cumplir con los elementos materiales de determinadas infracciones. Ciertamente, no puede cometer infracciones contra las personas o contra las buenas costumbres. Pero es seguro que puede cometer falsificaciones, estafas, abusos de confianza, delitos tributarios y, en general, todas aquellas infracciones que no supongan una actividad corporal directa. En la práctica, la delincuencia de las agrupaciones es una realidad criminológica. Además, la agrupación tiene una voluntad propia. Esta voluntad es incluso supuesta puesto que nace del encuentro de varias voluntades individuales. El elemento psicológico de la infracción, como se señala frecuentemente, no está por tanto ausente.

b) Al argumento del principio de especialidad, se opone un argumento de sentido común: aun si la comisión de infracciones no está prevista, en el estatuto de la agrupación, como su objetivo, se constata sin embargo, en la práctica, que determinadas agrupaciones tienen una actividad diferente de aquella para la cual sus miembros la crearon. Y esta actividad puede consistir en la comisión de infracciones. Por ejemplo, una empresa, creada para fabricar papel, contamina además cursos de agua vecinos. No existe en este caso ninguna razón para no considerar responsable a esta empresa.

(p. 79) c) Queda aún el argumento deducido de la compatibilidad entre la noción de pena y aquella de la agrupación. Pero este argumento presenta tres aspectos que es necesario distinguir. En principio, en relación con la naturaleza de la pena, no existe ninguna dificultad porque si el argumento va en el sentido de que las sanciones privativas de la libertad son inaplicables, otras como la multa, la confiscación, la clausura del establecimiento, la interdicción de realizar una actividad o la disolución (equivalente a la pena de muerte) son perfectamente aplicables. Se ha señalado además que los fines de la pena encuadran mal con la responsabilidad de las personas morales: la función de corrección, tan esencial, no tendría sentido en este caso. A esto podemos responder que la pena tiene también funciones de intimidación y de prevención, perfectamente compatibles con la naturaleza particular de la agrupación. Se ha afirmado, finalmente, que la pena, aplicada a una persona moral, alcanzaría tanto a inocentes como a culpables. Se olvida que existen procedimientos para cubrir a los miembros dignos de protección de la agrupación, como es el caso de los que actúan de buena fe o los asalariados, golpeándose sin embargo al "instrumento" peligroso.

Los argumentos mencionados son convincentes. Por otro lado, esta responsabilidad ingresa poco a poco en los usos de la práctica. En un proceso por delito de acuerdo ilícito (entente prohibée) el fiscal declaró: "El honor de los que comparecen aquí no se encuentra en cuestión. Saludo su valor y su competencia.

³ Id., p. 72.

⁴ Ver por ejemplo, Civ. del 28 de enero de 1954, 217, nota de Levasseur.

Ellos pertenecen a empresas bien administradas que tienen en su dirección a hombres eminentes. Juzgamos solamente a esas empresas porque actuaron indebidamente contra la legislación económica"⁵.

(p. 80) En la actualidad, a los tres argumentos que venimos de enunciar y que son sólo la negación de los argumentos mencionados previamente, se agregan otros tres más, que son sin duda los más importantes.

a) El primero es de carácter doctrinal y de derecho comparado. El principio de la responsabilidad penal de las agrupaciones es admitido, hoy en día, por casi toda la doctrina. Fue aceptado en el Proyecto de revisión del Código penal elaborado en 1934 por la Comisión Matter y también en varios Congresos Internacionales (Bucarest en 1929, Roma en 1953, Budapest en 1978). El movimiento se acentúa actualmente con las Recomendaciones (81) 12 y (88) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la criminalidad económica⁶ y con la Resolución adoptada en el Cairo, en el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal⁷. Igualmente, se encuentra consagrada en el derecho positivo de numerosos países. Es el caso de Inglaterra, Canadá, EE.UU. y los Países Bajos (ley del 23 de junio de 1976). Es cierto, que los países latinos no son favorables a tal forma de responsabilidad y que en Alemania, los autores dudan aún sobre su conveniencia⁸.

b) El segundo argumento es de orden práctico. La persona moral es más solvente que las personas individuales, más aun si se trata de subordinados (teoría de la deep pocket). Por lo que es razonable de perseguirla. Lo es igualmente porque, algunas veces, la persona moral es la que paga las multas impuestas a su personal. Se trata, por tanto, de alinear la realidad al **(p. 81)** derecho. Finalmente, resulta difícil perseguir al individuo responsable. Especialmente, en razón de la dificultad para identificarlo con certitud. En consecuencia, puede ser necesario un reproche a la persona moral frente a la opinión pública.

c) Podríamos estar tentados a pensar que si la persona moral es la única perseguida se podría llegar a excluir la responsabilidad del dirigente. Este argumento cae por su propio peso si el legislador tiene cuidado de dictar ciertas medidas. Podemos, por ejemplo, imaginar que el Ministerio Público, al perseguir a la persona jurídica, advierta sobre el particular a los representantes del personal o al comité de la empresa. Esto provocaría escándalo en el seno de la misma empresa y su director vería su prestigio afectado. Es exactamente lo que prevé nuestro derecho (art. R. 131-36 C.P.) cuando, en el Código penal de 1994, se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A continuación, examinaremos el derecho positivo.

II. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO POSITIVO

Debemos diferenciar dos situaciones de importancia desigual. En primer lugar, determinadas leyes consagran una responsabilidad penal indirecta de la agrupación. En este caso, ésta no es sometida a proceso, sino únicamente condenada a pagar la multa impuesta a un individuo. Así, el artículo 36 de la ley del 9 de diciembre de 1905 sobre la separación entre la Iglesia y el Estado, declara a las asociaciones culturales responsables civilmente, bajo determinadas condiciones, por las infracciones cometidas por los ministros del culto. Según el artículo L. 263-2-1 del Código de trabajo "cuando una de las infracciones enumeradas en el inciso 1 del artículo L. 263-2 que ha provocado la muerte o heridas, en las condiciones definidas en los artículos 221-6 y 222-19 Código penal, o involuntariamente heridas, golpes o enfermedades que no comporten incapacidad personal para el trabajo superior a tres meses, y haya sido cometida por un subordinado, el tribunal puede, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y las **(p.**

⁵ Edición del diario Le Monde del 09-10 de marzo de 1969, p. 10.

⁶ Tsitsoura A., *in* Revue internationale de droit pénal, 1983, p. 811 s.

⁷ Revue internationale de droit pénal, 1983, p. 77 ss.

⁸ Ver sin embargo un paso en favor de esta responsabilidad en la ley de primero de julio de 1986, la que en un caso de imputación de una infracción administrativa a un miembro de una agrupación, la condena al pago de una multa administrativa. A nivel del derecho comparado ver el cuadro interesante de Mireille Delmas -Marty, *Droit pénal des affaires I*, p. 123 s.

82) condiciones de trabajo del interesado, decidir que el empleador pague, en todo o en parte, las multas⁹. Finalmente, podemos citar el artículo 54 de la Ordenanza del 1 de diciembre de 1986 concerniente a la libertad de precios y la competencia, según el cual "la jurisdicción (penal) puede condenar solidariamente a las personas morales al pago de las multas pronunciadas contra sus dirigentes".

En cuanto a la responsabilidad penal directa de la persona moral, su historia es aún más interesante aunque igualmente más fluctuante. Podemos distinguir tres periodos.

La Ordenanza criminal de 1670 (título 21) señalaba, en cinco artículos, las formas de procesar a las colectividades e indicaba las penas que les podían ser impuestas (especialmente, multas y privación de privilegios).

Sin embargo, con el Código penal de 1810 el individualismo deviene omnipresente. La responsabilidad de las personas morales resultaba entonces impensable. Las Cámaras de justicia criminal señalaron, en sentencias bastante claras que las personas morales no podrían sufrir una pena, ni siquiera pecuniaria. En efecto, "la multa es una pena y toda pena es personal; salvo las excepciones previstas por la ley; ésta no puede por tanto ser pronunciada contra una persona jurídica, la cual no puede ser responsable si no civilmente"¹⁰. A lo sumo, la jurisprudencia aceptaba la responsabilidad de las personas morales por las infracciones materiales punibles independientemente de toda actitud psicológica¹¹ y cuando la sanción era **(p. 83)** una medida de seguridad, como la confiscación o el cierre del establecimiento¹².

Durante la vigencia del Código de 1810, el legislador se mostró tímido. Muy raras eran las disposiciones que, en dominios particulares, afirmaban la responsabilidad penal de las personas morales¹³ o que la sugerían¹⁴.

Es de mencionar el caso de los acuerdos ilícitos. La Ordenanza del primero de diciembre de 1986 sobre los precios prevé la posibilidad de imponer una "sanción pecuniaria" a una empresa (art. 13). Sin duda, esta sanción no es técnicamente una sanción penal. La Ordenanza habla de sanción y no de multa y su aplicación es de la competencia del Consejo de la Competencia, "autoridad administrativa independiente", y no la jurisdicción penal. Además, el recurso de apelación es presentado ante la Corte de Apelaciones de París y el recurso de casación ante la Cámara Comercial de la Corte de Casación. Sin embargo, en realidad, esta sanción es cuasipenal por dos razones: su contenido la asemeja a una multa, el procedimiento es bastante similar al procedimiento seguido ante un juez penal. Finalmente, es de indicar que la responsabilidad penal de la empresa había sido prácticamente aceptada cuando fue admitida expresamente mediante la ley del 16 de diciembre de 1992 (art. 291) y luego desconocida por ley del 1 de febrero de 1994. Esto significaba su casi admisión y que no se podía penar dos veces a la empresa por la misma acción.

(p. 84) Tendrá que esperarse la revisión del Código penal para que sea consagrada verdaderamente la responsabilidad penal de las personas morales. El artículo 121-2 C.P. sienta las bases de esta responsabilidad fijando el alcance y las condiciones.

⁹ Ver en este sentido art. L 21, C.R., y M. Roger, 1978, chr. p. 73 s., n. 16 s.

¹⁰ Crim., 8 de marzo de 1983, in Recueil Sirey 1885, I, 470; 2 de diciembre de 1905, Recueil Sirey, 908, I, 558; 10 de enero de 1929, in Recueil Dalloz hebdomadaire, 1929, 164; 16 de mayo de 1930, Recueil Dalloz hebdomadaire, 1930, 431; 16 de diciembre de 1948, in Bulletin criminel, n. 291; 6 de enero de 1954, Bulletin criminel, n. 250; 2 de diciembre de 1980, Bulletin criminel, n. 326.

¹¹ Crim., del 7 de marzo de 1918, in Recueil Dalloz, 1921, I, 217, nota Nast; del 18 de febrero de 1927, in Recueil Sirey, I, 291; J. Pradel y A. Varinard, I, n. 38; del 25 de abril de 1968, in Jurisclass eur périodique (semaine judiciaire), 1969, II, 16100, nota Puech.

¹² Crim. del 20 de enero de 1960, in Jurisclass eur périodique, 1960, II, 11774, nota Legeais, sentencia que aplica una sanción a la empresa "encontrada cometiendo un delito".

¹³ Ordenanza n. 45.1483 del 30 de junio de 1945 sobre precios, art. 53, abrogada en 1986.

¹⁴ Ley del 2 de enero de 1970 sobre los agentes inmobiliarios y que define en términos generales a "toda persona" que haya cometido una de las infracciones previstas en el art. 18.

III. EL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MORALES

1. *Qué entidades son concernidas?*

No obstante el carácter general del artículo 121-2 C.P. existen dos límites.

En primer lugar, la ley sólo considera las agrupaciones que tienen personalidad jurídica. En el Proyecto de 1976, se había tomado en cuenta a las "agrupaciones comerciales, industriales y financieras" y el Proyecto de 1978, aun más amplio, se refería a "toda agrupación". Se retenía así una noción de hecho. Este no es el criterio adoptado en el nuevo Código penal. Este habla únicamente de "personas jurídicas". En consecuencia, toda agrupación que esté desprovista de personalidad jurídica no puede ser condenada. Es el caso de las sociedades de hecho y de las sociedades de participación reguladas en los artículos 1871 y 1873 del Código civil.

En segundo lugar, entre las personas morales son de mencionar algunas pocas excepciones. En principio, el art. 121-2, inc. 1 C.P., excluye al Estado. Teniendo el monopolio del derecho de penar, éste no se puede castigar a sí mismo. Igualmente, las colectividades territoriales y sus agrupaciones. Sin embargo cesa su irresponsabilidad cuando se trata de infracciones cometidas en el marco de las actividades que pueden ser objeto de convenciones de delegación de servicio público (art. 121-2, inc. 2 C.P.). Esta limitación es importante, en la práctica, puesto que es frecuente que las comunas exploten mediante concesiones un servicio de transporte escolar, de recojo de basura o de distribución de agua. En tales casos tanto la comuna como la sociedad concesionaria pueden ser responsables.

(p. 85) Dicho esto, toda otra persona jurídica puede ser responsable. Durante los trabajos parlamentarios, la discusión fue bastante fuerte en lo referente a los sindicatos, las asociaciones no lucrativas y las instituciones representativas de personal. Finalmente, el legislador admitió la responsabilidad de estas personas jurídicas. El principio de igualdad ante la ley exigía una aplicación del nuevo principio a todas las personas morales, porque aún cuando la Constitución garantice una libertad, ésta no puede ser ejercida arbitrariamente dado que todos deben respetar el principio de legalidad¹⁵.

Pueden surgir dos dudas respecto a casos que tienen lugar en los momentos extremos de la existencia de la persona moral. Primero, cuando ésta se encuentra en vías de formación, ¿se le puede imputar una infracción? Es de tener en cuenta que el periodo de constitución puede durar varios meses. Debe admitirse que durante este periodo de "gestación", únicamente los fundadores pueden ser perseguidos, salvo el supuesto de "confirmación" de los actos de los fundadores una vez que la persona moral está constituida. La persona moral puede ser perseguida, por ejemplo, por encubrimiento (el hecho de beneficiarse conscientemente del producto de una infracción, art. 321-1 C.P.) o por el delito cometido por los fundadores a quienes la persona moral sucede. El principio sigue siendo el de irresponsabilidad de la persona moral. ¿Qué pasa en el caso de las infracciones cometidas durante el periodo de liquidación de la persona moral? El principio debe ser invertido: la persona moral puede ser perseguida porque su personalidad "sobrevive" durante la liquidación por la necesidad de que ésta se lleve a cabo (art. 1844-8 C.C., art. 391-2 de la ley del 24 de agosto de 1966)¹⁶.

(p. 86) 2. ¿Qué tipo de infracciones?

Mientras que con relación a las personas morales, el legislador adoptó el principio de generalidad (todas son responsables, salvo...), respecto a las infracciones consagró el principio de especialidad. Las personas morales sólo pueden ser declaradas responsables por las infracciones previstas expresamente en la ley. En este sentido, el art. 121-2, inc. 1 C.P. establece que "las personas morales...son responsables penalmente...en los casos previstos por la ley o el reglamento, de las infracciones cometidas".

¹⁵ Cf. en este sentido, el acuerdo de la Asociación francesa de derecho penal en su Congreso de Pau, en setiembre de 1978, *in* *Revue internationale de droit pénal*, 1980, p. 177.

¹⁶ Urbain-Parleani, les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales, *in* *Revue soc.*, 1993, p. 239 s.

Ahora bien, sucede que el legislador ha previsto con bastante frecuencia, con relación a esas infracciones, que la persona moral es responsable.

En cuanto a los delitos, el nuevo Código penal prevé la responsabilidad de las personas morales en relación con el genocidio, el homicidio y las heridas involuntarias (pero curiosamente no para las voluntarias), el tráfico de estupefacientes y el blanqueo de dinero, la puesta en peligro de muerte, las discriminaciones, el proxenetismo, el atentado a la vida privada, el hurto, la extorsión, el chantaje, la estafa, las malversaciones (como el abuso de confianza), la receptación, los daños, la traición, el espionaje, el atentado, el complot, la participación en un movimiento insurreccional, la corrupción, el tráfico de influencia, la usurpación de funciones o de título, la falsificación de documentos y de moneda, los actos de terrorismo, etc.

La responsabilidad es también admitida de manera amplia en el ámbito de las contravenciones. El nuevo Código la estatuye, por ejemplo, en el caso de los atentados involuntarios a la integridad de las persona, la difusión de mensajes indecentes, las amenazas de destrucción que entrañan un daño ligero, los atentados contra la moneda, la utilización de pesos y medidas diferentes a los establecidos por la ley.

Finalmente, deben mencionarse diversas leyes posteriores al nuevo Código penal. En primer lugar, la ley de adecuación del 16 de diciembre de 1992 prevé frecuentemente la responsabilidad de las **(p. 87)** personas morales. Es el caso de los atentados a los intereses fundamentales de la nación en tiempos de guerra, las infracciones al derecho minero y al derecho de autor, la quiebra, las infracciones ambientales¹⁷.

Así mismo, un gran número de leyes especiales ha consagrado dicha responsabilidad. Citemos algunos ejemplos. La ley del 29 de enero de 1993, la prevé para determinadas infracciones en materia de precios (Ordenanza del primero de Diciembre de 1986 modificada en su artículo 31 sobre la facturación y en su artículo 33 sobre la no comunicación de las condiciones de venta por el mayorista). Otra ley del 20 de diciembre de 1993, la ha previsto en materia de derecho laboral, no de manera general sino para determinados delitos relativos al trabajo ilegal (art. 152-3-1, 362-6 y 364-10, Código del trabajo). Una ley del 4 de enero de 1994 la consagra en materia de control del Estado sobre las empresas de seguros (art. 310-27 y 28, Código de seguros). Otra ley del 2 de febrero de 1995, sobre la protección del medio ambiente, la ha previsto para determinadas infracciones tratadas en el libro II del nuevo Código penal (preservación de los medios acuáticos y protección de patrimonio piscícola), en el Decreto del 9 de enero de 1852 sobre la pesca marina, en la ley del 7 de julio de 1976 sobre la polución marina y en otra ley de la misma fecha sobre la polución del mar por actos de incineración (art. 81). Una ley del 13 de mayo de 1996 prevé la responsabilidad de las personas morales en caso de blanqueo de dinero (art. 324-9 C.P.), etc. Así, el legislador se decidió por la modalidad casuística, sin adoptar una política general basada en criterios precisos. Actúa por tanto como lo hace cuando otorga a determinadas asociaciones el derecho de ejercer la acción civil.

En efecto, muchos dominios escapan a la responsabilidad de las personas morales, como es el caso del derecho tributario o aduanero, el derecho de sociedades comerciales, el derecho del consumidor¹⁸ y la mayor parte del derecho laboral (sólo pueden ser imputados a una **(p. 88)** persona moral el empleo de mano de obra extranjera y el albergue colectivo irregular, el trabajo clandestino, el marchandage *, y las discriminaciones ilícitas). Esta actitud del legislador podría conducir, sobre todo teóricamente, a los jueces deseosos de castigar a una persona moral a elegir una calificación que prevea la responsabilidad de las personas morales y no una calificación vecina que no lo haga (por ejemplo, abuso de confianza y no abuso de los bienes sociales; puesta en peligro de una persona y no violación por el empleador de las reglas de higiene y seguridad).

¹⁷ Ver Pradel Jean, Le nouveau Code pénal. Partie générale, A.L.D., p. 190 s.

¹⁸ Crim. del 30 de octubre de 1995, B.C., n. 336.

IV. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MORALES

1. Requisitos de fondo

Según el artículo 121-2, inc. 1 C.P., "las personas morales...son responsables penalmente...de las infracciones cometidas a su nombre, por los órganos o representantes". De acuerdo con esto, se puede establecer dos condiciones.

a) La infracción debe ser cometida por un órgano o representante de la persona moral. Esta primera condición significa que una persona moral es responsable sólo si la infracción ha sido realizada por un individuo. El acto de este último es la condición necesaria de la responsabilidad de la persona moral. Donnedieu de Vabres hablaba del substratum humano, necesario en la responsabilidad de las personas jurídicas.

Y este substratum es un "órgano" o un "representante" de la persona moral. Los órganos son la Asamblea General, el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia (inclusive el Consejo Municipal) y el Directorio que, según el artículo 124 de la ley del 24 de julio de 1966, se encuentra investido "de amplios poderes para actuar, en toda circunstancia, en nombre de la sociedad". En cuanto a los "representantes" son individuos determinados como el Director general, el gerente, el alcalde. Por el contrario, un subalterno no comprometerá a la persona (p. 89) moral a no ser que haya obtenido una delegación del superior jerárquico y siempre que sean cumplidas las condiciones de la delegación.

Entre las dificultades que pueden presentarse podemos señalar tres. Primero, ¿se puede asimilar el directivo de hecho a un representante de derecho? Sabemos que el gerente de hecho es aquel que posee realmente el poder sin tener el título para tal función (en tanto que el falso gerente u hombre de paja tiene el título pero no el poder). En una Ordenanza del 5 de mayo de 1945 sobre las empresas de comunicación que hubieran colaborado con el enemigo, se previó que el gerente no podía generar la responsabilidad de la persona moral, si no había sido nombrado de acuerdo a la ley y a los estatutos¹⁹. En la actualidad, el Código no dice nada al respecto. Aunque parece que corresponde dar la misma respuesta, puesto que el gerente no ha recibido ninguna investidura de la persona moral, la cual se encuentra obligada y colocada como víctima (a menos que los miembros de la persona moral no hubieran reclutado de facto al gerente).

Segundo, ¿qué sucede si el gerente sobrepasa el límite de sus atribuciones? Parece ser que la responsabilidad de la persona moral resulta comprometida. En efecto, el representante es nombrado (hipotéticamente) de manera regular por la persona moral. El principio de la responsabilidad de la persona moral perdería todo interés si se limitase la aplicación a los actos que no impliquen ningún exceso. Podemos agregar en favor de esta solución un argumento de carácter legal que se deduce del art. 131-39 C.P. Este artículo, al prever la posibilidad de pronunciar la disolución de la persona moral cuando ésta haya sido desviada de su razón social a efecto de cometer una infracción, supone un exceso de atribuciones por parte de sus órganos o representantes.

Finalmente, ¿es responsable la persona moral si la persona física (el representante) ha actuado bajo coacción? Debido a que el artículo 121-2 C.P. habla de "infracciones cometidas", se puede dudar entre (p. 90) dos alternativas: de un lado, una concepción materialista estrecha que incluye únicamente en el concepto de infracción a los actos materiales y, de otro lado, una concepción psicológica amplia que incluye además las actitudes mentales del agente. Aun si en general la primera perspectiva es la más justa, la segunda es, en este caso, la mejor. En efecto, si la responsabilidad personal del dirigente es una condición previa de la responsabilidad de la persona moral y la coacción la excluye, entonces la responsabilidad de la persona moral desaparece igualmente. Del mismo modo, el dirigente que ha actuado bajo coacción, por ejemplo bajo una presión irresistible de otra sociedad, no compromete a la persona jurídica.

Si la responsabilidad de la persona moral presupone la de los individuos que la conforman, es lógico que estos últimos puedan ser igualmente perseguidos penalmente. Esta es la posición adoptada en el artículo

¹⁹ Ver sin embargo Paris, 21 de diciembre de 1949, D. 1950, 434, nota de Donnedieu de Vabres, sentencia en la que se decidió en sentido contrario.

121-2, inc. 3 C.P.: "La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos". La cuestión fue sin embargo objeto de discusión a nivel parlamentario. Pero finalmente fueron previstas las dos formas de responsabilidad.

En los trabajos preparatorios del nuevo Código, la idea de la responsabilidad de los dirigentes fue considerada como de derecho estricto. La exposición de motivos del proyecto de ley de febrero de 1986 lo daba a entender cuando señalaba: "...desaparecer (con la creación de la responsabilidad penal de las personas morales) la presunción de responsabilidad penal que hoy en día recae realmente sobre los dirigentes por las infracciones cuya existencia éstos ignoran algunas veces...". Así mismo, durante los debates parlamentarios se señaló que la responsabilidad penal de las personas morales "evitará poner en juego la responsabilidad del patrón, el cual muchas veces no tiene que ver nada con el delito, pero a quien se busca perseguir porque es el responsable de la empresa"²⁰.

(p. 91) ¿Qué actitud adoptarán los Magistrados? ¿Ante la posibilidad legal de una doble persecución, van a procesar y condenar únicamente a una de las dos personas, en los hechos a la persona moral (teoría de la responsabilidad alternativa) o por el contrario a las dos (teoría de la acumulación de responsabilidades)?

En determinadas jurisdicciones, en particular en París y Versalles, es la persona moral la perseguida, dado que el dirigente no es procesado. En resumen, se procede como si existieran dos infracciones, una cometida por la persona física y la otra por la persona moral, dotada de una voluntad propia. En una decisión parisina²¹, se consagra la teoría de la realidad de la persona moral, "la que reconociendo a la agrupación una voluntad propia, permite liberarse claramente de la constatación previa de la responsabilidad de los individuos"²². Además, se habla de una sociedad que "ha cometido una negligencia grave susceptible de dar lugar a su responsabilidad". En una sentencia del Tribunal de Versalles, se señala que el delito "es el fruto de una política deliberada de la empresa"²³. Ambas decisiones son bastante esclarecedoras.

En otras jurisdicciones son comprendidas tanto la persona moral como las personas físicas (en los hechos, el directivo)²⁴. En este caso, se hace como si no existiera más que una sola infracción imputada a dos personas diferentes: la persona moral y el directivo, lo cual se corresponde con lo establecido por el art. 121-2, párrafos 1 **(p. 92)** y 3 C.P. En resumen, la responsabilidad penal de la persona moral se deduce de la criminalidad de la persona física (*emprunt de criminalité*). Este es el criterio utilizado entre nosotros, desde hace mucho tiempo, para explicar la noción de complicidad. El cómplice «toma prestado» la criminalidad del autor principal²⁵.

¿Qué pensar de todo esto? Nos parece necesario distinguir los diferentes casos.

²⁰ Intervención de Hyst, Joan, 12 de octubre de 1989, p. 3405, segunda columna.

²¹ Tribunal Correccional, París, 3 de noviembre de 1995, *in* Droit social, 1996, nota de A. Coeuret, R.S.C., 1996, 392, obs. G. Giudecelli-Delage, condenación de dos sociedades por heridas involuntarias con ocasión de un accidente de trabajo.

²² Coeuret A., p. 159 (nota 21)

²³ Tribunal Correccional, Versalles, 18 de diciembre de 1995, *in* J.C.P., 1996, II, 22640, nota de J. H. Robert, condenación de una sociedad por *marchandage**. En este sentido Lambois C., la responsabilité pénale des personnes morales, *in* Les petites affiches, del 6 de octubre de 1993, p. 51.

²⁴ Tribunal Correccional Verdun, 12 de julio de 1995, *in* J.C.P., 1996, II, 22639, nota de C. Guéry et G. Acomando, con relación a un accidente de trabajo.

²⁵ En la doctrina francesa, la noción de autor se explica por el criterio de «*emprunt de criminalité*». El punto de partida es el rechazo de la idea que la complicidad constituye una infracción autónoma. El acto de complicidad está relacionado con la acción principal y no con el autor principal. La criminalidad del cómplice es «tomada prestada» de la criminalidad del acto del autor principal. En esta perspectiva dos circunstancias caracterizan el criterio francés: primero, el acto del autor y del cómplice reciben la misma calificación (por ejemplo, homicidio y complicidad de homicidio) y, segundo, si el acto cometido por una persona no cumple los requisitos de un tipo legal, quien coopera en su realización no es un cómplice. (nota del traductor).

Tratándose de infracciones intencionales, la acumulación es razonable. Se puede evidentemente perseguir tanto a la persona física como a la persona moral, dado que ésta resulta beneficiada por el crimen y está representada por los directivos que son su cerebro y se identifican con ésta. La culpa de los directivos puede ser asimilada a la de la persona moral misma, al punto de podérsela atribuir²⁶. Y aún en los casos en que la persona moral hubiera sido creada con el fin de cometer infracciones, su persecución se impone.

En caso de delitos no intencionales (delitos culposos y contravenciones) se puede admitir una regla general y una excepción. La regla general es la responsabilidad única de la persona moral. O bien en realidad la falta del directivo no llega a ser establecida. Como se señala, además, en la circular de aplicación de 14 de mayo de 1993 con relación a las infracciones por negligencia y por omisión, "la (p. 93) responsabilidad penal de un persona moral puede ser considerada aún cuando no se haya establecido la responsabilidad penal de la persona física: en efecto estas infracciones podrían haber sido cometidas por los órganos colectivos de la persona moral sin que sea posible descubrir el papel de cada uno de sus miembros y de imputar la responsabilidad personal de la infracción a un individuo determinado". Se puede dar una segunda situación: el proceso ha establecido la falta del directivo, pero la misma es excesivamente tenue. En ambas hipótesis, es posible aplicar el principio de la sola persecución de la persona moral (lo que permite designar un representante en interés de las víctimas). Además, esto se adecua, sino al contenido literal de la ley (el art. 121-2 C.P.), por lo menos a la voluntad del legislador, expresada en la exposición de motivos de febrero de 1986. Sin embargo y de manera excepcional, si la falta del directivo o delegado es seria y se encuentra probada, el proceso podrá alcanzar tanto a la persona moral como a la persona física. Este puede ser el caso específico de los accidentes de trabajo en la hipótesis en que el jefe de la empresa, por economizar, no respete escrupulosamente las prescripciones de higiene y seguridad exponiendo de este modo a sus empleados a accidentes y enfermedades profesionales (él puede incluso haberlos puesto en peligro en determinados casos).

b) La infracción debe ser cometida por cuenta de la persona moral. ¿Cómo se puede entender la expresión "por cuenta" utilizada por el artículo 121-2, inc. 1 C.P.? Es evidente que la persona moral no es responsable si el órgano o representante ha actuado por interés propio o de un tercero (con relación a la persona moral) e incluso contra los intereses de la persona moral.

Actuar por cuenta de la persona moral significa actuar en su provecho o interés. Puede tratarse de un beneficio material o moral, actual o eventual, directo o indirecto. Citemos el ejemplo de un directivo que coopta irregularmente a un colaborador a fin de obtener un mercado o que realiza una publicidad engañosa para afectar a una sociedad concurrente.

(p. 94) Si este requisito es lógico, su aplicación es delicada porque "en la mayoría de las infracciones el interés particular se encuentra insertado en el interés colectivo"²⁷.

2. Requisitos de procedimiento

Las cuestiones de procedimiento se encuentran reguladas en la ley de adecuación del 16 de diciembre de 1992 que incorpora al Libro IV un Título XVIII denominado "De la persecución, de la instrucción y del juzgamiento de las infracciones cometidas por las personas morales" (arts. 706-41 al 706-46). Sin entrar en detalles debemos señalar que el legislador, motivado por un evidente antropomorfismo, es parco en esta materia, por lo que las personas morales deben ser tratadas procesalmente, en la medida de lo posible, como si se tratasen de personas físicas. Las particularidades se presentan esencialmente en el inicio de la acción penal, en la instrucción y en el registro judicial.

Tratándose de la primera, son competentes el Ministerio público y las jurisdicciones del lugar de la infracción y de la sede de la persona moral. La persecución penal es dirigida contra el representante legal

²⁶ Ver en este sentido la teoría jurisprudencial inglesa de la identificación, *in* Pradel, Droit pénal comparé, 1995, n. 219.

²⁷ J. Borricand, Pour une responsabilité pénale de tous les groupements ?, *in* Annales de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, fascículo 18, 1981, p. 143.

de la persona moral. Si también es dirigida contra el representante legal, el presidente del Tribunal designa un mandatario judicial.

A nivel de la instrucción, el representante de la persona moral no puede ser considerado como la persona bajo investigación (a menos evidentemente que sea involucrado igualmente en el proceso). El juez de instrucción puede colocar a la persona moral bajo control judicial aún cuando solamente sean aplicables determinadas modalidades de control. Entre éstas, se encuentran la caución, la constitución de garantías reales o personales y la prohibición de realizar determinadas actividades profesionales, si la infracción investigada ha sido cometida con ocasión de dichas actividades. En caso de violación de las obligaciones **(p. 94)** de control judicial, la detención preventiva aplicable a los individuos es reemplazada por un proceso por atentado a la autoridad judicial.

Tratándose finalmente del registro judicial, las condenas definitivas contra una persona moral son igualmente anotadas. Según el art. 768-1 C.P.P. (primero de diciembre de 1992) "el registro judicial nacional automatizado recibe, en lo que concierne a las personas morales y luego de un control de su identidad en el registro nacional de empresas y establecimientos, las condenas contradictorias y en ausencia, que no han sido objeto de oposición, así como las declaraciones de culpabilidad exentas de pena".