

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Klaus Tiedemann

(p. 97) SUMARIO: I. Introducción. II. La política criminal de cara a la realidad moderna. III. Las posibilidades de la dogmática penal. IV. Los autores físicos.

I. Introducción

1. El nuevo Código penal español de 1995 es un verdadero código moderno. Sus disposiciones muestran como, orientada hacia el futuro¹, la tutela penal ha sido adaptada al cambio profundo de valores y a la compleja vida social y económica de España. Sin embargo, no regula un problema importante y actual, objeto de intensa discusión internacional durante los últimos años: el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras entidades colectivas. En la Exposición de Motivos, el legislador se contenta con mencionar brevemente « la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración »² y las sanciones **(p. 98)** administrativas a las que quedan sometidas las personas jurídicas y empresas. Al lado de estas sanciones, el nuevo Código Penal mantiene en su artículo 129 las llamadas consecuencias accesorias de la condena penal, como por ejemplo la clausura de la empresa del titular o la disolución de la sociedad. Sobre esta cuestión, el nuevo Código presenta un atraso notable. La Doctrina mayoritaria española mantiene en esta materia una posición muy tradicional³.

Para evidenciar la necesidad de una nueva discusión sobre la responsabilidad penal colectiva, basta recordar, a nivel legislativo, que - después de los Códigos holandés (1976) y noruego (1992) - el Código penal francés de 1994 ha previsto una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, sendos proyectos, orientados en esta dirección, han sido publicados en Suiza, Bélgica, e Islandia. Es de citar, igualmente, la Recomendación n° 18 del Consejo de Europa de 1988 y el esfuerzo realizado, a partir de principios de 1996, de la Comisión de Bruselas para introducir en las legislaciones nacionales de la Unión Europea la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en materia de fraude contra los ingresos y egresos de las Comunidades (ver arts. 306 y 309 del Código penal español).

Si además se considera, de un lado, que en Dinamarca y Japón se ha previsto, en leyes complementarias al Código penal, la plena responsabilidad penal de las personas jurídicas y, de otro lado, que algunos países, como Italia, donde se defendía intensamente el principio « *societas delinquere non potest* », han previsto una multa para las personas jurídicas según el modelo del derecho alemán y del derecho de la Comunidad europea, se plantea la pregunta si, superando la **(p. 99)** solución germana, la introducción de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas no es dogmáticamente defendible, constitucionalmente legítima, plena de sentido y hasta necesaria desde la perspectiva de la política criminal.

En cuanto a la discusión de la doctrina penal, mencionaremos el ejemplo de Alemania, donde desde el año 1993 han sido publicadas siete monografías, así como un creciente número de artículos de revista, referentes a esta cuestión y en los que, al menos en cuanto al resultado,

¹ Ver Tiedeman, El nuevo Código penal español y el espíritu codificador; in Anuario de Derecho Penal 1995, p. 35 y ss.

² Ley Orgánica 10/1995, BOE del 24 de noviembre de 1995.

³ Con la clara excepción de Zugaldía Espinar. Ver últimamente sus trabajos en Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, 1995, p. 723 y ss. y en Schünemann/Suárez Gonzáles (eds.), p. 327 y ss. Por una posición abierta ver Bajo Fernández/ Suárez Gonzáles, Manual de derecho penal. Parte especial, vol. II, segunda edición, 1993, p. 574 y s.; Muñoz Conde, in Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, p. 63 (71 y s.) y en Schünemann/Suárez Gonzáles (eds.), p. 70 y s.; Hormazábal, in Hacia un derecho Penal económico europeo, p. 204 y en Schünemann/Suárez Gonzáles, p. 89.

unánimemente se afirma que la responsabilidad penal de las personas debe ser reconocida de lege ferenda. Estos estudios han influido y moderado, entre otros, los debates de las Jornadas de penalistas alemanes, suizos y austríacos, organizadas en Basilea en el mes de mayo de 1993⁴. En el orden del día del XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1994, también fue previsto este tema. Las ideas expuestas en este trabajo se basan en el Informe General que redactamos para dicho Congreso⁵.

(p. 100) Respecto a la situación actual del dogma « *societas (universitas) delinquere non potest* », las regulaciones previstas en los grandes sistemas o « familias » de Derecho penal (de una parte, el sistema de la Common Law y , de otra parte, el sistema de codificación de Europa continental inspirado en la legislación francesa y en el pensamiento dogmático alemán), se asemejan cada vez más. Caso particularmente significativo es el de los países escandinavos y los Países Bajos,. En los países donde regía el sistema jurídico socialista, que constituía otra familia de derecho (hostil al reconocimiento de las responsabilidad penal de las agrupaciones) se busca, ante el fracaso del socialismo, un acercamiento a los ordenamientos jurídicos occidentales.

2. La notable tendencia hacia una mayor uniformidad, notoria en la evolución de la política criminal y del pensamiento dogmático penal de estos últimos años, se dirige a la admisión, a veces restringida, de la responsabilidad penal de las empresas y no sólo en tanto que persona moral. Esta tendencia se encuentra reforzada en ciertos espacios de unidad económica, tales como la Unión Europea. Las tentativas realizadas y los éxitos obtenidos en la armonización de los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros han comenzado a invadir el ámbito del Derecho penal de los negocios. Esto se da sobre todo tanto en el dominio de las sanciones administrativas, como en el sector del derecho económico y comercial. Sector que constituye la base o la « materia » de las prohibiciones penales nacionales. La ya existente responsabilidad casi - penal de las empresas a nivel de la Comunidad Europea es frecuentemente considerada como modelo legislativo y judicial en varios Estados miembros. Esta idea ha sido confirmada por la introducción por parte del legislador italiano, a partir de 1990, de sanciones administrativas casi - penales contra las empresas en el ámbito de la competencia, del mercado de títulos - valores y del audiovisual. De esta manera, ha renovado la interpretación del art. 27, inc. 1, de la Constitución italiana que establece que « la responsabilidad criminal es personal ». Este principio, cuya fórmula fue dada por la Revolución francesa, no supone por tanto, necesariamente, un obstáculo para admitir la responsabilidad cuasi - penal de las agrupaciones. Y la **(p. 101)** reciente experiencia francesa nos enseña que el mencionado principio no prohíbe, posiblemente, la introducción de una verdadera responsabilidad criminal de las agrupaciones; responsabilidad ampliamente reconocida en Europa antes de la Revolución francesa.

3. Las ideas expuestas en seguida se refieren a la situación en la Unión Europea, así como a la de los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, comparándolas sobre todo con la de los países del Common Law y también con la del Japón, donde la legislación ha sido fuertemente influenciada por los Estados Unidos. Analizaremos, en primer lugar, la realidad criminológica de donde surgen las necesidades de política criminal con varias soluciones posibles. Se estudiarán a continuación las posibilidades de la dogmática penal frente a estas

⁴ Monografías: Erhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994; Hamman, Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht, 1992; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personanverbänden, 1993; Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993; Ransiek, Studien zum Unternehmensstrafrecht, 1996; Schroth, Unternehmen als normadressaten und Sancktionssubjekte, 1993. De los numerosos artículos mencionamos: Achenbach, in Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1995, p. 300 y ss.; Alwart, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), vol. 105, 1993, p. 752 y ss.; Heine, in Juristen Zeitung (JZ) 1995, p. 653 y ss.; Hirsch, in ZStW, vol. 107, 1995, p. 285 y ss.; Lampe, in ZStW, vol. 106, 1994, p. 683 (721 y ss.); Schönemann, in Schönemann/Suárez Gonzales (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1994, p. 265 y ss.; Volk, in JZ, 1993, p. 429 y ss. Ver también la relación de Vitt sobre las Jornadas de profesores de derecho penal de 1993, in ZStW, vol. 105 105, 1993, p. 803 (813 y ss.).

⁵ Tiedemann, in Doelder/Tiedemann (eds.), Criminal Liability of Corporations, 1996, p. 11 y ss. (con informes nacionales de Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Países Bajos,, Portugal, Reino Unido, Rusia y Suiza).

dificultades. Finalizaremos, planteando los problemas relacionados con los autores físicos que actúan en nombre de la persona jurídica.

II. La política criminal de cara a la realidad moderna

4. Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una realidad delictiva casi idéntica en muchos países; sobre todo tratándose de países industrializados, pero también en buena parte de países en vía de desarrollo. La desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos, responsables (también en el orden fiscal y civil), en lugar de las personas individuales. Esta « colectivización » de la vida económica y social sitúa al Derecho penal ante problemas novedosos. En este sentido, la sociología enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquéllos contra el consumidor), los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios **(p. 102)** tradicionales del Derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas. No es casual que el legislador, en Europa continental haya admitido, desde los años 20 en que nace el derecho económico moderno, algunas excepciones al dogma seudo romano « *societas delinquere non potest* » (por ejemplo, en materia fiscal, aduanera o de competencia). Japón ha seguido esta tendencia a partir de los años 30 y lo mismo ha hecho Rusia hacia finales de la década del 80. En la realidad de nuestros días, la mayor parte de los delitos en los negocios o socioeconómicos son cometidos con ayuda de una empresa; y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones económicas: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación, etc. Estas nuevas formas de criminalidad (económica) han obligado a preguntarse si las actuales excepciones no deben convertirse en regla; pues es poco convincente, considerada la realidad y los demás subsistemas del derecho, que por ejemplo el atentado contra el medio ambiente cometido por una gran empresa sea comprendido como un hecho de una sola persona natural: la que lo ordenó o ejecutó una determinada medida.

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

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

medidas de seguridad que forman parte del sistema moderno del derecho penal, sin olvidar su procedencia del derecho administrativo e incluso de policía;

sanciones administrativas (financieras y otras) impuestas por autoridades administrativas, pero profundamente reformadas recientemente en algunos países en diversos aspectos para, finalmente, formar un régimen « casi penal »;

(p. 103) verdadera responsabilidad criminal, introducida de nuevo en Europa por los Estados mencionados anteriormente, también admitida en Australia, América del Norte y Japón, sin desatender en el ámbito del derecho, las diferencias de hecho que existen entre autor físico y persona jurídica;

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

6. Las ventajas y desventajas de estas sanciones no son fáciles de establecer en derecho comparado, en consideración de la diversidad de tradiciones de los diferentes ordenamientos jurídicos y de la falta de investigaciones empíricas. La experiencia práctica de algunas de estas sanciones nos permite sacar algunas conclusiones preliminares que, sin embargo, no siempre tienen suficiente base empírica. Resulta también difícil de establecer un juicio definitivo sobre

las consecuencias de escoger una sanción determinada en razón a que, en la Criminología moderna, se admite casi unánimemente que las sanciones serían intercambiables sin que el efecto práctico varíe. Pero, sería más bien importante que unas sanciones - del carácter que sean - fueran impuestas de hecho. Se duda hasta el punto de saber si esta constatación es válida para los delitos « de cuello blanco » y, sobre todo, para los autores no - materiales. Así, pese a la persecución intensa, durante tres años en Alemania, de los responsables de los delitos contra la competencia, las empresas de la industria de construcción continúa a reincidir en materia de fijación de precios y las asociaciones de empresas señalan públicamente de manera acentuada que sólo se trata de contravenciones (Ordnungswidrigkeiten) y de multas no penales. Por esto conviene comenzar a analizar el problema de manera apropiada y dejando de lado, al menos, las investigaciones y resultados realizados con relación a los autores físicos.

7. Comenzaremos nuestro breve recorrido relativo a las soluciones de política criminal, tratando de las sanciones mixtas, no necesariamente **(p. 104)** penales; poniendo de relieve que la distinción de su naturaleza se difumina cada vez más. Dentro de estas sanciones, debe subrayarse sobre todo la aparición, en Estados Unidos, de la puesta a prueba de agrupaciones (« corporation's probation ») que permite la imposición de diferentes restricciones y la intervención en el funcionamiento de la empresa. La disolución de las agrupaciones con motivo de la comisión de infracciones es prevista a veces por la legislación penal (ver art. 129 nuevo Código penal español) y, más frecuentemente, por la comercial o de sociedades. En todo caso, se trata de una ultima ratio. En razón de las graves consecuencias de esta especie de « pena de muerte » para la persona moral, las condiciones legales que deben cumplirse son en general muy restrictivas y raros son los casos en que haya sido aplicada. Una medida menos grave, pero también de mucho peso, es la imposición a la agrupación de un administrador (« public interest director »)⁶ o de un séquestre (depositario judicial)⁷. Esta medida es promovida, desde hace algún tiempo, por la llamada criminología crítica, pero también por parte de penalistas austríacos y alemanes modernos. La ventaja de estas propuestas, incluida la denominada « organizational probation » de los Estados Unidos y el trabajo en beneficio de la comunidad (« community service ») en Australia, reside en el hecho de evitar la mayor parte las dificultades de la dogmática penal y de poner el acento principal en medidas estructurales y preventivas en lugar de la simple punición. La desventaja principal, al lado de otras espinosas cuestiones de derecho constitucional de cada país, consiste en la dificultad práctica de encontrar personas aptas para administrar o vigilar de oficio (y sin correr el riesgo de elevadas demandas por daños y perjuicios) grandes empresas que, al menos en Estados Unidos, parecen encontrarse a la cabeza de la **(p. 105)** delincuencia del « corporate crime ». Así, la designación de un depositario (séquestre), por falta de personas cualificadas, no ha conocido jamás una importancia práctica en Francia. Y no se ve muy bien el efecto práctico de la « curatela » propuesta recientemente en Alemania para el caso de peligro de reincidencia, sobre todo cuando el curador está desprovisto de todo poder de decisión en cuestiones concernientes a la estructura y a la política de la empresa. Las sanciones « mixtas » sólo ofrecen una solución a lo sumo parcial, o simbólica, al problema. Así, el « community service » australiano se limita en principio a los delitos contra el medio ambiente ; dominio en el que, por otra parte, puede ser también difícil para una persona ajena determinar lo que una empresa puede hacer para restablecer el estado del medio ambiente dañado.

8. Una solución general en el mismo sentido es propuesta mediante el modelo que aplica a las personas morales todo un sistema de medidas de seguridad, tales como la confiscación y el cierre del establecimiento. La aplicación de estas medidas, existentes en el derecho penal desde hace algunos decenios, fueron ya recomendadas para las personas morales en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Bucarest en 1929. Las discusiones de política criminal en Alemania, después de la segunda guerra mundial, se orientaron en la misma dirección. Una parte de la doctrina italiana considera que los delitos cometidos en el marco de la actividad de la empresa son el producto de su peligrosidad

⁶ Ver Tiedemann (ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980, p. 205.

⁷ Ultimamente, Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung*, vol. III: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, 1996; anteriormente, Lampe, in *JZ*, 1994, p. 123 (132); Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, 1967, p. 159 y s.

(fundamento de las medidas de seguridad)⁸. En el Proyecto español de Código penal de 1980, también se preveía imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas en función de su peligrosidad objetiva. En el Código de 1995, se subraya el carácter preventivo de las « consecuencias accesorias » de la condena penal (art. 129.3); sin calificarlas de medidas de seguridad o de otras sanciones.

(p. 106) En cuanto a la confiscación, no debe pensarse solamente en aquélla de los objetos, medios y productos del crimen, sino también en la confiscación especial que despoja a la agrupación de las ganancias ilícitas obtenidas mediante la actividad delictuosa. Esta medida puede ser integrada en la pena de multa o prevista como una sanción autónoma. Esto último, sobre todo, en razón a que el sistema de días - multa, introducido en España por el nuevo Código penal, no permite tomar en cuenta la ganancia ilícita para fijar el quantum de la pena.

Sin embargo, el arrebatar el enriquecimiento ilegítimo al autor (persona física o jurídica) no constituye una sanción sensible que revista un efecto preventivo considerable. Si el autor sólo pierde su ganancia ilícita o el producto del delito cometido, no corre prácticamente ningún riesgo económico y queda entonces impune. Un efecto preventivo sólo podría producirse si se le sustrae el doble, triple y hasta más de la ganancia ilícita, o un cierto porcentaje de la cifra de los negocios. Este régimen es previsto tradicionalmente en materia fiscal y aduanera, y más recientemente en el derecho de la competencia. Además, en los últimos años, numerosos Estados han vuelto a introducir, a pesar de las dudas sobre su constitucionalidad, la confiscación general para reprimir el crimen organizado. Esta sanción, consistente en despojar de todos sus bienes a una persona, parecía abandonada desde hace tiempo, salvo en los países que formaban parte del sistema socialista. Así, desde 1991 los Federal Sentencing Guidelines de los Estados Unidos permiten pronunciar, contra agrupaciones con fines predominantemente criminales, multas de un monto tan elevado que implican privarlas del total de su base financiera. Evidentemente, no se pueden aplicar tales multas a las empresas normales sin disolverlas.

Todas estas medidas son consideradas una veces como verdaderas penas, otras veces como medidas de seguridad. El efecto práctico no parece depender de esta clasificación dogmática, siempre que las medidas sean impuestas por la jurisdicción penal en un proceso que, a través de su publicidad y eficaces medios de investigación, despliegue un efecto intimidante que no es necesariamente idéntico al de la sanción misma. Queda la cuestión de saber si tal modelo puro de medidas de seguridad **(p. 107)** - a falta de aquéllas que se dirigen a la exclusión de la vida de los negocios -, es suficientemente disuasorio en el ámbito de la delincuencia de las agrupaciones o si es necesaria una punición adicional o exclusiva.

9. Esta cuestión no es resuelta acudiendo a una simple responsabilidad civil de las personas jurídicas. Esta forma de responsabilidad, referida sobre todo a las multas pronunciadas contra los dirigentes de la agrupación, puede ser cumulativa o subsidiaria. Es el caso típico de Bélgica, Suiza e Italia, donde se rehúsa de lege lata la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en Suiza, con excepción de la multa administrativa aplicable a las personas morales en caso de sustracción de impuestos federales ; en Italia, sólo se admite una responsabilidad casi penal limitada a muy pocas materias; en Bélgica, desde los años 70, se prevén sanciones administrativas únicamente en ciertas leyes sociales). En Portugal, se conserva la responsabilidad civil, junto a la responsabilidad penal y a la responsabilidad cuasi penal de las agrupaciones.

Esta responsabilidad civil está basada teóricamente en la idea de que la multa constituye, a partir del momento en el que la sentencia condenatoria adquiere fuerza de cosa juzgada, un crédito de derecho civil. La responsabilidad de la persona jurídica constituiría una especie de garantía de ejecución de la multa. Muy discutida sobre todo en Portugal, esta teoría es rechazada, con razón⁹, por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos modernos que reconocen el carácter personal y retributivo de la multa. Tal clase de garantía de la ejecución de la multa pronunciada contra los autores físicos no es aceptada, entre otros, en Alemania, Inglaterra, Grecia, Irlanda, Países Bajos, Rusia, Japón y Australia. Ahora bien, distinguiremos de esta responsabilidad civil (o administrativa) de la persona moral, la responsabilidad por las

⁸ Ver Paliero, en Doelder/Tiedemann (eds.), p. 251 y ss (nota 5); igualmente Bajo fernández, in Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, p. 63 (71 y s.) y en Schünemann/Suárez Gonzáles (eds.), p. 3 (9).

⁹ Tiedemann, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1170 y ss. y en GA, p. 353 (371 y s.).

deuda fiscales y aduaneras en caso de fraude fiscal o aduanero cometido por los dirigentes o representantes (p. ej. Alemania) y la responsabilidad solidaria, con fines de indemnización por daños y perjuicios (p. ej. **(p. 108)** Bélgica, Luxemburgo; España bajo la forma de responsabilidad civil subsidiaria, v. art. 120 Código penal de 1995).

En todo caso, estas medidas de derecho civil aparecen en este momento como demasiado débiles para combatir eficazmente los delitos dolosos, en particular la criminalidad profesional. La responsabilidad civil resulta pertinente en el caso de los delitos culposos, donde la simple reparación del daño puede ser suficiente y tiene eficacia preventiva en el nuevo derecho del medio ambiente. Actualmente y prácticamente en todo el mundo (con excepción de España y Grecia), se admite que es necesario recurrir a medidas punitivas, al menos en un sentido amplio del término.

En el pasado, numerosos Estados habían previsto imponer a las agrupaciones (como a los autores materiales) penas administrativas, pronunciadas y ejecutadas por las autoridades administrativas. Estas sanciones estaban reguladas según el régimen del derecho administrativo, como es el caso aún en nuestros días en Grecia. Desde hace algún tiempo y en razón de su efecto punitivo, algunos Estados aplican a estas sanciones las garantías constitucionales concernientes al derecho penal (principio de legalidad, de culpabilidad, etc.). Se habla entonces de sanciones administrativas penales que forman parte del sistema penal en la medida que constituyen sanciones penales *sensu lato*. Estas sanciones « cuasi » o « medio - penales » se caracterizan por que persiguen, de hecho o de derecho, tanto un fin preventivo como una finalidad retributiva. Este nuevo sistema, surgido bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional en Alemania, España y Francia, permite por tanto « castigar » a las agrupaciones con sanciones intimidantes que, sin embargo, no son idénticas a las de derecho penal *sensu stricto*. En otras palabras, este nuevo modelo da a los ordenamientos jurídicos, que reservan la pena criminal a las personas naturales, la posibilidad de imponer a las agrupaciones sanciones punitivas carentes de coloración ética o moral.

Este concepto de postguerra fue elaborado de manera sistemática por el legislador alemán en la ley sobre contravenciones al orden (**(p. 109)** *Ordnungswidrigkeiten* »). En su art. 30, se prevé la imposición de una multa administrativa (« *Geldbusse* ») a las agrupaciones, no solamente por contravenciones, sino también por crímenes y delitos cometidos por los dirigentes en interés de la agrupación. Esta multa que lleva un nombre diferente a la multa criminal (« *Geldstrafe* »), persigue fines a la vez preventivos y retributivos sin expresar no obstante un reproche ético o moral. Podemos caracterizar de la misma forma las multas impuestas a las empresas según el derecho comunitario (sobre todo en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero). En el contexto de este derecho, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea reconoce, igualmente, la finalidad retributiva de estas sanciones, señalando, al mismo tiempo, que « no tienen carácter penal » (así, el art. 15. 4 del reglamento n° 17/62 sobre la competencia). De la misma manera, se puede determinar la naturaleza de las sanciones introducidas, recientemente, en Italia en materia de competencia y del audiovisual, así como de las sanciones administrativas previstas en ciertas leyes sociales belgas. Respecto a estas sanciones, existen, sin embargo, dudas sobre su legitimidad con relación al principio de la separación de poderes en razón del carácter cuasi - penal de estas « sanciones penales de sustitución ». Estas dudas no son admitidas cuando el ordenamiento jurídico, en relación con estas sanciones, prevé un recurso ante un tribunal con efecto suspensivo.

Este sistema de sanciones administrativas puede ser considerado como suficiente, únicamente, cuando se reforme el proceso tradicional de imponer tales sanciones, introduciendo la publicidad y restringiendo la posibilidad de negociar con la Administración. El legislador francés, a pesar del modelo de las Autoridades Administrativas Independientes de reciente creación (A.A.I.), parecidas a los tribunales, no ha pensado que, en los casos graves, se pueda renunciar a una verdadera responsabilidad penal. La misma opinión se encuentra en la Exposición de Motivos del Proyecto comunitario de protocolo adicional al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades, del 20 de diciembre de 1995. Los autores de este proyecto estiman necesaria la responsabilidad criminal por razones de disuasión.

(p. 110) 11. La responsabilidad penal plena de las agrupaciones existe, entre otros, en el derecho inglés, escocés, irlandés, holandés, noruego, norteamericano (comprendiendo el derecho canadiense) y australiano. Es el caso, igualmente, del derecho francés, desde la adopción del nuevo Código Penal. Según la opinión del Consejo Constitucional francés, dicha

responsabilidad se admite solamente con relación a los casos expresamente previstos en la ley o reglamento (como p. ej. la estafa y las falsedades documentales). La misma técnica legislativa se empleó en el Código penal portugués de 1982, el mismo que ha sido completado, en esta cuestión, por tres decretos leyes concernientes a las infracciones fiscales, aduaneras y de subvenciones. Otros Estados de la Unión Europea conocen esta plena responsabilidad a título de excepción, p. ej. Luxemburgo en materia fiscal. Constituye casi la regla en Dinamarca, país que cuenta con más de 200 leyes particulares reguladoras de la vida de los negocios, la producción agrícola, el medio ambiente y los medios de comunicación. También en Japón muchas de las leyes, complementarias del Código penal, consagran tal responsabilidad. El anteproyecto suizo de revisión del Código penal de 1993 preveía la inserción en la Parte General del Código penal de una responsabilidad penal de la empresa. Sin embargo se ha decidido disociar esta cuestión de la revisión en curso y de someterla a un examen más profundo.

En el mundo anglosajón, Inglaterra y Estados Unidos, por razones más bien pragmáticas y de política criminal, han ido introduciendo de manera progresiva, desde mediados del siglo XIX, la responsabilidad penal de las personas morales. En primer lugar, para los delitos imprudentes y de omisión, luego para los « public welfare offences » y, finalmente, para toda infracción. En la práctica, sólo se aplica fundamentalmente a la delincuencia de los negocios. Según la imagen propuesta por el Lord Justice Denning, el agente superior (órgano, etc.) es considerado como « el cerebro » y el « alter ego » de la asociación, de manera que su actuación es también de la persona moral misma (« doctrina de la identificación »). Un agente subordinado, de rango inferior, no es más que « el brazo » de la entidad jurídica cuya (p. 111) responsabilidad penal no es pues personal sino basada en la idea de la delegación o imputación (« vicarious liability »). Este concepto se ve alentado y reforzado por la admisión de una responsabilidad penal sin culpa o sin necesidad de probar la culpa (« strict liability »), y esto no sólo para las agrupaciones sino también para todos los autores. La situación jurídica es semejante en Australia, donde sin embargo se reconoce primacía a la « primary responsibility » de la corporación, mientras que en Estados Unidos prevalece la vicarious liability. Japón ha adoptado, bajo la influencia de los Estados Unidos, una justificación igual para la responsabilidad penal de las agrupaciones (fuera del Código penal), sin admitir por tanto una responsabilidad sin culpa. Sin embargo, ciertas presunciones facilitan la prueba, por ejemplo, en derecho japonés del medio ambiente. Canadá, por su parte, reserva la « identification doctrine » en principio a los « verdaderos crímenes » (true crimes), admitiendo una responsabilidad penal más vasta de las corporaciones para las strict liability (regulatory) offences.

Se comprueba fácilmente que son, sobre todo, los ordenamientos jurídicos, inspirados en un pragmatismo, los que establecen la plena responsabilidad penal de las agrupaciones sin gran consideración de los obstáculos dogmáticos (excepción: Japón). Obstáculos que predominan en los países con un fuerte pensamiento dogmático penal, tales como Alemania, España, Grecia e Italia. Lo mismo sucede en los países influenciados por esta corriente de pensamiento, como es el caso de los países de América Latina. Existe pues, para resumir, un contraste entre las necesidades de política criminal y las posibilidades de la dogmática penal tradicional. Criticando este contraste, Zugaldía Espinar afirma: « Si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la teoría jurídica del delito, pues peor para esta última ».

Existe sin embargo otra vía posible señalada por este y por otros autores españoles contemporáneos, así como por autores anglosajones modernos que critican la doctrina « antropomorfa » de Lord Denning citada más arriba: desarrollar una nueva dogmática penal para abarcar, con categorías nuevas o adoptadas del derecho penal, las actividades (p. 112) criminales de las agrupaciones. Los ordenamientos jurídicos que admiten la plena responsabilidad penal de las agrupaciones son los que pueden ayudar a encontrar las bases de este nuevo edificio dogmático. El mismo que no será, ciertamente, idéntico al elaborado con respecto a la persona natural, pero que será construido de manera paralela a éste. En ciertos países del Common Law, en razón del enorme impacto del corporate crime, se ha comenzado a abandonar el pragmatismo prevaleciente y a desarrollar reflexiones teóricas sobre la responsabilidad penal de las entidades colectivas.

III. Las posibilidades de la dogmática penal

12. Las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger plenamente la criminalidad de las agrupaciones se originan en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, la acción siempre está ligada, en derecho penal, al comportamiento humano y la culpabilidad o culpa constituye un reproche ético o moral humano que estaría excluido en el caso de las agrupaciones. Estas no podrían ser, además, las destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidad a la vez preventiva como retributiva. Estas dificultades son evidentemente mucho menos graves cuando sólo se prevén sanciones medio o cuasi penales y no verdaderas penas respecto a las agrupaciones. En ese caso, las categorías y principios penales pueden ser flexibilizados o ampliados.

13. Un primer punto dogmático importante para la discusión sobre la admisión de penas criminales contra las agrupaciones aparece recogido por las doctrinas inglesa, holandesa y norteamericana. Si la persona moral puede concluir un contrato (p. ej. de compraventa), ella es el sujeto de las obligaciones que se originan y ella es quien puede violarlas. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera ilícita. Es de considerar, además que existen en derecho económico y social normas jurídicas dirigidas únicamente a las empresas, no a los individuos. Citemos a modo de ejemplo, el derecho de la competencia que, a nivel tanto de la Unión Europea como de sus Estados miembros, afecta a las empresas y a las asociaciones de **(p. 113)** empresas. Las acciones de las personas físicas, actuando para la empresa, deben ser pues consideradas como de la empresa. No es muy importante llegar a este resultado a través ya sea de la imputación de las acciones a la empresa o de la idea que la entidad social actúa ella misma mediante sus órganos.

Ahora bien, esta visión del actuar de la empresa no es del todo una invención de los que defienden la responsabilidad penal de las agrupaciones. Al contrario, la reciente jurisprudencia alemana admite, con relación a la responsabilidad penal individual, que la acción o la omisión en el mundo de los negocios es a menudo la de la empresa. Se considera que es ésta quien vende un producto peligroso u omite tomar medidas de seguridad suficientes en la explotación de una instalación. Por lo que el Tribunal federal deduce que esta acción u omisión debe ser imputada a las personas físicas responsables¹⁰, contrariamente a la idea tradicional de imputar a la persona moral los actos de los autores materiales. Por eso las nociones de responsabilidad y de autoría requieren ser delimitadas normativamente para determinar los ámbitos de responsabilidad en los que se les considera autores debido a su respuesta negativa a los deberes jurídicos¹¹.

14. Dos objeciones han sido hechas contra este punto de vista: En primer lugar, hay autores que niegan la posibilidad de imputar la acción de un autor físico a una persona jurídica. En su opinión, el derecho penal no debe castigar sino las acciones propias de cada persona¹². Sin embargo, en el ámbito de la coautoría, muchos de los **(p. 114)** ordenamientos jurídicos admiten la imputación del acto de un autor a otro, siempre que los autores hayan decidido realizar en común el acto en cuestión. Sin referirse a esta toma de decisión común, se trata, de acuerdo a una extendida tendencia teórica, de establecer la responsabilidad penal del jefe de la empresa por los delitos de su empleado en base al sólo hecho que él habría podido impedir su comisión. Bajo este aspecto, la doctrina holandesa habla de la agrupación como autor indirecto o « funcional » y una parte de la doctrina portuguesa, de autor moral. Finalmente, no es casualidad que en el mundo anglosajón se haya comenzado por admitir la responsabilidad penal de las personas morales y de las asociaciones en el campo de los delitos de omisión y

¹⁰ BGHSt vol 37, p. 106 (114).

¹¹ Para este concepto moderno de autoría ver Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre, cuarta edición, 1992, § 21 I 2 y en Jura, 1992, p. 90 y s.; Rudolphi, in Libro Homenaje a Lackner, 1987, p. 863 y ss.; Tiedemann, in Juristische Schriftum, 1989, p. 689 (696).

¹² Barbero Santos, in Actualidad Penal 1987, p. 1081 (1088); en contra Barbero Santos, in Revista de Derecho Mercantil, 1957, p. 285 y ss.). Ver también Gracia Martín, in Hacia un Derecho Penal Económico, p. 81 (89) y en Schünemann/Suárez González (eds.), p. 13 (17 y s.); Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, vol I, segunda edición, 1992. § 8 III 5 b. La opinión contraria era defendida con razón por Bajo Fernández, en Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, 1978, p. 112 (pero negando la posibilidad de una culpabilidad colectiva y la capacidad de pena).

de los culposos. Lo que se comprende si se tiene en cuenta que, con relación a estas infracciones, más que la acción física, es la violación de las medidas y expectativas normativas la que importa para imputar un resultado nocivo a un autor (persona física o moral). Incluso los partidarios de la corriente finalista alemana, basada fundamentalmente en el criterio de la « naturaleza de las cosas », no niegan, en la actualidad, la posibilidad de imputar actos humanos a la persona moral. Todo esto independientemente de la disputa histórica sobre la naturaleza ficticia o real de la persona moral. Es únicamente un dogma la afirmación que, en el derecho penal, las acciones son solamente acciones humanas. La acción de una empresa también es acción en la realidad jurídica.

En segundo lugar, se ha dicho que las normas jurídicas se dirigen a las personas morales, por ejemplo en derecho de la competencia o en derecho fiscal; pero que no dicen nada sobre la cuestión de saber quién debe desempeñar las obligaciones correspondientes¹³. Así, las normas fiscales se dirigirían también a los recién nacidos sin que se les pudiera hacer responsables del fraude fiscal cometido por sus padres (**p. 115**) en su interés. La norma penal no sería pues idéntica a las normas no penales que estatuyen obligaciones o prohibiciones. Sin embargo, si la edad del menor excluye su responsabilidad penal y si un representante puede actuar por el menor, ello no prueba que el legislador no pueda introducir la responsabilidad penal de las agrupaciones por los actos cometidos por sus dirigentes. El argumento esgrimido de la teoría de las normas jurídicas no hace más que combatir al máximo la existencia de tal responsabilidad de lege lata. Admitir la idea de que una agrupación puede ser autora de una infracción (tributaria, relacionada con el derecho de competencia, etc.) sólo significa acoger en el derecho el juicio que la realidad social tiene sobre las responsabilidades de los representantes en caso de delitos especiales. Los artículos 14 del Código penal alemán, 31 del nuevo Código penal español, 12 del Código penal portugués, 172 y 326 del Código penal suizo, parten claramente del concepto de que la persona jurídica puede ser la destinataria principal de normas de derecho penal fiscal, etc.

15. Tradicionalmente, parece aún más difícil imputar a una persona (física o jurídica) la culpa de otra persona. En relación a las personas naturales, es el principio constitucional de la culpabilidad el que prohíbe, fuera del mundo anglosajón, tal imputación. La culpa debe ser la propia culpa de la persona a condenar. Sin embargo, con relación a las agrupaciones, el Tribunal Constitucional Federal alemán no ha vacilado en admitir, desde el punto de vista constitucional, la posibilidad de imputar la culpa de una persona física a una persona moral¹⁴. Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiende a hablar de una culpa propia de la empresa. Culpa determinada más bien según criterios y estándares conocidos en derecho civil y en derecho administrativo. Ámbitos en los que aspectos, como la estructura y la importancia de la empresa, deciden sus obligaciones, por ejemplo a informarse sobre las reglas de derecho existentes¹⁵. (**p. 116**) Los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Japón, Países Bajos, Noruega, etc., señalan, por su parte, que las infracciones en favor de la agrupación se originan en la falta de organización y que esta deficiencia determina la responsabilidad penal. La misma idea es propuesta por el inglés Harding para llegar a un concepto de culpabilidad colectiva¹⁶. Nosotros hemos sostenido un punto de vista similar en relación con el derecho alemán de las contravenciones (Ordnungswidrigkeiten). Criterio que, afirmando un principio de culpa de la organización como legitimación de la responsabilidad de la agrupación, permite así la imputación de la culpa individual de los dirigentes a la empresa. Imputación claramente establecida por el art. 30 de la ley sobre las Ordnungswidrigkeiten¹⁷ y

¹³ Gracia Martín, p. 89 y s., nota 26 resp., p. 18 (nota 12).

¹⁴ BVerfGE, vol. 20, p. 323 (335 y s.).

¹⁵ Ver Dannecker, in Schünemann/Suárez González, p. 342 y s. (nota 4) y en Hacia un Derecho Penal económico europeo, p. 545 (559 y s.); Tiedemann, Lecciones de Derecho Penal Económico, 1993, p. 233; Tiedemann/Otto, in ZStW, vol. 102 (1990), p. 94 (106 y ss.).

¹⁶ Harding in Doelder/Tiedemann, p. 369 y ss. (nota 5).

¹⁷ Tiedemann, in NJW, 1988, p. 1172 y s. y Lecciones, p. 233 (nota 15). En favor: Brender, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1989; Gohler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, onceava edición, 1995, nota marginal 31, antes de § 1; Kriminologie, novena edición, 1993, p. 493; Otto, p. 29 (nota 11); Wolter, citado por Lund, in Schünemann/Figueiredo Dias, p. 381 (nota 3); también Hirsch, p. 26 (nota 3).

que, en derecho japonés, es también considerada como necesaria (con la consecuencia de deber probar no sólo la acción o la omisión del autor físico, sino también su culpa). Esta explicación ha tenido eco favorable en la doctrina alemana reciente y en una parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional españolas¹⁸. En Italia, algunos autores han introducido, recientemente, la idea de riesgo de la actividad de las empresas para legitimar su responsabilidad penal o para justificar la imputación de los delitos de sus representantes a las empresas¹⁹. Un criterio, más o **(p. 117)** menos semejante, es el que se refiere a la ventaja económica que la empresa obtiene de su actividad delictuosa. Criterio utilizado en la Ley federal suiza sobre el impuesto federal directo de 1990, así como en el art. 30 de la ley alemana precitada; y propuesta, en nuestra opinión, de manera general por las Jornadas jurídicas alemanas de 1972. Stauffacher señala, con relación a la legislación suiza, que estamos aquí en presencia «de una responsabilidad más originaria que por imputación»²⁰ (punto de vista a ser restringido respecto a la ley alemana sobre las Ordnungswidrigkeiten, puesto que el criterio de la ventaja económica no sustituye la imputación, sino que constituye su fundamento). En todo caso, hay una tendencia observable en numerosos ordenamientos jurídicos, comprendido el de la Comunidad Europea, a reconocer una categoría propia de culpa de la empresa. Culpabilidad fundada no sólo en la imputación sino en criterios que tradicionalmente son muy conocidos en derecho civil. Esta tendencia es constatada también por el estudio de la jurisprudencia portuguesa concerniente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, así mismo en el Informe final sobre un Model Criminal Code, publicado en Australia en el mes de diciembre de 1992. La imputación podría pues limitarse a cuestiones de intención, de motivo, etc. La culpabilidad de la empresa, propiamente dicha, se referiría sobre todo a los delitos culposos y de omisión.

El informe final australiano mencionado va más lejos estableciendo, como en el derecho de los Estados Unidos, la intención delictuosa a través de la « corporate culture », a la que la infracción podría ser atribuida. Esta noción es definida como « an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate »²¹. Esto es, de nuevo, una expresión del concepto de la culpabilidad de organización. Noción que deviene así no sólo un criterio legitimador de la punición de la agrupación, sino que reemplaza o constituye la **(p. 118)** culpabilidad misma, cuando la agrupación como tal no responde a criterios suficientes para impedir la comisión de delitos.

16. Ciertamente, muchas de las jurisdicciones continúan entendiendo la culpabilidad en derecho penal como un reproche moral, pretendiendo que tal reproche no pueda hacerse respecto a las personas morales. La responsabilidad penal, en el sentido de « respuesta » negativa a las normas jurídicas, no podría concernir, según esta opinión, más que a los individuos. Sólo éstos podrían abusar, por sí mismos, de su libertad de actuar conforme o en contra del derecho. Sin embargo, nada impide considerar a las personas morales como destinatarias de normas jurídicas revestidas de carácter ético y como entes en situación de violar estas normas. De esta manera, organizarse correctamente es un deber de la persona jurídica misma y no únicamente de las personas físicas, como lo pretende Schünemann²². De ahí, el concepto de culpa propia de la persona jurídica. ¿No se habla cotidianamente de la culpabilidad de la empresa que ha contaminado un río²³ o que ha obtenido fraudulentamente subvenciones? En la vida y en el lenguaje de la sociedad, la culpabilidad de la empresa es ampliamente reconocida. Culpabilidad que no está completamente exenta de una impronta ética o moral, aun cuando la coloración moral sea de un contenido particularmente diverso.

¹⁸ Zugaldía Espinar, p. 726 y s., resp. p. 329 (nota 3). Ver también Bacigalupo, Rapport de synthèse, in Comisión Europea (ed.), Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les Etats Membres des Communautés Européennes, vol. II, 1995, p. 41 (49 y s.) con más referencias.

¹⁹ Paliero, in Hacia Un derecho Penal Económico Europeo, p. 469 (489) y en Schünemann/Suárez González (eds.), p. 259 (nota 39).

²⁰ Stauffacher, in Doelder/Tiedemann (eds.), p. 359 (nota 5).

²¹ En sentido parecido para el derecho alemán Lampe, p. 731 y s. (nota 4).

²² En Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, p. 588 y en Schünemann/Suárez González (eds.), p. 284 y s.

²³ Ejemplo expuesto por Hirsch, p. 13 y ss. (nota 4) y en ZStW, vol. 107, 1995, p. 292 y ss.

Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituida por la adición de las culpas personales (admitida p. ej. en el derecho de los Estados Unidos). Tampoco está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer en derecho penal tal culpabilidad (social) de la empresa sólo significa reconocer, de una parte, las consecuencias de su realidad social y, de otra parte, las obligaciones correspondientes a sus derechos. Como muy bien dicen los autores de habla inglesa, hasta llegar a una « corporate blameworthiness ». Introducir por vía legislativa tal concepto de culpabilidad colectiva o de agrupación, al lado de la culpabilidad individual tradicional, es imposible únicamente si se parte de la concepción ideológica que reserva la responsabilidad a los individuos. No negamos que es posible sostener este punto de vista individualista. Pero entonces sería de admitir obligadamente que, al menos en derecho penal, las personas morales y otras agrupaciones son puras ficciones. Afirmación difícilmente compatible, sobre todo, con el enorme poder de las empresas multinacionales.

17. La capacidad de ser sujeto pasivo de penas criminales, en consecuencia, puede ser negado únicamente si se rehusa la posibilidad de formular reproches morales a las agrupaciones y se niega, además, que puedan ser las destinatarias de las normas jurídicas. Si por el contrario, se admite la posibilidad de una culpabilidad moral social de la agrupación, la idea de retribución también tendrá un importante papel en este ámbito.

En lo que concierne la finalidad preventiva de la pena, hay a priori menos problemas que respecto a la retribución (de manera que las teorías relativas que basan la pena sólo en las ideas de prevención no son hostiles a la responsabilidad penal de las agrupaciones)²⁴. Todo esto es cierto, sobre todo, en cuanto al efecto preventivo dirigido a los miembros de la sociedad. Estos serán intimidados por la condena criminal y/o se reforzará así en ellos su mentalidad de obediencia a las normas jurídicas (prevención llamada general). En este sentido, la condena penal de la empresa pone en evidencia que la norma jurídica violada se dirige a la empresa y que la violación merece una reprobación social. Pero la prevención también es de índole especial, en cuanto la empresa condenada sería intimidada para no reincidir en el **(p. 120)** delito. La experiencia de los países de tradición anglosajona demuestra que el efecto preventivo especial se nota cuando las penas son pronunciadas contra las agrupaciones. En casi todos los Estados, las reglas de derecho comercial y de otra índole, concernientes a la vigilancia interior de la administración de la agrupación, garantizan más o menos que los dirigentes no continúen o no reiteren su actividad delictuosa. De ahí, la explicación y la justificación de la « deterrence as a means of persuading the corporation as an organisation to monitor its own internal activities for compliance with the law » en el informe de Harding para el XIV Congreso Internacional de Derecho comparado de 1994²⁵.

18. En resumen, el contenido de las categorías fundamentales de derecho penal debe variar cuando se quiere reprimir penalmente a las agrupaciones delictuosas. Pero el paralelismo de contenido de estas categorías permite admitir la responsabilidad de la agrupación en el sistema penal al lado de la responsabilidad individual. Así, se tiene en cuenta, a nivel de las sanciones, la « colectivización » de la vida económica y social. Como se trata de una ampliación considerable de la « materia penal », es competencia del legislador, de acuerdo al Estado de derecho, de tomar la decisión correspondiente. La terminología no es decisiva, si se considera el hecho que importantes Tribunales constitucionales tienden, cuando se trata de determinar la naturaleza de una sanción, a no sentirse necesariamente vinculados por las declaraciones de los legisladores. La forma jurídica de la agrupación (persona moral, etc.) no debería tampoco ser determinante por lo que las empresas públicas deberían estar incluidas como es el caso de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos considerados. La cuestión que queda por discutir, es saber si sería útil introducir nuevos nombres para las sanciones contra las agrupaciones. Una respuesta positiva facilitaría quizás su introducción, mientras que una respuesta negativa pondría de relieve el hecho de que se trata de una responsabilidad no idéntica pero paralela a la de los individuos. En todo caso, se tendrán **(p. 121)** en cuenta las experiencias recientes de introducir nuevas denominaciones: « Geldbusse », en Alemania ; « coima », en Portugal, así como « bodeansvar », en Dinamarca y « företagsbot », en Suecia

²⁴ Ver Von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, doceava y treceava edición, 1903, § 27 II, p. 122 y s., sobre todo nota 1; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, segunda edición, 1991, 6/44 y s.

²⁵ Harding, p. 380 (nota 5).

para designar de modo particular las multas impuestas a las empresas. Esto ha llevado a una muy rápida modificación de la comprensión jurídica y social.

20. Finalmente, el establecimiento de un verdadero derecho penal de las personas jurídicas, como una nueva «segunda vía» junto al derecho penal de las personas individuales, implica numerosos problemas de orden procesal. Se deben determinar las reglas de procedimiento que deberían asegurar ante todo la posibilidad de perseguir las agrupaciones independientemente de la persecución de los autores físicos. La experiencia forense de los Estados Unidos muestra la existencia de estos problemas, pero también las posibilidades para solucionarlos. La índole de este trabajo nos impide abordar a fondo y en extenso esta problemática. Estos problemas son de una importancia innegable para decidir en favor o en contra de la introducción de la responsabilidad penal de las agrupaciones. El derecho procesal alemán ha tenido que solucionar en concreto este problema. Así, la multa contra personas jurídicas (Geldbusse), según el § 30 inc. 4 de la ley sobre las contravenciones, debe ser impuesta independiente del proceso destinado a imponer las penas, comprendida la multa, a las personas naturales (véase los §§ 88, inc. 2 de la mencionada ley y 444 del Código de procedimientos penales).

IV. Los autores físicos

21. La idea de antaño de reforzar sólo la lucha contra los delincuentes individuales para exceptuar a las agrupaciones de toda sanción penal o cuasi - penal ha fracasado desde hace tiempo. Es muy raramente sostenida en nuestros días. La solución inversa establece únicamente la responsabilidad de la empresa sin prever la punición de los autores físicos (o materiales), como es el caso de la Comunidad Europea en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero. La moderna criminología reprueba también este modelo unilateral. Esto se debe a que descuida la permanencia de los autores físicos (**p. 122**) que, en cualquier caso, pueden ser sustituidos unos por otros en la empresa; pero que son siempre, en definitiva, el origen del crimen. Conviene por tanto combinar las dos soluciones imponiendo sanciones tanto al autor físico como a la persona moral. Modelo expresamente previsto en el nuevo Código Penal francés y llamado correctamente «punición paralela» en derecho japonés. Constant afirmaba, en su informe general al 10º Congreso Internacional de Derecho Comparado, que «las dos responsabilidades se completan y se refuerzan mutuamente». Ciertamente, la fijación de la sanción contra la agrupación debería depender de la situación y de las condiciones de la misma, y no de las del autor físico. Punto de vista elaborado de manera detallada en los Estados Unidos y que, recientemente, acoge el derecho japonés. Derecho, en el que con anterioridad se ligaba el grado de la pena colectiva al de la multa impuesta al autor material.

22. Está aún pendiente la cuestión de saber qué autor material puede desencadenar, en este modelo de responsabilidad cumulativa, la responsabilidad de la agrupación. Si con la excepción de los delitos especiales, cada persona física que realiza la acción o la omisión descrita por la ley penal puede ser castigada como autor, entonces son necesarios criterios adicionales para saber quién puede comprometer la responsabilidad de la persona moral, transformándose en cierto modo en coautor.

23. Tres modelos diferentes han sido estructurados por los legisladores y la jurisprudencia para resolver esta cuestión:

Frecuentemente, la responsabilidad de la empresa se desencadena solamente por actos u omisiones cometidos por los órganos y/o representantes legales, jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción corresponde a la teoría del derecho civil y es un clásico punto de vista que afirma que la persona moral actúa a través de sus órganos. El modelo contrario se centra en los actos de toda persona que actúe en nombre de la empresa o en favor de ella. Esta concepción más bien pragmática va muy lejos, pero facilita la prueba y hace superfluas las distinciones entre diferentes categorías de (**p. 123**) representantes, incluidos los representantes de hecho. Los modelos mixtos, por último, se sitúan entre los dos tipos extremos. Introdúcen, como en el Model Penal Code de Estados Unidos, un «managerial test» para limitar así la responsabilidad demasiado extensa admitida por el segundo modelo y dejar de lado las acciones de personas que no tienen ningún poder de decisión.

24. En las legislaciones europeas, el primer modelo, clásico por así decirlo, se ha impuesto en Francia, Portugal y Alemania hasta la reforma de 1994, introduciendo como criterio suficiente una función dirigente en el seno de la persona moral. Para conocer el alcance de este concepto, a primera vista restringido, se necesita tener en cuenta además el hecho de que el derecho alemán (contrariamente p. ej. al derecho español) llega a una responsabilidad mucho más amplia de la agrupación, dado que la ley sobre las Ordnungswidrigkeiten (art. 130) establece la omisión de control, de organización y de vigilancia como infracción específica. De modo que, por ejemplo, un órgano o representante legal, puede realizar esta infracción y por eso la agrupación deviene responsable de la infracción cometida por un empleado de rango inferior (puesto que el órgano habría podido impedir o disminuir el riesgo de la comisión de la infracción). Igual justificación se encuentra en la doctrina japonesa para explicar la responsabilidad penal de las agrupaciones por los hechos criminales realizados por empleados de rango inferior. En el anteproyecto suizo se busca, de la misma forma, establecer la responsabilidad de la empresa « cuando, como consecuencia de carencias de organización, la violación de un deber jurídico reprimido penalmente no puede ser imputado a una persona determinada ». El Model Penal Code estadounidense, a diferencia de la situación jurídica de la Federación y de los Estados federados, reserva la responsabilidad penal de la agrupación a los comportamientos de los « high managerial agents » en caso de crimen ordinario (estafa, etc.), mientras que para los crímenes y delitos más específicos de personas morales y otras empresas (delitos de competencia, etc.), respecto a los cuales cada autor puede desencadenar la responsabilidad de la empresa, la defensa de la « due diligence », de los **(p. 124)** funcionarios revestidos « with supervisory responsibility », excluye esta responsabilidad.

25. A nivel comunitario europeo, y sobre todo del derecho de competencia, se satisfacen, por el contrario, como en Japón y en la práctica de Estados Unidos, en principio con el acto de cada autor material (véase Proyecto comunitario citado anteriormente) Lo mismo sucede en Dinamarca, donde la responsabilidad penal de la empresa se desencadena por actos u omisiones de todas las personas « on all levels, from the president to the workman ». La misma tendencia existe en Italia, donde la cuestión no está expresamente regulada por la ley; inclinándose la práctica hacia una interpretación que sigue el modelo comunitario del derecho de la competencia. Sin embargo, se excluye en todo caso un exceso de poder y sólo se hace responsable al que ha cometido la infracción.

26. El modelo mixto es ante todo conocido en Inglaterra. Aquí, se restringe a priori el círculo de personas capaces de desencadenar la responsabilidad penal de la empresa a las que poseen una « sufficient seniority ». De la misma forma, el derecho holandés declara como decisiva la autoridad de una persona para tomar decisiones y determinar el curso de los acontecimientos; la « some influence » es considerada suficiente en los Países Bajos. El proyecto de ley finlandés apunta, igualmente, a las personas « with decision-making power » y a la omisión de control por la agrupación. De la misma manera, en Australia, el empleado debe disponer de una cierta autoridad, no siendo uniforme la situación en todos los Estados y en todas las leyes. El proyecto de reglamento más reciente relativo a la Parte general de las sanciones administrativas del derecho comunitario, presentado al Consejo de Ministros en Bruselas en julio de 1994, exige también la actividad de una persona ejerciendo un poder de decisión para hacer responsable a la persona jurídica.

27. A manera de conclusión, afirmaremos que esta solución intermedia parece ser la ideal entre las teorías clásicas y las necesidades de prueba y de persecución: además de los órganos y representantes **(p. 125)** legales, el « middle management » debería ser incluido. Una particular infracción de omisión de organización, de vigilancia y de control debería ser incorporada con el fin de comprender los casos en los que la culpa de personas de alto o medio rango hace posible la infracción cometida por un empleado de rango inferior. Esta recomendación parte de la idea base, reconocida en muchos de los ordenamientos jurídicos, que la organización correcta de la agrupación constituye un criterio clave para la vida y la responsabilidad de la misma