

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO FRANCÉS: ALGUNAS CUESTIONES*

JEAN PRADEL

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Poitiers (Francia)
Presidente de la Asociación Francesa de Derecho Penal

(p. 661) El Código Penal de 1810 ignoraba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se afirmaba que *societas delinquere non potest*. La responsabilidad penal era sólo personal o, si se prefiere, individual. Y durante todo el siglo XIX ni la doctrina ni la jurisprudencia prestaron atención alguna a la idea de que un ente jurídico pudiera ser penado. Achille Mestre, en su tesis vanguardista sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (1899) señalaba que «la mayoría de los penalistas le conceden sólo algunas líneas y generalmente muy poco elaboradas». En el siglo XX continuó la misma indiferencia durante mucho tiempo y el Tribunal de Casación llegó a afirmar rotundamente que, por ejemplo, «la multa es una pena y que toda pena es personal, de modo que no puede ser impuesta a un ente jurídico, el cual no puede incurrir más que en responsabilidad civil»¹. A lo sumo, la jurisprudencia admitía la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones materiales que fueran punibles con independencia de toda actitud psicológica y por las cuales el (p. 662) autor no pudiera quedar exento más que probando un caso de fuerza mayor². No obstante, algunas resoluciones judiciales admitían también la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas³.

Pues bien, después de una intensa reflexión sustentada sobre el Derecho comparado, la lógica y la práctica, el nuevo Código Penal, que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, consagra magistralmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que obliga a plantearse, ante todo, si se trata de una evolución o de una revolución⁴. No vamos a retomar aquí todo el debate sobre la legitimidad de esta nueva responsabilidad⁵. Recordaremos tan sólo que, al menos en Francia, la mayoría de la doctrina es partidaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que sin duda ha influido en la decisión de los autores del nuevo Código Penal. Si creemos conveniente reproducir aquí el artículo 121-2 del Código Penal que consagra esta responsabilidad:

«Las personas jurídicas, excepto el Estado, son responsables conforme a las disposiciones de los artículos 121-4 a 121-7» (sobre la tentativa y la complicidad)

* Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Penal celebrado en la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania) los días 2 y 3 de mayo de 1998 bajo la coordinación del Prof. Dr. Klaus TIEDEMANN, titulado «Harmonisierung des allgemeinen Teils-Prolegomena zu einem europäischen Modellstrafgesetzbuch».

Traducido por Susana SOTO NAVARRO, Prof. Ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Málaga.

¹ Crim. 16 de mayo de 1930, D.H. 1930, 431; 16 de diciembre de 1948, Bull. Crim. n° 291; 2 de diciembre de 1980, Bull. Crim. n° 326.

² Crim. 7 de marzo de 1918, D. 1921-1, 217, nota de NAST; 25 de abril de 1968, J.C.P. 1969-11, 16100, nota de PUECH.

³ Crim. 20 de enero de 1960, J.C.P. 1960-11, 11.774, nota de R. LEGEAIS, sentencia que impone el cierre del establecimiento a una empresa «sorprendida en delito».

⁴ M. E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales, évolution ou révolution?*, J.C.P. 1994, ed.E., n° 50.

⁵ Que no se admite en Europa continental a excepción de algunos países aislados como los Países Bajos. Por el contrario, los países del common law son partidarios de este tipo de responsabilidad desde hace tiempo. Véase J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, n° 216 y ss.; *La criminalisation du comportement collectif (Criminal liability of corporations)*, XIV Congreso internacional de Derecho Comparado, preparado y editado por H. DE DOELDER y K. TIEDEMANN, 1996, Kluwer Law International, véase especialmente el informe general de K. TIEDEMANN.

«y en los casos previstos por las leyes o reglamentos, de las infracciones cometidas por cuenta de aquéllas por sus órganos o representantes.

No obstante, los entes territoriales y sus entidades de derecho público son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades públicas susceptibles de gestión por parte de los particulares*.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos».

Este texto —el más célebre del nuevo Código Penal— ha originado ya una abundante casuística. La primera condena fue dictada por el Tribunal (p. 663) correccional de Lyon el 18 de noviembre de 1994 y, a 31 de diciembre de 1997, se habían pronunciado ya, y consiguientemente inscrito en el registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, 100 resoluciones judiciales definitivas⁶. Sin embargo, casi todas estas decisiones —97 exactamente— fueron dictadas en primera instancia y su motivación es generalmente muy sobria, por ser benévolos. Por tanto los problemas jurídicos que plantea esta nueva categoría de responsables penales están lejos de ser resueltos. Estos problemas han sido ya considerados por la mayoría de la doctrina⁷. Me limitaré aquí a examinar aquellos problemas que nuestro colega, el Profesor Klaus Tiedemann, me ha pedido que considere. A ello me atengo de buen grado si bien las cuestiones planteadas tocan prácticamente toda la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas. Estas cuestiones son cuatro:

1. Necesidad de intención (dolo) o culpa del órgano de la persona jurídica o más bien necesidad de que tales elementos concurren en la propia persona jurídica;
2. Incidencia de las causas de exención que benefician a la persona física sobre la responsabilidad de la persona jurídica;
3. Sentido de la expresión «por cuenta de»;
4. Efecto de una disolución de la persona jurídica después de cometer una infracción y efecto correlativo de un cambio estatutario.

La primera cuestión, que atiende al fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica, se muestra claramente como la más importante y delicada. Se le dedicará una primera parte mientras que las otras tres cuestiones se reagrupan en una segunda parte.

I. LA CUESTIÓN FUNDAMENTAL: NECESIDAD DE DOLO/CULPA DEL ÓRGANO DE LA PERSONA JURÍDICA O DE DOLO/CULPA PROPIOS DE LA PERSONA JURÍDICA

Es la cuestión fundamental que aquí se plantea, atinente a la dogmática penal o, si se prefiere, al fundamento de la responsabilidad de (p. 664) la persona jurídica. Dos sistemas son concebibles: o bien el elemento subjetivo de la infracción (dolo o intención, culpa o imprudencia) no se concibe más que en relación con la persona física como única que puede tener una conducta reprochable, de modo que la persona jurídica, incapaz por sí misma de dolo o culpa, sólo sería «responsable por reflejo o de rebote»⁸; o bien, por el contrario, consideramos que la persona jurídica, teniendo una vida propia, puede actuar con culpa, incluso con dolo, distintos del elemento subjetivo de las personas físicas. En suma, hay que decidir entre la tesis del rebote de la responsabilidad de la persona física sobre la persona jurídica y la tesis de la responsabilidad autónoma del ente jurídico.

* (nota del traductor) Se alude básicamente a lo que en la doctrina administrativista española se conoce como formas de gestión indirecta, entre las que se incluyen, por ejemplo, las concesiones administrativas.

⁶ En 57 casos sólo se persiguió a la persona jurídica y en 43 casos se persiguió tanto a la persona jurídica como a una persona física, si bien quedaron exentas de responsabilidad 5 personas físicas. Véase Primer balance de la aplicación de las disposiciones del nuevo Código Penal en lo concerniente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Circular del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 1998.

⁷ R. MERLE y A. VITO, Droit pénal général, 7a ed., 1997, Cujas, n° 641 y ss.

⁸ H. DONNEDIEU DE VABRES, Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, R.I.D.P., 1950, p. 342.

A. ¿Qué dice el Código Penal?

El texto del artículo 121-2 párrafo 1 establece, recordémoslo, que las personas jurídicas son responsables «*de las infracciones cometidas... por sus órganos o representantes*». Resulta así que las infracciones imputables a las personas jurídicas deben haber sido cometidas por personas físicas. Por tanto la intención o la culpa deben apreciarse en la persona de los individuos. Esta disposición textual consagra de manera clara la primera tesis, la del reflejo.

No obstante, puede hacernos dudar el párrafo 3 del mismo artículo, según el cual la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la de las personas físicas «*autores o cómplices de los mismos hechos*». Mientras que el párrafo 1 habla de una sola infracción (cometida por una persona física), el párrafo 3 al hablar «*de los mismos hechos*» y no de la misma infracción sugiere que hay dos infracciones diferentes, una cometida por la persona física y otra por la persona jurídica, imputadas a una y a otra en condiciones distintas, lo que abriría la posibilidad de un elemento psicológico tanto en la persona del ente jurídico como en la persona del individuo. Así lo entiende un autor, según el cual la falta de claridad del artículo 121-2 CP se debe a que fue el resultado de un compromiso entre la Asamblea Nacional y el Senado, la primera partidaria de extender la responsabilidad a los grupos, mientras que el segundo tendía a reducir la responsabilidad del empresario⁹. Sin embargo, no está claro que esta interpretación del párrafo 3 sea la correcta. También se puede sostener que los mismos hechos imputados a la vez a la persona física y a la persona jurídica corresponden en realidad a una sola (**p. 665**) infracción¹⁰. Por tanto, el párrafo 3 no invalida el principio del reflejo consagrado en el párrafo 1, puesto que se limita a recordar —lo que era evidente— que la infracción cometida por la persona física le puede ser imputada también a ella misma y no sólo a la persona jurídica.

En conclusión, admitiremos que el artículo 121-2 CP, globalmente considerado, consagra la tesis del reflejo: la persona jurídica es responsable de rebote, indirectamente, de modo que es en la persona del individuo donde hay que apreciar el dolo o la culpa.

B. ¿Qué establece la jurisprudencia?

Todavía no está muy perfilada y a menudo carece de motivación suficiente. No obstante, podemos citar algunas resoluciones sobre el fondo¹¹.

Entre las decisiones dictadas por los tribunales correccionales (jurisdicción de primera instancia), citaremos las siguientes. Por un lado, el sistema del reflejo se aplica en una sentencia, de 12 de julio de 1995, por el Tribunal correccional de Verdún, que conoce de un caso de homicidio involuntario ligado a la violación de prescripciones contenidas en el Código de Trabajo en materia de seguridad de los asalariados. El Tribunal deriva la responsabilidad de la persona jurídica de la acción de su dirigente, con inclusión de su psicología: en esencia, el director del establecimiento reconoció que no estaba al corriente del funcionamiento técnico de la empresa, que ignoraba el método utilizado en la limpieza y que estas faltas originaron el fallecimiento de un obrero. En un considerando muy claro, el Tribunal establece la regla de que «*la persona jurídica incurre en responsabilidad (...) desde el momento en que sus órganos (...) han cometido (...) el elemento material y el elemento subjetivo de una infracción*» y añade que «*siendo establecida la responsabilidad penal del Sr. Level, se condena también a la cooperativa por exigencias de prevención*»¹². Pero, por otra parte, podemos citar tres resoluciones que consagran la idea de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica. Se trata, en primer lugar, de una sentencia del Tribunal de París, de 3 de noviembre de 1995, en la que se afirma que una sociedad «*que ha cometido negligencia grave puede incurrir en responsabilidad penal*»¹³. En segundo lugar, destacamos una sentencia del Tribunal de Versalles, de 18 de diciembre

⁹ CI. LOMBOIS, Droit pénal général, Hachette, 1994, p. 73 y p. 74.

¹⁰ Vid. Tribunal correccional de Lyon, 9 de octubre de 1997, Droit pénal, 1997, comm. 154, nota de J.H.R., resolución en la que se habla «de los mismos hechos jurídicos y por tanto de la misma infracción».

¹¹ Generalmente proceden de la primera instancia penal, como ya se ha dicho, a excepción de una que fue dictada recientemente por la Sala de lo criminal del Tribunal de Casación.

¹² Tribunal correccional de Verdún, 12 de julio de 1995, J.C.P. 1996-11, 22.639, nota de GUERY et ACOMANDO.

¹³ Tribunal correccional de París, 3 de noviembre de 1995, Droit social, 1996, 157, nota de Coeret, Rev. sc. crim. 1996, 392, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

de 1995¹⁴: en un juicio por maquinaciones para alterar el precio de las cosas, la sentencia establece, en la parte relativa al «*elemento intencional*», que la situación que ha predominado en unas obras de construcción «*responde a una política deliberada de la empresa*» y lo califica de «*estrategia adoptada (...) con el fin de evitar pérdida de mercados así como demoras*»¹⁵. Por último, una sentencia del Tribunal de Lyon, de 9 de octubre de 1997, establece el principio de que «*la responsabilidad penal de la persona jurídica exige que se determine en su contra el conjunto de elementos constitutivos de la infracción perseguida, el elemento material por una parte, el elemento intencional por otra, que consisten en una omisión deliberada o en la realización de actos imputables a sus órganos pero distintos de aquellos que podrían ser reprochados a las personas físicas que hayan participado en la comisión de la infracción. Cualquier otra solución conduciría en la práctica a erigir una responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de los dirigentes que actúan por su cuenta*»¹⁶. Como el Tribunal no pudo imputar a la persona jurídica actuaciones distintas de las imputadas al dirigente, la eximió de responsabilidad, condenando sólo a este último.

Un autor ha escrito recientemente que el Tribunal de Casación tendría que decidir entre estas dos tesis, la del reflejo y la de la responsabilidad propia del ente jurídico¹⁷. No obstante, la Sala de lo criminal acaba de pronunciar un fallo el 2 de diciembre de 1997 que responde en buena medida a la cuestión planteada¹⁸. Un asalariado despedido presentó una denuncia ante la Magistratura de Trabajo contra la sociedad que lo empleó. En el curso del proceso, la sociedad aportó documentos redactados por dos asalariados en los que se simulaban las faltas del trabajador que justificaban su despido. El asalariado despedido presentó querrela y se incoaron diligencias contra los dos trabajadores por falsificación de documentos y contra la sociedad por aportar pruebas falsas. Las dos personas físicas y la persona jurídica fueron condenadas a penas de multa. Pero una de las personas físicas y la persona jurídica recurrieron en casación. En su sentencia de 2 de diciembre de 1997, la Sala de lo criminal establece, en primer lugar, que las personas jurídicas sólo pueden ser declaradas responsables si se determina la comisión de una infracción por cuenta de ésta por medio de sus órganos o representantes, conforme al artículo 121-2 párr. 1 CP. Señala además que el Tribunal de Apelación no ha fijado si el director de la sociedad tuvo conocimiento personalmente de la inexactitud de los hechos relatados en las pruebas documentales y, en consecuencia, casa la decisión judicial. Considero correcto que las personas jurídicas sólo puedan ser responsables penalmente si su dirigente ha realizado «*el elemento intencional del delito*», por retomar la expresión empleada en esta sentencia in fine. Por tanto el Tribunal de Casación consagra la tesis de la responsabilidad por reflejo.

C. ¿Qué puede decirse al respecto?

La doctrina es mayoritariamente favorable a la tesis de la responsabilidad por reflejo. En la época en que el legislador empezó a consagrar algunas hipótesis particulares de responsabilidad penal de las personas jurídicas (hipótesis desaparecidas hoy en día), H. Donnedieu de Vabres consideraba que la persona jurídica puede ser imputada en merced del «*substratum*» de un individuo que la representa y que comete la infracción en su lugar¹⁹. El sabio autor expresaba así su famosa teoría del *substratum* humano, que daba a entender que es en el individuo donde hay que apreciar el dolo o la imprudencia. Más claramente hoy en día, MM. R. Merle y A. Vitu señalan que para que la persona jurídica sea responsable «*es necesario que se establezcan sobre la persona física todos los elementos materiales o intelectuales de la responsabilidad*»²⁰. Igualmente claros, MM. F. Desportes y F. Le Guehec afirman que «*una sociedad no puede cometer un robo o un acto de terrorismo, pero, bajo ciertas condiciones, tales infracciones cometidas por personas físicas le podrán ser imputadas. Los elementos constitutivos de estas infracciones, tanto materiales como intelectuales, deberán constatar en una persona física, y no en la persona jurídica. En particular, los tribunales no tendrán*

¹⁴ Tribunal correccional de Versailles, 18 de diciembre de 1995, J.C.P. 1996, 22.640, nota de J.H. ROBERT, Droit pénal, 1996, comm. 71.

¹⁵ Parág. 2. Sobre el elemento intencional, parág. 15.

¹⁶ Tribunal correccional de Lyon, 9 de octubre de 1997, citado.

¹⁷ J.H.R., en realidad J.H. ROBERT, citado en relación con la sentencia del Tribunal correccional de Lyon de 9 de octubre de 1997.

¹⁸ Crim. 2 de diciembre de 1997, J.C.P. 1998-11, 10.023 con el informe del consejero F. DESPORTES.

¹⁹ H. DONNEDIEU DE VABRES, Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, R.I.D.P., 1950, pp. 239 y ss.

²⁰ R. MERLE y A. VITU, citado, n° 649.

que plantearse, tratándose de infracciones dolosas, si la persona jurídica ha «querido» cometer la infracción o, tratándose de infracciones imprudentes, si la persona jurídica ha «cometido una imprudencia», pues carecen de sentido estas preguntas»²¹. No continuaremos con la enumeración doctrinal. Sí añadiremos que el Derecho anglosajón acoge la misma tesis bajo el nombre de «principio de identificación»²². En cambio, la tesis de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica rara vez se defiende. Un autor, que adopta la teoría de la realidad de la persona jurídica, señala «que, reconociendo a las agrupaciones una voluntad propia, se elude la necesidad de establecer previamente la responsabilidad de los individuos», lo que parece ser un reconocimiento de la tesis de la responsabilidad autónoma.

Personalmente me inclino a favor del principio del reflejo, que no obstante requiere de alguna aclaración en ciertos casos particulares:

a) El principio absoluto es que la responsabilidad penal del ente jurídico no es más que una responsabilidad por reflejo. La persona jurídica no es un ser de carne y hueso, no tiene ninguna realidad propia, por más que el Tribunal de Casación, en una célebre sentencia, estableciera el principio de la realidad de la persona jurídica²³. En sentido estricto, la persona jurídica tiene ciertamente un nombre y un domicilio, es titular de un patrimonio, pero no «quiere» la infracción ni comete imprudencias. Ya es difícil admitir que cometa el elemento material de la infracción, pero resulta imposible reconocer que pueda realizar el elemento psicológico. Este elemento sólo se concibe en una persona física. Si la persona jurídica no es más que una creación o una prolongación de las personas físicas, su responsabilidad no puede ser distinta de la de las personas físicas que la componen. La persona jurídica se encarna así en personas físicas, en sus órganos o representantes. Para cometer una infracción se aloja en el cuerpo de una persona física²⁴. «Se sirve de» la criminalidad de la persona física²⁵. Por consiguiente, es el dolo o la culpa de esta última lo que deberá demostrar el Ministerio fiscal si pretende perseguir a una persona jurídica. De donde se extrae la consecuencia de que la persona jurídica sólo puede incurrir en responsabilidad si se ha identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa. Ésta es, por otra parte, la solución que parece imponer el artículo 121-2 CP y que admite el Derecho anglosajón, como ya se ha dicho²⁶.

b) No obstante, en ciertos casos particulares aparecen dificultades.

— El primer caso es aquel en que resulta muy difícil determinar la persona física que está en el origen de la infracción. La infracción ha «podido ser cometida por los órganos colectivos de la persona jurídica sin que sea posible descubrir la función de cada uno de sus miembros e imputar la responsabilidad personal de la infracción a un individuo determinado»²⁷. La práctica francesa admite entonces que basta con que la infracción pueda ser imputada a una persona física, aunque no esté identificada, para que la persona jurídica sea condenada²⁸. El Tribunal de Limoges, en su sentencia

²¹ F. DESPORTES y F. LE GUNHEC, *Le nouveau droit pénal. I — Droit pénal général*, Económica, 4a ed., 1997, n° 600.

²² La responsabilidad penal de la persona jurídica (que no es más que una abstracción) descansa sobre la responsabilidad de la persona física que la representa, que la encarna, con la que se identifica, que constituye su centro. La teoría antropomórfica de la identificación se remonta a un fallo de la House of Lords de 1915, véase C. HARDING, *Criminal liability of corporations*, United Kingdom en K. TIEDEMANN y H. DE DOELDER, citado, p. 369 y ss.; véase también J.H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, *Droit pénal*, 1995, chron. 30; J. SPENCER, *La responsabilité dans l'entreprise*, *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 289 y ss.

²³ Civ. 28 de enero de 1954, D. 1954, 217, nota de LEVASSEUR.

²⁴ Cl. MOULOUNGUY, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, *Rev. trim. dr. commercial*, 1994, p. 441.

²⁵ Pero no debemos razonar como respecto al cómplice en su relación con el autor principal: el cómplice tiene cierta autonomía porque realiza un elemento material propio (una ayuda o una asistencia) y un elemento psicológico también propio (o intención de unirse a la actividad delictiva del autor principal).

²⁶ Vid. supra, nota 22.

²⁷ Circular general de aplicación del Código Penal de 1994, de 14 de mayo de 1993. Véase también A. PEZARD, *Notions de responsabilité individuelle et de responsabilité collective*, *Les petites Affiches*, 11 de diciembre de 1996, n° 149, p. 13.

²⁸ Vid. en el mismo sentido la Recomendación del Consejo de Europa n° R(88) de 20 de octubre de 1988 relativa a la responsabilidad penal de las empresas, que propone no exigir la identificación

de 18 de octubre de 1996, recordaba «que una infracción sólo podrá ser imputada a una persona jurídica si ha sido cometida por una persona física **sin que sea necesario no obstante que ésta sea formalmente identificada**». Esta resolución se casó por la Sala de lo criminal en su sentencia de 2 de diciembre de 1997²⁹. Pero no se casó por este motivo, que ni siquiera se alegó en el recurso. En mi opinión es indispensable determinar la persona física que está en el origen de la infracción, puesto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es más que un refuerzo de la represión de los individuos. Lo más importante, por consiguiente, es que las autoridades judiciales, especialmente el juez de instrucción y la policía judicial, puedan determinar al autor físico de la infracción. No se puede, en efecto, proclamar el principio del *substratum* humano y contradecirlo cuando resulte imposible determinar la persona física. La regla del *substratum* humano y su consecuencia, la regla de que la persona jurídica sólo es responsable de rebote, exige que se haya determinado la persona física autora de la infracción. Partiendo de aquí haré dos observaciones.

En primer lugar, en casos de extrema dificultad, si por ejemplo el examen del organigrama de la sociedad no permite determinar al responsable, podría adoptarse un sistema de presunciones (simples) de responsabilidad en cascada, como en materia de prensa. En primer lugar sería responsable el director de la empresa, que podría quedar exento aportando prueba de una delegación³⁰ o de un caso de fuerza irresistible. En su defecto, podría perseguirse al director adjunto, etc...sin descender evidentemente demasiado bajo puesto que el responsable debe ser un órgano o representante del ente jurídico. Este sistema de búsqueda sistemática de una persona física tendría tres ventajas:

- se respeta el principio lógico del *substratum* humano; en realidad, cuando se habla de «política deliberada de la empresa»³¹, o de mala organización de la sociedad, lo que se pretende estigmatizar es el comportamiento de las personas físicas, pero por abuso del lenguaje se dota a la persona jurídica de una voluntad propia³²;
- se mantiene la responsabilidad de las personas jurídicas;
- podrá conocerse mejor lo que dentro de la empresa corresponde a cada uno y se incitará a los dirigentes a asegurarse del respeto a la ley penal.

En segundo lugar, si resulta realmente imposible encontrar a la persona física autora de la infracción, no podría imponerse pena a la persona jurídica pero sí una medida de seguridad, una especie de medida penal como el cierre temporal del establecimiento, el bloqueo o vigilancia de las cuentas, el pago de una suma de dinero al Estado... Este punto de vista se ha adoptado o considerado ya en Derecho comparado. Así, el Proyecto de Código Penal suizo evita los términos de «pena» y «multa», empleando los de «sanción» y «obligaciones financieras impuestas»³³.

El segundo caso es aquel en que la culpa del órgano o dirigente es tan exigua que el Ministerio fiscal se abstiene de incoar diligencias contra él. ¿El hecho de que una persona jurídica esté encausada debe cambiar la situación? Este segundo caso está bastante próximo al primero, y en la práctica el Ministerio fiscal sólo perseguirá a la persona jurídica cuando así lo exijan las necesidades de orden público. Al respecto existen dos corrientes jurisprudenciales: en caso de dolo o culpa grave,

de la persona física para poder condenar a una persona jurídica. Con mayor precisión, el anexo 2 recomienda a los Estados miembros que aprecien la responsabilidad penal de las personas jurídicas, «se haya o no identificado una persona física que haya cometido los hechos u omisiones constitutivos de infracción».

²⁹ Crim. 2 de diciembre de 1997, citado.

³⁰ Recordemos que la jurisprudencia admite que, bajo ciertas condiciones, el director de una empresa puede delegar algunos de sus poderes en un subordinado cualificado. La primera sentencia en este sentido en Crim. 28 de junio de 1902, D. 1903-1, 585, nota de Roux.

³¹ Vid. Tribunal correccional de Versailles, 8 de diciembre de 1995, citado.

³² Ciertamente hay una realidad sociológica, pero sólo sociológica, de la persona jurídica como entidad asimilada a un ser humano: «se habla en la realidad de la vida social de la culpa de la empresa que ha contaminado un río... o que ha obtenido fraudulentamente subvenciones», informe citado, K. TIEDEMANN, p. 25.

³³ K. TIEDEMANN y H. DE DOELDER, citado, estudio de E. STAUFFACHER sobre el Derecho suizo, p. 360 y ss.; K.L. KUNZ, Rev. dr. pén. et crim., 1994, p. 371.

las diligencias se dirigirán generalmente contra el órgano o representante y contra la persona jurídica; en caso de culpa muy leve del órgano o representante, sólo se perseguirá a la persona jurídica³⁴.

En este sentido puede citarse la Circular de 5 de abril de 1995, que comenta la Ley de 2 de febrero de 1995 con la que se pretende reforzar la protección del medio ambiente y que prevé la responsabilidad de las personas jurídicas para ciertos delitos de contaminación. Esta Circular distingue entre los hechos «*que derivan principalmente de una gestión defectuosa de la persona jurídica y aquellos que responden a una verdadera responsabilidad personal de su dirigente*». Y sugiere al Ministerio fiscal que no persiga a la persona física salvo que se demuestre «*que ha faltado gravemente a sus funciones, no observando la diligencia normal para evitar la contaminación, teniendo en cuenta especialmente las notificaciones y requerimientos de los servicios competentes del Estado*». No puede decirse más claramente que las infracciones leves de los individuos que forman parte de la persona jurídica pueden quedar exentas.

II. LAS DEMÁS CUESTIONES

Tres cuestiones más deben ser consideradas.

A. Incidencia de las causas de exención que benefician a la persona física.

Imaginemos que el órgano o representante de la persona jurídica no sea penalmente responsable porque concurre una causa de justificación o una causa de inculpabilidad (fuerza irresistible, enfermedad mental, error). El acto material que ha cometido y que objetivamente es contrario a derecho, al menos en los casos de inculpabilidad, ¿puede servir de fundamento para la condena penal de la persona jurídica?

Antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal y estando vigente un texto muy particular — una Ordenanza de 5 de mayo de 1945, hoy en día derogada, que admitía la responsabilidad penal de las empresas periodísticas bajo ciertas condiciones— se dictó una sentencia aislada: a pesar del sobreseimiento en beneficio del director del periódico *l'Illustration*, por causa de fuerza irresistible, se condenó al periódico³⁵, lo que provocó duras críticas doctrinales³⁶.

¿Cuál es la situación actual? Un sector doctrinal entiende que un ente jurídico puede ser condenado incluso si su dirigente no es declarado responsable y en apoyo de su tesis ponen dos ejemplos³⁷. En primer lugar, el caso de una estación depuradora de un municipio que origina una contaminación del río porque los presupuestos municipales no han permitido un mantenimiento adecuado; el alcalde no puede ser condenado porque para él esta situación constituiría un caso de fuerza irresistible debido a la exigüidad de las finanzas municipales. Segundo ejemplo: la exención de un dirigente afectado por problemas mentales graves no impide la condena de la persona jurídica muy poco cauta por haber mantenido en un puesto dirigente a un enfermo mental.

Nos encontramos de nuevo con el problema general de elección entre dolo/culpa de la persona jurídica y dolo/culpa de la persona física del dirigente, ahora en relación con un aspecto concreto. A decir verdad, la cuestión puede resolverse por sí misma: si una persona jurídica en principio no es responsable salvo que lo sea el dirigente, aquella no lo es si el dirigente se beneficia de una causa de justificación, si sufre fuerza irresistible, enfermedad mental o es víctima de un error invencible³⁸. Y si, por ejemplo, la decisión se toma colectivamente por un directorio y todos sus miembros han sufrido una fuerza irresistible, no podrá emprenderse ninguna persecución penal.

³⁴ J. PRADEL, *Droit pénal général*, citado, n° 534, pp. 601 y 602.

³⁵ París, 21 de diciembre de 1949, D. 1950, p. 434.

³⁶ H. DONNEDIEU DE VABRES, citado, p. 343.

³⁷ J.N.R. en Tribunal correccional de Lyon, 9 de octubre de 1997, citado.

³⁸ Porque según el artículo 122-3 CP: «No es penalmente responsable la persona que justifique haber creído, por un error de derecho invencible, que realizaba legítimamente el acto».

B. Sentido de la expresión «por cuenta de»

Sabemos ya que, conforme al artículo 121-2 CP, las personas jurídicas son responsables «de las infracciones cometidas por cuenta de éstas por sus órganos o representantes». Esta expresión «por cuenta de» no se define y no fue objeto de discusión en los debates parlamentarios³⁹.

a) Para simplificar las cosas, hay que indicar en primer lugar los tres casos que de forma clara quedan fuera de la expresión «por cuenta de» la persona jurídica. En primer lugar, si el órgano o representante actúa tan sólo en interés propio o en interés de un tercero, la persona jurídica no es responsable y puede ser incluso víctima; por ejemplo, en el supuesto del dirigente de una sociedad que desvía fondos en provecho propio o de un tercero. La solución es la misma en el caso de que un dirigente actúe en interés de una minoría de miembros de la persona jurídica o en interés de los asalariados, y no en el interés general del ente jurídico. El tercer caso de exención de la persona jurídica es aquel en que la persona física actúa en beneficio del interés general, que es el del Estado⁴⁰.

b) En otros casos, por el contrario, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad porque la infracción se ha cometido «por su cuenta». Sin embargo, el carácter demasiado vago de la expresión ha llevado a decir a la doctrina que «nos perdemos en conjeturas sobre la interpretación de este requisito⁴¹, por ser los supuestos de responsabilidad de la persona jurídica tan diversos».

— El más simple y evidente es la búsqueda de una ventaja financiera. Desde el momento en que el órgano o representante comete una infracción para beneficiar a su sociedad, ésta incurre claramente en responsabilidad: introduce facturas falsas para justificar en la contabilidad el pago de comisiones ocultas; se entiende con el dirigente de otra sociedad para desviar hacia esa sociedad fondos de su propia sociedad, lo que constituye un caso de quiebra fraudulenta⁴²; obtiene una ventaja ilícita para su sociedad cometiendo actos de corrupción de un funcionario o de un cargo electo, etc...⁴³. En este sentido, la Recomendación del Consejo de Europa (de 20 de octubre de 1988) indica en su párrafo 2 «que es deseable vincular la responsabilidad a los beneficios de la actividad ilícita».

— La segunda situación es aquella en que la persona física actúa claramente en el marco de la persona jurídica, pero sin buscar especialmente su enriquecimiento. Por ejemplo, el director que por negligencia no se asegura de que los obreros lleven efectivamente casco protector en las obras, a pesar de que la sociedad ha adquirido suficientes cascos para todos, y sobreviene un accidente corporal a un obrero que no llevaba casco. La negligencia del director puede hacer incurrir en responsabilidad a la persona jurídica⁴⁴. También podemos poner el ejemplo de discriminaciones raciales o sexistas producidas en la contratación o en la asignación de funciones a los empleados. Pongamos aún el ejemplo de una asociación que, incluso con un fin altruista, actúa de intermediaria entre una pareja deseosa de adoptar un niño y una mujer embarazada, mediación que constituye el delito del artículo 227-12 CP (Ley de 29 de julio de 1994). En todas estas situaciones —y podrían

³⁹ El Anteproyecto de Código Penal de 1978 se refería a «infracciones cometidas por la voluntad deliberada de los órganos de la persona jurídica, en su nombre y en el interés colectivo de sus miembros», lo que en opinión de la doctrina suponía «una condición muy estricta», R. MERLE y A. VITU, citado, n° 648.

⁴⁰ M. E. CARTIER, citado, p. 22.

⁴¹ R. MERLE y A. VITU, citado.

⁴² Art. 197-2° de la Ley n° 85-98 de 25 de enero de 1985. El artículo 202 de esta Ley, modificada por la Ley de 16 de diciembre de 1992, instituye precisamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas para dar respuesta a este supuesto.

⁴³ Podrían imaginarse muchos delitos, pero hay que tener en cuenta el principio de especialidad según el cual en Derecho francés una persona jurídica sólo es responsable de las infracciones para las cuales esta responsabilidad esté especialmente prevista: «en los casos previstos por las leyes» establece el artículo 121-2 párr. 1 CP. Para un estudio crítico de los casos en que el legislador no admite la responsabilidad de las personas jurídicas, véase F. FRANCHI, A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales? Rev. se. crim. 1996, p. 277 y ss. Además la jurisprudencia interpreta estrictamente los textos, Crim. 30 de octubre de 1995, Bull. crim. n° 336 (no hay responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de infracciones previstas específicamente en el Código de consumo, fraude y publicidad engañosa).

⁴⁴ La persona jurídica incurriría a fortiori en responsabilidad penal si el empresario no hubiera adquirido los cascos o, más en general, no hubiera adoptado las medidas de seguridad necesarias para economizar gastos.

multiplicarse los ejemplos— la persona física no busca un provecho con su actuación sino asegurar simplemente el funcionamiento o los objetivos de la persona jurídica: ésta incurre por tanto en responsabilidad, lo que muestra que la expresión «*por cuenta de*» debe interpretarse en sentido amplio. Sobre este aspecto apenas hay dificultades o discusiones. Ya a raíz del Coloquio organizado por el Ministerio de Justicia con ocasión de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, M. J. J. Hyst, diputado que participó activamente en los debates parlamentarios, manifestó que «*no es necesario que la persona jurídica haya obtenido provecho del acto. Así, cuando una entidad local no realiza labores de mantenimiento de su estación depuradora, ¿qué beneficio le reporta? Sin embargo parece lógico que la persecución no se ejerza solamente contra el encargado de la estación depuradora*»⁴⁵.

C. Efectos de una disolución o de un cambio estatutario de la persona jurídica después de cometer una infracción.

a) Veamos en primer lugar el caso de la disolución de la persona jurídica. Hay que distinguir varios supuestos.

Si se comete una infracción antes de la disolución pero se persigue una vez disuelta, el Ministerio fiscal puede perseguir evidentemente a la persona jurídica. Pero el interés disminuye en parte porque, según el artículo 133-1 CP, «*la disolución de la persona jurídica (...) impide o paraliza la ejecución de la pena. No obstante, puede procederse al cobro de multas y de las costas procesales así como a la ejecución del comiso (...) después de la disolución de la persona jurídica hasta el cierre de las operaciones de liquidación*». En suma, después de la disolución sólo pueden ejecutarse algunas penas como la multa —ciertamente esencial—, y siempre a condición de que no haya concluido la liquidación⁴⁶.

Si se comete una infracción después de la disolución de la persona jurídica, podría cuestionarse la posibilidad de perseguir a la persona jurídica puesto que en principio ésta ha desaparecido. Sin embargo, el artículo 1844-8 del Código Civil establece que la disolución de la sociedad conlleva su liquidación y, sobre todo, que «*la personalidad jurídica de la sociedad subsiste para las necesidades de la liquidación hasta la publicación del cierre de ésta*»⁴⁷. Quiere decir que durante el periodo intermedio de liquidación la persona jurídica «vive» aún, de modo que es posible seguirla por una infracción cometida durante ese periodo. Pero nos encontramos con los mismos límites que anteriormente: sólo podrán ejecutarse algunas medidas penales, y en todo caso antes del cierre de la liquidación.

b) También puede ocurrir que la persona jurídica, sin disolverse, sufra un cambio estatutario.

Esta modificación puede ser de limitado alcance si la persona jurídica cambia sólo de forma jurídica, por ejemplo, una sociedad anónima se convierte en sociedad de responsabilidad limitada o viceversa. Esta persona jurídica subsiste en igual medida. Como establece el artículo 1844-3 Código Civil, «*la transformación regular de una sociedad en una sociedad con otra forma no conlleva la creación de una persona jurídica nueva. Lo mismo ocurre en caso de prórroga o de cualquier otra modificación estatutaria*». En tanto que la esencia de la persona jurídica subsiste, nada impedirá por ejemplo la persecución de la sociedad de responsabilidad limitada por una infracción cometida recientemente por cuenta de la sociedad anónima. No puede admitirse que los dirigentes de una sociedad puedan borrar de un plumazo el pasado de esa persona jurídica por medio de un cambio estatutario.

Más compleja es la hipótesis de la fusión (las sociedades X e Y se convierten en una sola, Z) o la de la absorción (la sociedad X es absorbida por la sociedad Y). La doctrina considera, ante el silencio de la ley, que a la nueva sociedad Z o a la sociedad absorbente no se les podrán reprochar las

⁴⁵ En Le nouveau code pénal. Enjeux et prospectives. DALLOZ, 1994, pp. 47-48.

⁴⁶ Lo que por otra parte es evidente porque, después del cierre de la liquidación, los bienes de la antigua persona jurídica ya no están disponibles al integrarse en los patrimonios propios de los miembros de esta persona jurídica (si hay bienes, claro está).

⁴⁷ Vid. en el mismo sentido el art. 391 párr. 2 de la Ley de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades de comercio y el art. 15 de la Ordenanza de 23 de septiembre de 1967 sobre las agrupaciones de interés económico.

infracciones cometidas por la sociedad fusionada o absorbida⁴⁸. Este punto de vista se basa en el hecho de que la persona jurídica resultante de la fusión o de la absorción es nueva, constituyendo un ente jurídico nuevo. Pero los dirigentes podrían verse tentados entonces a realizar tales operaciones para eludir responsabilidades penales. Esto resulta inadmisibles. Por eso pienso que también puede perseguirse a la nueva persona jurídica con la condición, claro está, de que sus dirigentes sean condenados por fraude de ley. Y es que el Derecho penal es un Derecho realista que no puede atenerse a las apariencias.

Estas son algunas ideas, algunos esbozos de respuesta a las cuestiones que me han sido planteadas. Y he respondido de buen grado porque siempre he sido partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La idea de una responsabilidad *lato sensu* de las personas jurídicas está por otra parte de moda en Europa, si bien se presenta bajo diversas formas: sea que la persona jurídica pueda ser solamente garante del pago de las multas impuestas a sus dirigentes, sea que se le pueda imponer una medida de seguridad (comiso, cierre del establecimiento); sea incluso que pueda ser objeto de una responsabilidad cuasi penal (sanciones pecuniarias); o bien por último, y en mi opinión es el sistema menos malo, que se le considere responsable penalmente de forma plena⁴⁹.

Propuesta de un artículo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Párrafo 1°

la variante: «Toda persona jurídica, a excepción del Estado y de los Lander, es responsable penalmente de las infracciones cometidas por cuenta de ésta por sus órganos o representantes»

2a variante: «Toda persona jurídica, a excepción del Estado y de los Lander, es responsable penalmente, en los casos previstos por la ley, de las infracciones cometidas por cuenta de ésta por sus órganos o representantes».

3a variante: «Toda persona jurídica, a excepción del Estado y de los Lander, es responsable penalmente, en los casos previstos por la ley, de las infracciones cometidas por cuenta de ésta por sus órganos o representantes de derecho; los órganos o representantes de hecho comprometen igualmente a la persona jurídica si han actuado con el acuerdo incluso tácito de los órganos o representantes de derecho».

Párrafo 2°

«La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de los autores, inductores y cómplices de la misma infracción».

⁴⁸ F. DESPORTES y F. LE GUNHEC, *Le nouveau droit pénal*, citado, n° 590. Estos autores reconocen no obstante que su propuesta puede conllevar «posibles fraudes de ley».

⁴⁹ K. TIEDEMANN, informe introductorio a un proyecto de investigación relativo a la armonización del Derecho penal económico en el marco de la Comunidad europea en *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, bajo la dirección de M. DELMAS-MARTY, *Rev. sc. crim.* 1997, pp. 268 y ss.