

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE Y EN EL SENO
DE LA PERSONA JURÍDICA EN HOLANDA.
HISTORIA Y DESARROLLOS RECIENTES**

John A. E. Vervaele

**Separata de "Nueva Doctrina Penal"
2003/B**



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE Y EN EL SENO DE LA PERSONA JURÍDICA EN HOLANDA. HISTORIA Y DESARROLLOS RECIENTES*

John A. E. Vervaele**

I. Introducción

Hasta hace poco tiempo Holanda era el único país del continente europeo que disponía de una responsabilidad penal general para las personas jurídicas. A pesar del origen napoleónico del derecho penal holandés y de una tradición jurídica y dogmática continental, Holanda, en cuanto especie de enclave anglosajón, ha optado por el aforismo *societas/universitas delinquere ed puniri potest*. No sólo se ha considerado que las personas jurídicas están en disposición de cometer infracciones (la persona jurídica en cuanto autor), sino que también pueden ser procesadas y sancionadas en el ámbito penal. Así pues, Holanda ha abandonado definitivamente la idea según la cual la persona jurídica no sería más que una ficción jurídica y según la cual, por consiguiente, únicamente sus órganos y las personas físicas podrían ser interpeladas en el ámbito penal ("*No soul to damn, no body to kick*"). Se ha optado por la realidad social en una sociedad industrial y postindustrial moderna, que parte del principio de que las personas jurídicas ocupan, en el seno de los cambios socioeconómicos, un lugar absolutamente fundamental; en esta condición, tienen derechos y deberes que incluyen una responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a ella).

Precisamente porque Holanda ha franqueado ya este paso hace varios decenios en el marco de una tradición dogmática continental, el

* Versión elaborada y actualizada de VERVAELE, J. A. E., *La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Madrid, 1998, ps. 153-184.

** Profesor ordinario de derecho penal económico y financiero, Facultad de Derecho, Utrecht; profesor de derecho penal europeo en el Master de Derecho del Colegio de Europa, en Brujas.

modelo jurídico de la responsabilidad penal en este país y su contenido jurisprudencial constituyen una preciosa fuente para el resto de países europeos y para los ejercicios de armonización en el cuadro de la integración regional europea. Si la reglamentación holandesa y sus originalidades jurídicas se conocen todavía relativamente poco en Europa, en Estados Unidos existen incluso autores que califican el reconocimiento de la responsabilidad penal limitada de las personas jurídicas del nuevo Código Penal francés como una novedad y una revolución para los países que no están vinculados a la tradición del sistema del *common law* (tradición del *civil law*): “*To the international business community, however, the most important features of the Nouveau Code Penal are not the innovations in crime definition and punishment, but the establishment –for the first time in France and, indeed, for the first time in any civil law nation– of comprehensive principles of corporate criminal sanctions*”¹. Muchas personas ignoran aparentemente que ha sido Holanda el primer país continental en introducir la punibilidad general de las personas jurídicas. Se debe resaltar, además, que en los escritos extranjeros sobre el estado de estas cuestiones en Holanda, a menudo, la regulación no se describe de manera correcta o bien su esencia no se refleja de manera precisa. El desconocimiento por los juristas del ámbito continental, tanto de la forma de pensar de la tradición anglosajona, como de la lengua holandesa no son ciertamente extraños a este estado de cosas.

Históricamente, hay una neta diferencia entre el enfoque anglosajón y el enfoque romano-germánico. El enfoque anglosajón reconoce, desde el inicio de este siglo, que las personas jurídicas pueden considerarse responsables en el ámbito penal, desde una perspectiva funcional (*vicarious liability*), por los actos o la omisión de sus empleados. El modelo romano-germánico parte, sin embargo, no de la culpa funcional sino de la culpa individual, y establece consecuentemente que las sanciones criminales no pueden imponerse más que a las personas físicas que actúan en el seno de la persona jurídica y no a la persona jurídica misma.

En el seno de la tradición anglosajona es donde más se acentúa esta evolución. Enfrentando a la industrialización, el juez, en Estados Unidos, siguió la doctrina inglesa que reconocía que la persona jurídica podía ser condenada en el ámbito penal por infracciones en las que no debía probarse ninguna intención. Esta doctrina, generalmente admitida a finales del siglo XIX en Estados Unidos y en el Reino Unido, se modificó a principios del siglo XX en Estados Unidos con la introducción de infracciones

¹ L. ORLAND y C. CACHERA, *Essay and translation: corporate crime and punishment in France: criminal responsibility of legal entities (personnes morales) under the new french criminal code (nouveau code pénal)*, 11 *Comm. J. JNT* 1 L.111 (1995).

mens rea (con intención) en el seno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con el abandono de la teoría del órgano. Esto último implica que no solamente los actos o la omisión de los órganos de la persona jurídica sino también los de no importa qué persona física que trabaja en el seno o para la persona jurídica pueden implicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Partiendo de este punto de vista, Estados Unidos y Gran Bretaña van a seguir vías diferentes; se pone de relieve a este respecto que en Gran Bretaña se sigue insistiendo en la teoría limitada del *alter ego* o teoría del órgano. En el marco de la responsabilidad por infracciones *mens rea*, sólo los actos o la omisión en la gestión (*the corporation's brain*) pueden conducir a la responsabilidad penal de la persona jurídica. La mucho más amplia responsabilidad penal en Estados Unidos descansa en una decisión jurisprudencial, una decisión del Tribunal Supremo, que data de 1909: "*Anything done or omitted to be done by a corporation (...) which, if done or omitted to be done by any director or officer thereof, or any receiver, trustee, lessee, agent or person acting for or employed by such corporation, (...) shall also be held to be a misdemeanor committed by such corporation, and upon conviction thereof it shall be subject to like penalties...*"². El Tribunal Supremo creó de este modo un principio básico para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha llegado a ser el fundamento de muchas incriminaciones legales en Estados Unidos. En 1970, el Tribunal Supremo abordó de manera específica la responsabilidad en caso de omisión del personal subalterno: "*In providing sanctions which reach and touch the individuals who execute the corporate mission, (...) the Federal Food, Drug and Cosmetics Act imposes not only a positive duty to seek out and remedy violations when they occur but also, and primarily, a duty to implement measures that will insure that violations will not occur. The requirement of foresight and vigilance imposed on responsible corporate agents are beyond question demanding, and perhaps onerous, but they are no more stringent than the public has a right to expect of those who voluntarily assume positions of authority in business enterprises...*"³. Ha sido sobre todo en el curso de estos últimos años cuando la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha extendido también a las conductas negligentes, sobre todo en el ámbito bancario y financiero.

He abordado en particular, aunque haya sido brevemente, la evolución en Estados Unidos; este país constituye en efecto el origen de este dogma y ha ejercido igualmente una gran influencia sobre la evolución en Holanda, a pesar de que este país esté jurídicamente anclado en la tradición napoleónica. Holanda constituye de hecho el ejemplo de un país bi-

² New York Cent. y Hudson River R.R. v. U.S., 212 U.S. 481, 495 (1909).

³ U.S. v. Park, 421 U.S. 658 (1975).

sagra, situado entre la tradición jurídica continental y el mundo anglosajón. Ésta es por tanto una razón suplementaria para interesarse por el derecho holandés.

II. La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda desde una perspectiva histórica

En el curso del siglo precedente ya se había previsto la punibilidad de las personas jurídicas en el derecho penal fiscal y aduanero. El derecho penal fiscal recurría al concepto de una responsabilidad penal de la persona jurídica sujeta al impuesto, mediante la cual la persona jurídica podía ser considerada penalmente responsable en calidad de autor por los actos cometidos en cuanto autor por sus empleados. El artículo 13 de la *Algemene Wet op de Douane*, de 1870, preveía la responsabilidad en caso de fraude en materia de derechos de exportación: "Las sociedades y las compañías de armadores son responsables de los actos de sus administradores, contables, empleados, obreros u otras personas a su servicio, sobre la base del artículo 231 de la ley general de 26 de agosto de 1822 relativa a todas las infracciones a las disposiciones legales que conciernen a la importación, exportación y tránsito así como a los tributos"⁴. Esta reglamentación deriva por tanto de la *Algemene Wet* de 1822, relativa a la percepción de derechos en materia de importación, exportación y tránsito y de tributos, así como de sumas de dinero relacionadas con el tonelaje de los barcos: "Todos los comerciantes, traficantes, fabricantes, personas que ejerzan el comercio, barqueros, conductores y otras personas que pudieran tener, en razón de sus negocios particulares, alguna relación con la Administración, serán a este respecto responsables de los actos de sus empleados, obreros, mozos u otras personas remuneradas, en tanto en cuanto los actos realizados conciernan a la profesión ejercida. Si estos comerciantes o personas enumeradas más extensamente con anterioridad son embargados por fraude u otra infracción a esta ley o a leyes especiales e invocan a modo de excusa que estos actos han sido cometidos, sin saberlo ellos, por sus empleados u obreros, serán condenados en todo caso, y a pesar de su ignorancia del acto, a las multas previstas para tales infracciones"⁵.

Esta perspectiva se ha limitado, sin embargo, al derecho penal especial en materia fiscal y aduanera, teniendo como punto de partida el Código Penal, en su versión original de 1886, el principio "*Societas/universitas*

⁴ Staatsblad de 1870, n° 61.

⁵ Staatsblad de 1822, 442.

delinquere non potest". El artículo 342 (quiebra simple) preveía una responsabilidad respecto a los directores o a los miembros del consejo de administración/gestión, pero el ministerio público debía probar que les incumbía una culpa personal en el marco de la infracción.

Entre las dos guerras, la jurisprudencia había elaborado también la teoría de la responsabilidad funcional (*vicarious liability*). La figura del "hacer cometer" no se ha desarrollado en Holanda; ha sido la espiritualización de la cualidad de autor, que culmina en la cualidad funcional de autor, la que ha ofrecido una solución a los problemas planteados. En 1933, el Tribunal Supremo aceptó que el jefe de una imprenta sea penalmente responsable de la impresión de documentos ilícitos⁶. Con esta construcción se puede evitar que toda clase de personas activas en el seno de la empresa estén expuestas a una responsabilidad penal. En el mismo sentido, el arquitecto o el constructor, y no el obrero, pueden ser penalmente responsables por la vía de la responsabilidad funcional⁷. Esta responsabilidad funcional no exige que haya una acción personal por parte del responsable⁸. La actividad de la persona que comete la acción (el autor directo) se considera manifestación de la responsabilidad funcional del autor indirecto. Buen número de veces, esta responsabilidad se prevé también explícitamente en las leyes especiales en materia económica.

La primera mitad de este siglo se ha caracterizado en Holanda, igualmente, por una importante intervención estatal en el seno de la vida socioeconómica, paralelamente al desarrollo del Estado social. Después de la crisis de finales de los años veinte y de la economía de guerra, se ha sentido la necesidad de someter la vida económica a obligaciones de derecho público y de derecho penal. A principios de los años cincuenta entró en vigor la *Wet op de Economische Delicten* (WED). La WED es una ley marco orientada a la sanción de los delitos económicos⁹. En materia de delitos económicos, la WED determina que, en caso de infracción, el infractor puede ser sancionado con una pena de prisión y/o una multa, eventualmente de carácter condicional. La duración de la pena de prisión y el importe de la multa dependen de la ley de la cual surge el caso. La duración máxima de la pena de prisión es de seis años y el importe máximo de

⁶ HR (Tribunal Supremo) de 13 de marzo de 1933, NJ 1933, 1385.

⁷ HR de 29 de junio de 1936, NJ 1937, 9; HR de 11 de diciembre de 1951, NJ 1952, 366 y HR de 18 de junio de 1963, NJ 1964, 107.

⁸ HR de 31 de enero de 1950, NJ 1950 286.

⁹ MULDER, A. y DOORENBOS, D. R., *Schets van het economisch strafrecht*, ZWOLLE, 1983.

la multa es de 100.000 florines. Junto a estas penas máximas se pueden imponer diferentes penas y medidas accesorias. Las penas accesorias son las siguientes: la inmovilización total o parcial de la empresa del condenado, el embargo de los objetos y los créditos de la empresa donde el delito se ha cometido, la privación total o parcial o la pérdida de ciertos privilegios o derechos. Las medidas previstas son las siguientes: la puesta bajo control de la empresa del condenado, la imposición de la obligación de cumplir lo que se ha omitido ilegalmente; la anulación de lo que se ha realizado ilegalmente y la realización de prestaciones para reparar los hechos a costa del condenado, y el pago al Estado de una suma de dinero, en atención a la retirada del enriquecimiento injusto, comprendiendo lo que se ha obtenido indebidamente por hechos análogos, para los que existan suficientes indicios con respecto al condenado. La WED es una ley marco, a la que se han añadido actualmente más de 100 leyes del ámbito socioeconómico. Se trata de legislaciones en materia de agricultura, pesca, productos alimenticios, medio ambiente, etc. Con la introducción de la WED en 1950, entró en vigor el importante artículo 15:

- “1. Si se comete un delito económico por o en el nombre de una persona jurídica, de una sociedad, de cualquier otra asociación de personas o de una fundación; se emprenderán las acciones judiciales y se impondrán las penas y medidas, bien contra las personas jurídicas, la sociedad, la asociación o la fundación, bien contra los que han dado la orden o han dirigido efectivamente el acto ilícito o la omisión, bien contra ambos.
2. Un delito económico se comete por o en el nombre de una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, entre otros supuestos, cuando se comete por personas que, sea en razón de un servicio remunerado, sea por otras razones, actúan en la esfera de la persona jurídica, la sociedad, la asociación o la fundación, independientemente del hecho de que estas personas hayan cometido individualmente cada una un delito económico o que integren conjuntamente los elementos del delito.
3. Si las acciones judiciales se dirigen contra una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, éstas estarán representadas en el curso de las acciones por el administrador y, si hay varios, por uno de ellos. El representante puede comparecer mediante abogado. El tribunal puede ordenar la comparecencia personal de un administrador determinado; puede entonces extender un auto de comparecencia.
4. Si las acciones judiciales se dirigen contra una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, se aplicará el artículo 538, apartado 20, del Código procesal penal”.

Con el artículo 15, WED, se reconocen la cualidad de autor y la punibilidad de la persona jurídica en el ámbito de los delitos económicos. Supone al mismo tiempo el fin de la doctrina ficción según la cual la persona jurídica no existe. La reglamentación socioeconómica funcionará en lo sucesivo recurriendo a funciones y a quienes ejercen la función. Se trata

entonces de determinar la función económica que cumple una empresa determinada; si se violan ciertas disposiciones ligadas a la función que se determine (de producción o de distribución), quien ejerza la función y la empresa deben ser citados a declarar y la empresa debe sufrir las sanciones. Además, también se pueden establecer sanciones contra las personas físicas implicadas, pero lo característico de esta reglamentación es dirigirse a la unidad que interviene en la vida económica recurriendo a sanciones concretas que generalmente no puede soportar más que dicha unidad¹⁰. Bajo el régimen de la WED, se plantea sin embargo la cuestión de aclarar “en la esfera de la persona jurídica”, dado que la persona jurídica no puede cometer ella misma una infracción (se trata siempre de una ficción legal). El artículo 15, WED, no excluye en ningún caso la responsabilidad penal normal de las personas físicas (responsabilidad con respecto a sus propios actos). El hecho de que las personas se muevan en el marco de una persona jurídica no importa. Tanto si alguien es el autor del hecho, como si está asociado en una sociedad, sigue siendo punible¹¹. Reconocida por la WED la responsabilidad penal, se responde a lo que TIEDEMANN define como una necesidad social: “La sociología nos enseña que el grupo crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio del grupo. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, al grupo mismo. Por otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos económicos, comprendidos los delitos contra los consumidores, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, sitúan los sistemas y medios tradicionales del derecho penal ante dificultades tan grandes que parece indispensable un nuevo enfoque. No es por casualidad que el legislador haya admitido en la Europa continental, desde los años 20 de este siglo, a saber, a partir del nacimiento del derecho económico moderno, excepciones al aforismo “*societas delinquere non potest*” (por ejemplo, introduciendo sanciones administrativas punitivas en materia fiscal, aduanera o de derecho de la competencia)”¹². Se trata precisamente de terrenos que revisten un valor esencial para la Unión Europea.

En 1965 se da el primer paso prudente en el derecho penal común con la introducción, en el Código Penal, del artículo 50a: “por disposición

¹⁰ Ver la nota en HR de 23 de febrero de 1954, NJ 1954, 378 (caso IJzerdraad).

¹¹ F. HOLLANDER, *Wed.* Arnhem, 1952, 102; HR de 9 de diciembre de 1952, J 1953, 139.

¹² Informe, p. 14.

legal, como consecuencia de una infracción, cometida por o en nombre de una persona jurídica, una sociedad, cualquier otra asociación de personas o una (...), puede establecerse una pena contra los administradores, miembros del consejo de administración o comisarios, así como contra los que han dado la orden o han dirigido efectivamente el acto ilícito o la omisión". Con anterioridad a este artículo el *Hoge Raad* (Tribunal Supremo) ya había reconocido en varias ocasiones la responsabilidad penal de los administradores respecto a los actos cometidos por otras personas en el seno de la persona jurídicas¹³. El artículo 50a reconoce, en caso de infracciones de derecho común, la cualidad de autor de la persona jurídica (*societas delinquere potest*), pero no su punibilidad (*sed non punite potest*). El artículo 50a presupone que el miembro del consejo de administración haya ordenado la comisión de la infracción o al menos la haya dirigido. Está claro que de ningún modo puede hablarse aquí de una responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma (*societas puniri potest*). Cuando un atentado a una disposición legal se cometa por o en el nombre de una corporación, puede establecerse una pena contra los administradores o contra los que hayan dado la orden o hayan dirigido efectivamente el acto ilícito o la omisión.

La responsabilidad penal de la persona jurídica no aparece hasta 1976, con la introducción del artículo 51 del Código Penal, que parte del principio de que todas las infracciones pueden ser cometidas por personas jurídicas.

- "1. Las infracciones pueden cometerse por personas físicas y jurídicas.
2. Si una infracción se comete, por una persona jurídica, las acciones judiciales pueden dirigirse y las penas y medidas previstas por la ley pueden pronunciarse, en tanto en cuanto estén involucradas en esta materia:
 - 1- contra la persona jurídica, si no
 - 2- contra los que hayan dado la orden, así como contra los que hayan dirigido efectivamente el comportamiento ilícito, si no
 - 3- contra las personas citadas en los números 1 y 2 conjuntamente
- 3. Para la aplicación de lo que aquí precede, la persona jurídica se sitúa en igualdad de condiciones que la sociedad que no tenga personalidad jurídica, la asociación o la fundación".

De hecho, combinando el Código Penal y la WED, a la persona jurídica pueden inflingirse las siguientes sanciones en caso de comisión de delitos económicos: multa, embargo, publicación de la condena, comiso, indemnización, inmovilización parcial o total de las actividades de la

¹³ HR de 26 de noviembre de 1888, W 5645 (caso Cadier y Keer); HR de 13 de marzo de 1933, NJ 1933, 1385; a contrario HR de 21 de febrero de 1938, NJ 1938, 820.

empresa (el derecho civil prevé también la liquidación de la empresa), la orden de cesar/ejecutar el acto ilícito/la omisión.

Desde la introducción, en 1976, del artículo 51 en el Código Penal, las personas jurídicas son penalmente responsables cualquiera que sea la infracción, incluido el fallecimiento por culpa. Por el efecto general del artículo 51 del Código Penal, el artículo 15 WED está derogado. Todas las garantías jurídicas previstas para el acusado por el Código Procesal Penal y por el artículo 6 de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre se aplican a la persona jurídica acusada.

La definición de los entes jurídicos que caen bajo el ámbito del artículo 51 es más amplia que la definición que da el derecho civil de las personas jurídicas. Todos los grupos, con excepción de las empresas de una persona, caen bajo su campo de aplicación. El estatuto de derecho civil de la persona jurídica no es preponderante. Por esto he adquirido la convicción de que es mejor hablar de grupos que de empresas o de personas jurídicas.

El artículo 51 se caracteriza igualmente por un enfoque paralelo y binario. Junto a la responsabilidad de la persona jurídica, es igualmente posible la responsabilidad de los dirigentes de hecho o de quienes toman las decisiones. Una responsabilidad no excluye a la otra (aspecto acumulativo), pero debe tratarse a la persona jurídica como autor (sobre la base de la cualidad funcional de autor) antes de que los dirigentes de hecho o quienes deciden puedan ser interpelados. En otros términos, se trata de vasos comunicantes. En la práctica, se muestra que la punibilidad de la persona jurídica es muy importante por la punibilidad de los responsables funcionales en el seno de la empresa. La cualidad de autor de la persona jurídica no es solamente la base de la punibilidad de la persona jurídica sino igualmente la de las personas físicas que han dado la orden y la de las personas físicas que han dirigido efectivamente el comportamiento ilícito.

Al lado de esta doble vía de responsabilidad del artículo 51, sigue siendo siempre posible considerar penalmente responsables por sí mismos, en cuanto autores, a quienes ejercen la función (responsabilidad individual de los arts. 47 y 48, CP). Las personas físicas pueden por tanto ser procesadas y sancionadas como autores, cómplices, etc. Es completamente independiente del dogma del artículo 51 del Código Penal y por tanto también de la punibilidad de las personas jurídicas. Para terminar, junto a la responsabilidad de quien actúa funcionalmente, ya sea "en tanto autor propio" (persona que comete, que participa), o como autor por su condición y en cuanto autor funcional (cometer en función), existe también la responsabilidad de los dirigentes en las leyes especiales, como la ley *Autovervoer Personen* (transporte de personas) y la ley *Autovervoer Goederen* (transporte de mercancías). En estas leyes se describe de manera específica la persona que es responsable y el modo mediante el cual puede excusarse.

Hemos hecho un esbozo histórico, trazado las grandes líneas y mos-

trado la importancia de la problemática. Ahora es el momento de abordar más en profundidad los vasos comunicantes que surgen del artículo 51 del Código Penal, a saber, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de los dirigentes de hecho o de quienes toman las decisiones. Examinaremos en particular la manera mediante la que se comunica la cualidad funcional de autor por vía de la dogmática. A mi parecer, esta relación debe recibir atención preferente, puesto que es posible desarrollar, en el seno de la dogmática del elemento subjetivo (*culpa y dolus*), un enfoque penal funcional que no se oponga a los principios fundamentales del derecho penal y del Estado de derecho y permita igualmente adaptar el derecho penal al desarrollo actual de la sociedad.

III. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus dirigentes de hecho/ quienes toman las decisiones: el artículo 51 del Código Penal

III. 1. Introducción

La problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los dirigentes de hecho debe situarse en el contexto más amplio de la responsabilidad de las empresas y de sus administradores.

La responsabilidad penal de los administradores de empresas no constituye más que un pequeño aspecto de la problemática global de la responsabilidad de los administradores de empresas. Tras la introducción de la sociedad privada, en 1971, se ha elaborado también una legislación sobre el abuso para impedir que la persona jurídica sea utilizada con el fin de eludir el pago de las primas de seguridad social e impuestos sobre los salarios y sobre el volumen de negocios. Los administradores son responsables cuando la persona jurídica no cumple sus obligaciones de pago. Los administradores pueden ser responsables, además, sobre la base de un acto ilícito (ex art. 1401 del Código Civil). Bajo la influencia de las directivas europeas, se ha introducido asimismo, en un cierto número de casos, una responsabilidad por la asunción de riesgos. Para terminar, también se aplica una responsabilidad específica de derecho civil en caso de quiebra de una persona jurídica mercantil. Dado que esta temática no pertenece al marco de este artículo, me contentaré con remitirme a la literatura básica¹⁴.

Pero todo el mundo está de acuerdo en señalar que junto a la responsabilidad del derecho civil, se tiene necesidad igualmente de una vía represiva, sea por vía administrativa, sea por vía penal. En lo que con-

¹⁴ DIJK, P. L., et al., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zwolle, 1988, y BROOD-GRAPPER-HAUS, J. J., et al., *Aansprakelijkheidsregelingen van bestuurders, commissarissen en hoofdaanemers*, Leiden, 1987.

cierno a la responsabilidad administrativa (sanciones administrativas), ha habido, en Holanda, una reciente codificación del derecho administrativo (Código general de derecho administrativo), en la que no se prevé ninguna distinción explícita en lo que concierne a los sujetos susceptibles de sanciones administrativas. Tanto las personas físicas como las personas jurídicas están sometidas a la responsabilidad administrativa. El artículo 1.2 define la persona implicada como la que está directamente afectada por una decisión administrativa. El artículo 1.2 (3) hace explícitamente mención al interés de una persona jurídica. Por consiguiente, todas las sanciones administrativas pueden imponerse tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

III. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los dirigentes de empresa

Soy de la opinión de que Holanda ha desarrollado y desarrolla todavía una nueva dogmática penal con el fin de aprehender, por medio de categorías de derecho penal nuevas o adaptadas, las actividades criminales de las personas jurídicas.

La legislación penal holandesa conoce desde 1976 –contrariamente a la mayoría del resto de países continentales– una regulación general de la punibilidad de las personas jurídicas. Se deduce de la lectura del artículo 51 del Código Penal que los principios *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest* han sido completamente abandonados.

El Ministerio Fiscal dispone ahora, en la práctica, de un abanico de posibilidades, que no se excluyen entre sí:

- 1a. Procesamiento de una persona jurídica;
- 2a. Procesamiento de un autor físico;
- 3a. Procesamiento de quien dirige funcionalmente en cuanto partícipe o autor funcional;
- 4a. Procesamiento de quien dirige funcionalmente fundamentado en la cualidad de autor de la persona jurídica.

Nos fijaremos en particular en el procesamiento de la persona jurídica y en el de quien dirige funcionalmente fundamentado en la cualidad de autor de la persona jurídica.

III. 2. a. La cualidad de autor de la persona jurídica¹⁵: los criterios en el caso *IJzerdraad*

En Holanda, no puede aludirse a una cualidad directa de autor de la persona jurídica. Es preciso por tanto constatar responsabilidades indivi-

¹⁵ TORRINGA, R. A., *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem, 1984; JÖRG, N., *Strafbare rechtspersonen in Amerika*, Arnhem, 1990; FIELS, S. y JÖRG, N., *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen voor dodelijke ongevallen naar Engels en Nederlands recht*, Panopticon, 1991, 233-248.

duales de las personas físicas, para luego atribuirles, imputarlas a la persona jurídica. Está por tanto claro que la imputación de responsabilidad juega un papel primordial. En la Exposición de Motivos del Proyecto de ley del artículo 51, se avanza que la cuestión de saber si la intención presente en el empleado que ejerce una función puede atribuirse a la Corporación va a depender de la organización interna y del reparto de competencias. La ley no facilita criterios que permitan determinar las circunstancias en las que una persona jurídica, en un caso concreto, puede considerarse que ha cometido el hecho. Por esta razón, desde 1945, la jurisprudencia holandesa ha conferido un contenido al criterio de la cualidad de autor de las personas jurídicas. Pero el principio básico es de tal naturaleza que, contrariamente a muchos otros países, el acto o la omisión de las personas físicas se atribuyen a la persona jurídica, lo que permite así construir la cualidad de autor de la persona jurídica. Una vez que se ha construido la cualidad de autor, entra en juego la punibilidad. La cualidad de autor representa igualmente una condición para la responsabilidad del dirigente de hecho, de quien decide, del autor funcional. Si se establece la cualidad del autor de la persona jurídica, puede suscitarse la responsabilidad de las personas a quienes concierne esta cualidad de autor en el seno de la persona jurídica. Inmediatamente se pone de relieve, de la lectura del artículo 51, que no se puede hablar en sentido estricto de una responsabilidad penal del dirigente. La cualidad de administrador o de comisario no constituye una condición de punibilidad sobre esta base. Se trata de una responsabilidad de los dirigentes en general. La persona jurídica es por tanto autor indirecto o funcional.

En materia de imputación, es preciso distinguir la imputación del elemento objetivo y la del elemento subjetivo.

Imputación del elemento objetivo

La teoría de la cualidad funcional de autor tiene su origen en la jurisprudencia. En el celebre caso *IJzerdraad* de 1954, el *Hoge Raad* (Tribunal Supremo) estimó en materia de responsabilidad penal del contratista que "no todas las faltas cometidas en una empresa pueden considerarse manifestación de la esfera de actuación del contratista. Deben situarse en la esfera de poder del contratista y él debe haberlas aceptado de manera general". Esta jurisprudencia se extendió por el *Hoge Raad* (Tribunal Supremo) a la persona jurídica en el caso *Kabeljauw*. No es el comportamiento real lo que importa sino el comportamiento funcional. El acto de la persona física podrá imputarse consecuentemente a la persona jurídica si el comportamiento real de la persona física concuerda con la función social que cumple la persona jurídica en cuestión. Está claro, sin embargo, que casi todo comportamiento de la persona jurídica constituye un comportamiento funcional. El legislador holandés no da, en el artículo 51, una enumeración restringida de las personas físicas que provocan la res-

ponsabilidad penal de la persona jurídica. El *Hoge Raad* (Tribunal Supremo) ha elaborado en esta materia los criterios de “poder y aceptación”. La persona jurídica debe tener un cierto poder sobre la persona en cuestión y, además, debe haber aceptado el comportamiento en cuestión. Un simple empleado puede por tanto ocasionar esta responsabilidad, e incluso alguien que no trabaja formalmente bajo las órdenes de la persona jurídica pero que opera sobre el plano material como tal. El poder y la aceptación implican igualmente la exclusión de ciertos comportamientos: por ejemplo, el caso en que el empleado vende drogas en el seno de la empresa (pero no el blanqueo bancario o el vertido de residuos). La responsabilidad puede establecerse igualmente a partir de varias personas físicas, que consideradas conjuntamente –y no en forma separada– integran el elemento constitutivo de la infracción cometida por la persona jurídica (principio de agregación).

Imputación del elemento subjetivo

En Holanda debe hacerse una distinción en esta materia entre las contravenciones y los crímenes. En lo que concierne a las contravenciones, el elemento subjetivo se limita, en el autor, a no respetar los deberes de salvaguarda, vigilancia y posiciones de garantía. En cuanto a los crímenes, hablamos de formas clásicas de *culpa* (culpa) y de *dolus* (dolo), formando parte del concepto de dolo el *dolus eventualis* (se habría podido prever el hecho, y prevenirlo, pero no se ha intentado nada). La intención presente en las personas físicas, incluso en los subalternos, puede imputarse a la persona jurídica para la que trabajan. Todo depende de la organización interna de la persona jurídica, el trabajo y las responsabilidades concedidas a esta persona física. Las relaciones de hecho existentes son determinantes, por tanto, para que el juez impute la intención o la culpa de la persona física a la persona jurídica. No es necesario que las personas físicas estén empleadas en la persona jurídica, es suficiente una relación de hecho¹⁶. Tampoco es necesario que la persona jurídica o un órgano de la persona jurídica tomen una decisión formal.

Está claro que el espíritu del artículo 51 es poco problemático cuando los comportamientos de quienes actúan funcionalmente, como autor o partícipe, constituyen acciones. Esto se presenta más difícil cuando se trata de un delito cometido por omisión. Se debe entonces construir un deber de garante que competa a quien actúa funcionalmente. La Exposición de Motivos del artículo 51, CP, menciona que si un dirigente se considera culpable de una infracción por omitir modificar la gestión de la empresa o impedir que

¹⁶ HR de 16 de junio de 1980, NJ 1981, 586.

los actos sean ejecutados, puede ser sancionado como autor, según el concepto de cualidad de autor desarrollado ampliamente en la jurisprudencia.

Gracias a los principios básicos en materia de imputación, no se tiene ya necesidad de teorías orgánicas, de la teoría del *alter ego*, etc. A menudo, la responsabilidad de la empresa sólo se desencadena por los actos u omisiones de los órganos y/o representantes legales jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción se corresponde con la teoría del derecho civil y la perspectiva clásica que quiere que la persona jurídica actúe a través de sus órganos. El modelo opuesto se contenta con actos de cualquier persona que actúa en nombre de la empresa o a favor de ella. Esta concepción más pragmática va más lejos al facilitar la prueba y considerar superfluas las distinciones entre diferentes categorías de representantes, comprendidos los representantes de hecho¹⁷. Holanda ha optado claramente por el segundo modelo con construcciones muy flexibles, de imputación al grupo.

En 1945, el gran comercio Vroom en Dreesman (V&D) fue procesado por infracción a la reglamentación de precios, una infracción que no exige ni dolo ni culpa. En la empresa existía una instrucción de la dirección que prohibía vender por encima del precio legal máximo. A pesar de esto, la empresa fue, no obstante, condenada. Cuatro criterios pertinentes relativos a la cualidad de autor de la persona jurídica se deducen de la decisión del *Hoge Raad* (HR, Tribunal Supremo) sobre esta materia¹⁸:

Debe tratarse de una persona que:

1. en el servicio de la empresa,
2. dentro del ámbito de su competencia general,
3. y en el ámbito de sus actividades,
4. haya actuado en beneficio de la empresa.

En 1954 se dio un nuevo paso con el caso *IJzerdraad*, un caso relativo a la cualidad funcional de autor en una empresa unipersonal. Una persona física, propietaria de una empresa unipersonal, sospechosa de exportación ilegal, fue condenada por el Tribunal de Apelación sobre la base del criterio V&D. El *Hoge Raad* tuvo, sin embargo, otro punto de vista y no estableció la cualidad de autor del propietario, que había declarado ser penalmente responsable en su cualidad de propietario. El *Hoge Raad* fue de la opinión de que "los actos incriminados sólo podían ser considerados como actos del proceso si éste podía decidir que tuvieran o no lugar, y si el desarrollo de los acontecimientos mostraban que éstos habían sido aceptados o podían serlo por el procesado"¹⁹.

¹⁷ Cf. Informe Tiedemann, p. 27.

¹⁸ Caso V&D, HR de 27 de enero de 1948, 197.

¹⁹ Caso *IJzerdraad*, HR de 23 de febrero de 1954, NJ 1954, 378.

La brecha del criterio *IJzerdraad*, a saber, el hecho de disponer del poder y de aceptar, en el ámbito de la persona jurídica, terció después en el caso *Kabeljauw*. Un armador, persona jurídica, fue procesado por pesca ilegal. El armador había equipado el barco con redes especiales para la pesca de lenguados y platijas; había dado la orden de pescar este tipo de peces. El Tribunal de Apelación aplicó el criterio *V&D* y consideró esta orden como un motivo suficiente para la absolución. El *Hoge Raad*, sin embargo, considera de aplicación el criterio *IJzerdaad*, incluso en el marco de la persona jurídica, y examina la disposición relativa “al poder ya la aceptación”. En 1979, el *Hoge Raad* había aceptado ya²⁰ la idea según la cual “el ejercicio de la pesca” no corre sólo a cargo de la tripulación de un barco de pesca sino igualmente de quien, en cuanto armador y/o propietario, actúa de manera que la pesca efectuada sea contraria a la prohibición. En el caso *Kabeljauw II*²¹, el *Hoge Raad* interpreta el concepto “actuar de manera que” y establece que se alude a ello cuando “los actos ejecutados a bordo del barco de pesca pueden considerarse comportamientos sospechosos. Éste sería el caso si la sospecha podía actuar sobre éstos o si estos comportamientos podían surgir de este último y tener lugar, como muestra el desarrollo de los acontecimientos, después de su aceptación”. En resumen, la cualidad de autor de una persona jurídica exige dos condiciones acumulativas, a saber, que la persona jurídica: a) podría actuar con un comportamiento para prohibir o regular una determinada conducta, y b) que aceptó el comportamiento punible o al menos toleró un comportamiento análogo en el pasado. La aceptación no significa que la persona jurídica hubiera aceptado ella misma explícitamente el acto sino que resulte que el acto ilícito deba ejecutarse en el marco de la política de empresa de la persona jurídica.

Puede uno preguntarse, sin embargo, si el dolo o la culpa, o sea los elementos subjetivos constitutivos de un delito, pueden imputarse a una persona jurídica. El legislador ha omitido aclarar más profundizando este punto. En la Exposición de Motivos del artículo 51 del Código Penal se responde que la imputación de intención de una persona física a una persona jurídica en el seno de la cual trabaja, dependerá igualmente de la organización interna de la persona jurídica en cuestión y del trabajo y responsabilidad atribuidos a la persona física²².

Se trata de un problema difícil sobre el cual existe relativamente poca jurisprudencia. La punibilidad de la persona jurídica surge en efecto del

²⁰ Caso *Kabeljauw I*, HR de 12 de junio de 1979. NJ 1979, 555.

²¹ Caso *Kabeljauw II*, HR de 1°. De julio de 1981, NJ 1982, 80.

²² Memoria Explicativa, 19.

derecho penal económico. En el derecho penal económico, el procesamiento de una persona jurídica fundamentado en la comisión intencional de un delito económico (infracción) representa más la excepción que la regla. En materia de infracciones económicas no hay condición de intención. Ocurre de otro modo en el derecho penal común, donde se exige que el autor de infracciones graves (crímenes) se haya comportado conscientemente (intención dolo), o con negligencia grave, imprevisión o imprudencia (culpa) o que haya omitido actuar. Se deriva claramente de la jurisprudencia que la persona jurídica puede actuar dolosamente y que la imputación de la intención o de la culpa a la persona jurídica no debe quedar limitada a los órganos de los apoderados de las personas jurídicas²³. No se debe perder de vista que la condición sustentada por el conocimiento (actuar con conocimiento de causa) en derecho penal no significa que exista igualmente una percepción del carácter ilícito o punible del comportamiento. La persona (jurídica) debe únicamente ser consciente del hecho de que el comportamiento incriminado tiene lugar (intención neutral)²⁴. La omisión puede también imputarse a las personas jurídicas (delitos imprudentes). La toma de conciencia, el conocimiento de la ausencia prolongada de minuciosidad que se requiere en una empresa constituye un atentado a su deber de cuidado.

En lo que concierne a las contravenciones, existe un deber general de cuidado que se aplica en este sentido de que la organización realice su poder potencial dirigido a evitar que se produzcan infracciones, por medio de una política de instrucciones, procedimientos y medidas que tiendan a prevenir o mejorar las situaciones que pudieran ser peligrosas. Se debe, sin embargo, haberlas podido prevenir, sin lo cual hablaríamos de una responsabilidad por riesgos (*strict liability*). Una total ausencia de culpa es, sin embargo, rara. La omisión de actuar razonablemente en el seno de una situación potencialmente peligrosa implica en efecto la aceptación de las consecuencias²⁵. Esto no es óbice para que si una organización ha hecho todo lo que estaba en su poder para prevenir todas las infracciones previsibles pueda invocar justamente la ausencia de toda culpa²⁶. Si se han dado todas las instrucciones necesarias, se han adaptado las instalaciones

²³ Ver, por ejemplo, el caso Nut, HR de 16 de junio de 1981, NJ 1981, 586 y HR de 29 de mayo de 1984, NJ 1985, 6.

²⁴ HR de 18 de marzo de 1952, NJ 1952, 314; vean igualmente VAN DIJK, P. L., ob. cit., 103-105.

²⁵ Vean (Tribunal Supremo) de 23 de febrero de 1993, NJ 1993, 605.

²⁶ HR de 1º de julio de 1981, NJ 1982, 80.

técnicas y ha tenido lugar el control necesario, la organización no podrá considerarse responsable de la ignorancia de las instrucciones por el personal²⁷.

La condición suplementaria de intención o culpa se aplica en caso de delitos. Esto implica al menos el conocimiento de la comisión (eventual) de infracciones a nivel de dirección, sin que se hayan tomado medidas de prevención, sea por que se acepta la situación (dolo), sea porque se subestima (culpa).

TORRINGA responde a la cuestión de la imputación subjetiva de la persona jurídica haciendo las suposiciones siguientes:

“– Si existe una decisión del consejo de administración, la culpa o la intención que se deriva de ello debe en principio imputarse siempre a la persona jurídica;

– si no hay decisión del consejo de administración pero se trata de una cuestión de atribución de misiones, la culpa o intención (condicional) que se deriva de ello también puede imputarse a la persona jurídica. Igualmente si se trata de la aceptación consciente de actos imprudentes, sobre todo cuando se trata de costumbres en la gestión de la empresa. La intención o la culpa están contenidas entonces en la política de la empresa o en el desarrollo de hecho de los negocios en el seno de la persona jurídica;

– la intención o la culpa presente en los empleados o en otros ejecutantes de hecho puede, en ciertas circunstancias, imputarse a la persona jurídica, reuniendo diversas intenciones o culpas parciales que proceden de varias personas físicas”²⁸.

Se plantea el siguiente problema sobre el sistema de imputación: ¿pueden utilizarse por todas las personas físicas que fundamentan la responsabilidad de la persona jurídica las garantías previstas por el Código Procesal Penal y por el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre? En un caso reciente, el Ministerio Fiscal interrogó a personas físicas en el seno de una empresa como testigos, desatendien-

²⁷ Por ejemplo HR del 23 de febrero de 1993, NJ 1993, 605.

²⁸ TORRINGA, R. A., *De rechtspersoon als dader, strafbaar leidinggeven aan rechtspersoon*, Arnhem, 1988. Las HR del 16 de junio de 1981, NJ 1981, 586, y HR de 2 de marzo de 1982, NJ 1982, 446, determinan ambas que cuando los procesados, en el momento de comisión de los hechos, dirigen efectivamente los actos ilícitos de modo conjunto, importa poco determinar cuál de ellos precisamente ha realizado tales actos. Las formas de participación en la dirección de hechos son posibles, por tanto, y el elemento internacional sólo debe establecerse con respecto a la persona jurídica, no con respecto a quien decide o al dirigente. Es verdad que cuando se aluda a la intención de una persona jurídica, se tratará de la intención de una o varias personas físicas que se imputa a la persona jurídica, pero no se exige que se establezca y pruebe que esta intención era igualmente la de quien decide o la del dirigente.

do el derecho al silencio y la obligación de información de este derecho (*cautio*), previsto por el artículo 29 del Código procesal penal, práctica confirmada por el Tribunal de apelación de La Haya²⁹, pero criticada ya fuertemente por la dogmática³⁰.

III. 2. b. La punibilidad del dirigente que actúa funcionalmente fundamentada en la cualidad de autor de la persona jurídica: los criterios del caso Slavenburg

Sólo si se establece la cualidad de autor de la persona jurídica puede profundizarse sobre la responsabilidad de las personas dirigentes de la persona jurídica. La absolución de una persona jurídica y la condena de quien decide o del dirigente de hecho es un *casus non dabilis*. Según el derecho holandés, no se exige, sin embargo, que una persona jurídica sea efectivamente procesada para poder procesar a quienes deciden o a los dirigentes del hecho. Basta con que el expediente indique que es posible la condena de la persona jurídica.

De la lectura del artículo 51 se observa inmediatamente que no puede hablarse de una responsabilidad penal administrativa en el sentido estricto del término. Se trata de una construcción funcional de la responsabilidad y no de una participación *sui generis*. La ventaja del concepto de dirección de hecho reside en efecto en el hecho de que no se aplica la dogmática normal de la doctrina de la participación. Para ser sancionado sobre esta base no constituye una condición la cualidad de administrador o de comisario. Se trata de una responsabilidad de los dirigentes en general.

El hecho de dirigir efectivamente un comportamiento ilícito es un concepto distinto que no se relaciona con la cualidad de autor de la persona física. Este punto afecta a la posibilidad de procesamiento, fundamentada en la cualidad de autor de la persona jurídica. Por esta razón la dirección de hecho (y la atribución de una misión) se distinguen claramente de la cualidad de autor y de la participación en el acto ilícito o de la intención o la culpa en el asunto. La responsabilidad de quienes deciden y de los dirigentes de hecho se aplica tanto al acto como a la omisión. La ley no define de manera precisa la dirección de hecho y deja a la jurisprudencia el cuidado de completar esta noción³¹. El asunto más espectacular y más determinante para la concreción de este con-

²⁹ Caso Van Der Valk, 19 de junio de 1996.

³⁰ Cf. A. R. HARTMANN y M. E. DE MELIER, *De personale werkingsfeer van het zwijgrecht en de cautie-verplichting bij de verdachte rechtspersoon*, Nederlands Juristenblad, 1996, 1768-1773.

³¹ Comentario: MULDER, A., *Feitelijke leiding geven aan de verboden gedraging, indien het strafbaar feit door een rechtspersoon is begaan*, Tvvs, *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 88/8213-219; TORRINGA, R. A., ob. cit., y DIJK, P. L., ob. cit., ps. 97-122.

cepto es incontestablemente el caso Slavenburg. El Banco Slavenburg tenía, hacia finales de los años setenta, la fastidiosa reputación de estar especializado en la gestión, blanqueo y transferencia de dinero negro. Una investigación judicial llevada a cabo de manera profesional condujo al arresto del jefe de la empresa y a dos juicios importantes del *Hoge Raad* (Tribunal Supremo)³². El problema, sin embargo, era el siguiente: la mayoría de los hechos imputados habían sido cometidos en diferentes agencias y no podía hablarse de una implicación personal directa y activa de las personas procesadas. Todo gira alrededor de la cultura de empresa existente.

El Tribunal de Apelación de La Haya había establecido, en un primer juicio, sobre la base de la obligación de cuidado de los procesados, que la punibilidad está siempre presente si el dirigente debía estar al corriente del acto ilícito, lo que se emparenta con una responsabilidad penal por la asunción de riesgos. En las primeras disposiciones del caso Slavenburg, el *Hoge Raad* anula este criterio, pero estableciendo de una manera muy torpe y restrictiva que “no siempre que la persona está al corriente del acto puede admitirse que ha dirigido efectivamente el comportamiento ilícito”³³. En una segunda resolución tomada en este caso, el *Hoge Raad* vuelve sobre su primera resolución. Utiliza el criterio *Ijzerdaad* (véase *supra*) y lo orienta sobre la responsabilidad de quien decide o del dirigente de hecho:

“5.1.1. En ciertas circunstancias, puede hablarse de dirección de hecho de comportamientos ilícitos si el implicado, que actúa funcionalmente –en cuanto sea competente y esté razonablemente encargado de hacerlo en la materia– descuida tomar las medidas de prevención y acepta conscientemente la importante eventualidad de que los comportamientos ilícitos se produzcan. En esta situación, se considera que el sujeto mencionado ha favorecido intencionalmente el comportamiento ilícito.

5.1.2. La aceptación consciente de la importante eventualidad mencionada en el punto 5.1.1. puede producirse en caso de que los elementos conocidos por el procesado con motivo de la comisión de infracciones por el Banco estén en relación directa con los comportamientos ilícitos mencionados en la notificación de procedimientos ulteriores”.

En resumen, no se exige que el dirigente tenga conocimiento de las infracciones específicas por las que se establece la cualidad de autor en el

³² Para más detalles a propósito de este interesante caso de criminalidad de cuello blanco, ver BRANTS, C. H. y BRANTS, K. L. K., *De sociale constructie van fraude*, Amhem, 1991.

³³ HR de 19 de noviembre de 1985, NJ 1986, 125 y 126.

seno de la persona jurídica y que constituyen, por tanto, el fundamento de su propio procesamiento sobre la base del artículo 51, apartado 2, inciso 2, del Código Penal. Si resulta que el dirigente tenía conocimiento de otros comportamientos ilícitos que estén estrechamente ligados a estas infracciones, se supone entonces que ha aceptado conscientemente una importante eventualidad de que los hechos incriminados se produzcan. Sobre la base de esta construcción del conocimiento, debe considerarse responsable.

Para que el dirigente de hecho pueda por tanto considerarse responsable, debe, en primer lugar, ocupar una función dirigente. Se examina en esta materia el contenido efectivo de su función y no la designación formal, aunque ella tenga naturalmente su importancia. El hecho de que alguien sea competente y esté razonablemente encargado, sobre la base de una función de hecho, de tomar medidas con vista a prevenir las infracciones en una situación concreta es determinante. Esto significa también que los empleados, en ciertas circunstancias, pueden ser considerados dirigentes de hecho. En segundo lugar, el dirigente de hecho ha debido al menos tener conocimiento personalmente de hechos análogos (cultura de empresa) y, al omitir tomar medidas de prevención, ha asumido conscientemente un riesgo.

“Razonablemente encargado” significa en efecto que no todo el mundo asume esta dirección y tiene una obligación de cuidado con relación al delito (garante). El elemento determinante para la punibilidad por la dirección de hecho no es tanto la función informal cuanto que la persona haya omitido efectivamente ejercer un control suficiente, estando obligada a ello en el plano funcional. Conforme al derecho holandés, la punibilidad por la dirección de hecho necesita al menos una intención condicional en relación con la comisión de comportamientos ilícitos. Se exige por tanto algún reproche de culpa. La obligación de cuidado puede consistir en órdenes, medidas, medios y control. Cuanto mayor sea la obligación de cuidado que se atribuye al dirigente de hecho (¿él era el encargado por excelencia o había otros igualmente involucrados?), más se esperan de él actividades dirigidas a prevenir o poner fin a los comportamientos ilícitos (= vasos comunicantes). La base de la responsabilidad descansa en el incumplimiento de una obligación de cuidado que se debe respetar por razón de su función. En esta cuestión han de examinarse los cuatro puntos siguientes:

1. implicación activa del dirigente en el comportamiento ilícito;
2. implicación activa en la gestión de la empresa;
3. implicación pasiva en el comportamiento ilícito;
4. implicación pasiva en la gestión de la empresa.

El principio de la culpa inconsciente se aplica a los crímenes imprudentes y a las contravenciones. El dirigente de hecho debía conocer per-

sonalmente que en la organización se producía una situación potencialmente peligrosa, en el ámbito en el que residen sus propias competencias, y no se ha dado cuenta de las eventuales consecuencias penales (debía conocer personalmente la situación potencialmente peligrosa).

El criterio Slavenburg puede resumirse, por tanto, de la manera siguiente³⁴:

1. El dirigente debe, en el seno de la persona jurídica, estar revestido de una posición de poder tal que tenía que dar su opinión sobre el comportamiento ilícito.

2. El dirigente debía haber tenido personalmente conocimiento³⁵ –al menos de hechos análogos– de modo que está obligado a –y en virtud de su posición de poder es competente para– tomar las medidas de prevención.

3. Habiendo descuidado estas medidas, debe haber aceptado conscientemente la importante eventualidad de que los comportamientos ilícitos se produzcan, de suerte que se considera que ha favorecido intencionalmente el comportamiento ilícito.

La dirección de hecho no implica solamente el hecho de “hacer”, sino igualmente el hecho de “descuidar”. Estos criterios evitan de hecho una extensión demasiado grande del círculo de los dirigentes responsables.

Los conceptos “cualidad de autor de la persona jurídica” y “dirección de hecho” constituyen vasos comunicantes. Son los criterios IJzerdraad los determinantes para la imputación de la responsabilidad: tanto para la cuestión de saber en qué medida la persona jurídica ha podido comportarse y aceptar, como para el reproche personal que se puede hacer individualmente a los dirigentes de hecho porque han omitido comportarse allí donde era posible y han aceptado manifiestamente por tanto el comportamiento. El primer punto depende del modo en que la dirección, a diversos niveles, es consciente y rinde cuentas (en caso de crímenes) o debería hacerlo (en caso de contravenciones) sobre la posibilidad de infracciones potenciales en el marco de las actividades de la empresa. Para el segundo punto, que no viene al caso más que cuando pueda establecerse la cualidad de autor de la persona jurídica, el criterio más fino de la conciencia personal es el que se aplica.

El hecho de que el ministerio fiscal pueda escoger, en el marco del artículo 51, entre el procesamiento de la persona jurídica o el de quienes deciden o dirigentes de hecho, a condición de que la persona jurídica pueda

³⁴ TORRINGA, R. A., *ob. cit.*, p. 56.

³⁵ Debe estar realmente al corriente del comportamiento punible en cuestión. No basta con que pueda o deba estar al corriente. Ver HR de 19 de noviembre 1985 DD 86,163, NJB 1986, 110.

ser considerada penalmente responsable, tiene como consecuencia que puede imponerse una multa administrativa a la persona jurídica y sanciones penales a quien decide/dirigente de hecho, sin que se anule la multa administrativa, como ocurriría, sobre la base de las reglas de no acumulación, si las dos sanciones se impusieran a la persona jurídica.

IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas que tienen autoridad pública

IV. 1. Introducción

El texto legal del art. 51 no remite expresamente a las personas jurídicas de derecho público. La Exposición de Motivos se refiere explícitamente a la materia, sin embargo, sin excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho público, pero subrayando que se trata de una materia esquivada, difícil de tratar en las disposiciones legales. La Exposición de Motivos establece que "no es prudente excluir las actividades punibles (de las empresas) de los órganos o instituciones de derecho público, porque esto podría considerarse injusto, es decir, contrario al principio de igualdad" (par. 10, 21). Según la Exposición de Motivos, la cualidad de autor penalmente pertinente de las personas jurídicas de derecho público debe, sin embargo, limitarse a los hechos cometidos en el marco de una actividad empresarial que igualmente es o puede ser efectuada por particulares. Si la infracción está relacionada con tareas públicas generales o específicas, no puede hablarse de punibilidad. La dificultad de trazar esta frontera se deduce de un buen número de casos que pertenecen a un pasado reciente y, sobre todo, de un buen número de casos llamativos recientes en los que el ministerio fiscal y ciertos tribunales han admitido la responsabilidad penal del Estado así como la de órganos estatales inferiores. En el transcurso de estos últimos años, las Cortes y los Tribunales, así como el Tribunal Supremo, se han pronunciado en varias ocasiones sobre la responsabilidad penal de personas morales de derecho público. La cuestión central en la materia no versa sobre la cualidad del autor sino sobre una eventual inmunidad penal de las autoridades de derecho público. En materia de inmunidad, se trata de un motivo de exclusión de las persecuciones (demandas) y así pues de la inadmisibilidad de la acción del ministerio público.

En el momento del tratamiento, debe hacerse una distinción, por una parte, el Estado, y por otra parte, las autoridades descentralizadas (provincias, comunas, autoridades administrativas independientes, etcétera).

IV. 2. La responsabilidad penal y la posibilidad de perseguir al Estado

En un caso muy reciente, el Tribunal Supremo ha debido pronunciarse sobre la responsabilidad penal del Estado mismo. En el aeropuerto

militar de Volkel había habido, en varias ocasiones, problemas de contaminación de queroseno, en razón de una fuga de un depósito de carburante (contravención del artículo 14 de la ley sobre la protección del suelo, consistente en el no respeto, por el usuario del suelo, de la obligación de cuidado tendente a prevenir la contaminación, lo que se sanciona como contravención en la ley sobre delitos económicos; si se comete intencionalmente, también se sanciona como crimen). Las primeras veces, el Ministerio de Defensa había podido evitar un procedimiento penal aceptando el pago de una transacción. Pero la reincidencia obligó al Ministerio Fiscal a emprender la acción pública contra el Ministerio de Defensa. El tribunal de instancia declaró al Estado penalmente responsable, pero no impuso ninguna sanción³⁶. El Tribunal Supremo no ha seguido este razonamiento y ha declarado:

“6.1. Se debe observar, como punto de partida, que los actos del Estado se suponen dirigidos a la defensa del interés general. El Estado puede preocuparse, por ley y reglamentación, administración, comportamientos de hecho o de cualquier otro modo, de todas las cuestiones.

6.2. Por los actos del Estado, los ministros y los secretarios generales deben, de manera general, rendir cuentas al Parlamento. Pueden además ser procesados penalmente por malversaciones y cohecho y juzgados sobre la base de los artículos 483 y siguientes CPP.

6.3. Este sistema no es suficiente para que el Estado mismo pueda ser considerado penalmente responsable de sus actos.

6.4. Lo que precede tiene como consecuencia que el tribunal habría debido declarar inadmisibles los procesamientos emprendidos por el Ministerio Fiscal”³⁷.

Con esta decisión, el Tribunal Supremo reconoce al Estado una inmunidad penal absoluta; los procesamientos penales son imposibles y los procesamientos ejercidos por el funcionario judicial son inadmisibles. Dado que la inmunidad penal de la autoridad se presenta por el Tribunal Supremo como un motivo que excluye el procesamiento, no se aborda el carácter punible o no de un acto concreto de la autoridad que parece a primera vista constituir una infracción.

En septiembre del 2000, el ministro de Justicia informó al Parlamento de la postura adoptada por el gobierno en la materia³⁸. El gobierno es-

³⁶ Tribunal de Hertogenbosch, 1 de febrero de 1993, NJ 1993, 257.

³⁷ HR de 25 de enero de 1994, NJ 1994, 598 (C), MenR 1994,104 (De L.) (Vliegbasis Volkel).

³⁸ Carta del ministro de Justicia, *Strafrechelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen*, Tweede Kamer, 2000-2001, 25294.

tuvo de acuerdo en que no era útil permitir la demanda penal del Estado neerlandés, a pesar de la crítica por una parte de la doctrina y del ministerio público con respecto del juicio en el caso Volkel. El gobierno opina que el Estado debe, como los ciudadanos, las empresas y las autoridades inferiores, respetar la ley. El Estado ocupa, no obstante, en el interior del orden jurídico, un lugar que le es propio. Solamente el Estado puede, en beneficio de todos los ciudadanos, hacerse cargo, por el cauce de la ley, de la reglamentación, la administración, los comportamientos de hecho o cualquier otro caso. Es por esto que el argumento de la igualdad ante la ley (penal) puede difícilmente ser considerado como determinante en materia de responsabilidad penal del Estado. El gobierno pone desde ese momento en duda el sentido de la aplicación penal, contra el propio Estado. Las penas y medidas privativas de libertad, así como la prestación de servicios, no son consideradas. El Estado se pagaría a sí mismo una multa. El Estado no puede ser privado de sus derechos. En caso de confiscación, los bienes obtenidos regresan al Estado. La confirmación de la norma constituye un argumento insuficiente en lo que se refiere al Estado. En conclusión, la aceptación de la responsabilidad penal y de la posibilidad de perseguir al Estado, conduciría a nuevos problemas. Tanto el ministro de Justicia y el gobierno, como el ministerio público se encuentran en una postura de orden constitucional imposible. La responsabilidad en materia de persecución (de demanda) penal y de posición del Estado en el seno del proceso, como culpable, son difíciles de conciliar.

Es así que la inmunidad y, por ende, la imposibilidad de demandar al Estado constituyen provisionalmente, un dato establecido. Tanto el juez como el legislador han decidido conceder la prioridad a la responsabilidad política y administrativa. La mayoría de la doctrina y el ministerio público se adhieren a esta postura.

IV. 3. La responsabilidad penal y la posibilidad de perseguir a las autoridades descentralizadas

A lo largo de los últimos 15 años, el problema de la responsabilidad penal de los órganos estatales inferiores ha estado al orden del día en diferentes ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁹. Delimitaré aquí un determinado número de ejemplos elocuentes. En un caso, en 1982, el Ministerio Fiscal procesó a un funcionario del municipio de Tilburg por haber hecho construir ralentizadores de velocidad sin que el municipio haya sido encargado de la materia por las autoridades competen-

³⁹ Cf. C. BRANTS y R. DE LANGE, *Strafvervolgving van overheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1996.

tes. La defensa sostuvo que se trataba del ejercicio de una tarea pública específica en vano, pero el Tribunal Supremo decidió, sin definir de manera precisa la "función pública", que "los comportamientos reprochados al procesado en el escrito de acusación conciernen a una labor de la autoridad, a saber, el cuidado aportado a la seguridad de las vías públicas. Un municipio no puede considerarse penalmente responsable en la materia. El juez del Cantón violó por tanto el derecho aceptando los procesamientos emprendidos por el Ministerio Fiscal"⁴⁰.

Tampoco se ha dado la definición de "función pública" en un caso relativo a la ciudad de Voorburg. El municipio de la ciudad había hecho destruir nidos de garzas en un parque, porque estos pájaros contaminaban el lugar. Era una contravención a la ley sobre los pájaros. También aquí consideró el Tribunal Supremo⁴¹ que el tribunal de instancia habría debido declarar inadmisibile la acusación del Ministerio Fiscal, porque se trataba, primero, de un órgano público en el sentido del capítulo 7 de la Constitución (autoridad pública) y, segundo, encargado de garantizar la buena gestión de los parques como obligación administrativa de su competencia. Es muy importante, por tanto, saber si se trata de una persona jurídica o de un grupo relevante de autoridades públicas (un órgano público en el sentido del Capítulo 7 de la Constitución), que ejerce una función pública.

Esto se deduce igualmente *a contrario* de un determinado número de casos en materia de pesca. El municipio de Urk fue condenado por organizar una subasta de pescado violando las reglas en materia de registro de cuotas; el municipio participaba en efecto en una actividad comercial y no ejercía por tanto una tarea pública. Esto fue confirmado por el Tribunal Supremo⁴². El Tribunal de Middelburg condenó igualmente al municipio de Vlissingen, en 1995, a una multa de 16.000 florines en el marco de irregularidades cometidas en la administración de la subasta municipal de pescado. El tribunal consideró explícitamente, a propósito de la admisibilidad de la acción del Ministerio Fiscal, "que los comportamientos imputados no se efectuaron en el curso de la gestión de una función pública, atribuida en particular, por o en virtud de la ley, al procesado".

El 23 de abril de 1996 se sentenciaron tres casos relativos al procesamiento, respectivamente, de un funcionario municipal que había dirigido efectivamente una infracción⁴³, y de la provincia de Noord-Holland y la

⁴⁰ HR de 27 de octubre de 1981, NJ 1982, 474.

⁴¹ HR de 23 de octubre de 1990, NJ 1991, 496.

⁴² HR de 8 de julio de 1992, NJ 1993, 12.

⁴³ HR de 23 de abril de 1996, NJ 1996, 48, 513 (tH) (Piklmeer).

administración de Aguas West-friesland⁴⁴, que habían ambas, sin la autorización o dispensa exigida, hecho quemar paja en la orilla del río. Me limito aquí al primer caso. El municipio de Boamsterhim y una sociedad anónima, Grontmij, vertieron en el lago 'Pikmeer' sedimentos de dragados contaminados. El jefe de servicio de los trabajos del municipio fue conducido ante el tribunal correccional, porque dio la orden o, al menos, dirigió efectivamente la acción. Tanto el tribunal de instancia como el tribunal de apelación constatan la existencia de pruebas suficientes. El tribunal de apelación señala: "Aunque no pueda procesarse en el ámbito penal al municipio de Boamsterhim, ello no impide que pueda cometer infracciones y que pueda procesarse por estos hechos a la persona que dirige efectivamente los comportamientos ilícitos". Pero el Tribunal Supremo ha contradicho esta visión: "La posibilidad de procesar a la persona jurídica y la de procesar al dirigente de hecho están tan estrechamente ligadas que la circunstancia según la cual no puede procesarse a la persona jurídica porque es un órgano público, en el sentido del capítulo 7 de la Constitución, que interviene en atención a cumplir la labor pública que le compete legalmente, entraría como consecuencia la imposibilidad de procesar en el plano penal a los funcionarios y contratados por el órgano público, cuando éstos, en su cualidad de ejecutantes de la función pública, han dado la orden o dirigido efectivamente el comportamiento ilícito..."⁴⁵. Sólo resta como posible, por tanto, la responsabilidad penal individual (por sí misma). Pero precisamente para evitar que los subalternos estén sujetos a consecuencias penales se han desarrollado las reglas sobre la cualidad de autor de las personas jurídicas y los dirigentes de hecho (cualidad funcional de autor). Estas últimas amenazan con no poder aplicarse en el seno de las organizaciones estatales; de ello resulta que sólo podría interpelarse a las personas individuales sobre la base de la cualidad individual clásica de autor. Las víctimas de ello serán frecuentemente los subalternos, "lavándose las manos" los superiores jerárquicos. Es además sorprendente que la sociedad anónima Grontmij haya sido procesada en el plano penal. La cualidad de autor de la persona jurídica ha sido constatada y el dirigente de hecho ha sido procesado. La visión del Tribunal Supremo conduce en la práctica a una sorprendente desigualdad jurídica entre las personas jurídicas y, en el seno de la persona jurídica de derecho público, a la sanción de los subalternos por sí mismos.

⁴⁴ HR de 23 de abril de 1996, NJB 14 de junio de 1996, n° 61 (Provincia de Noord-Holland), y HR de 23 de abril de 1996, NJ 1996, 512 (Administración de Aguas West-Friesland).

⁴⁵ HR de 23 de abril de 1996, NJ 1996, 513 ('tH), as 7035.3 (HH) (Pikmeer).

Se deriva claramente de estos casos que la autoridad inferior disfruta igualmente de una inmunidad penal que excluye toda condena por el juez penal, en tanto se trate de un órgano público en el sentido del capítulo 7 de la Constitución, que además se haya comportado con vistas a la ejecución de una tarea conferida por ley. Al mismo tiempo, en el caso Boarnsterhim hay un punto que ha sido decisivo y que sigue siendo, tras el caso Volkel, impreciso; la impunidad de la autoridad se extiende a los funcionarios y a los contratados que, en el cuadro de la tarea estatal, se han comportado como dirigentes de hecho o encargados de decidir (el segundo aspecto del art. 51). El caso Volkel y los tres casos del 23 de abril de 1996 (Pikmeer, provincia de Noord-Holland y Administración de Aguas West-Friesland) constituyen por esencia la conclusión de una evolución en la jurisprudencia relativa a los procesamientos penales de la autoridad. El caso Volkel constituye un hecho único en esta materia ya que, por primera vez –y provisionalmente, esto no ofrece dudas, por última vez– al Estado holandés se le ha echado el guante como procesado y todo acto de la autoridad central ha sido excluido por el Tribunal Supremo de condena penal; el juez penal dispone no obstante de un margen con respecto a la autoridad inferior (a saber, cuando no se trata de un órgano público en el sentido del capítulo 7 de la Constitución o cuando no puede hablarse de la ejecución de una función pública conferida por ley).

En el curso de los últimos decenios, la función pública y la manera en que es ejecutada y ejercida han cambiado sin embargo de tal manera desde el punto de vista de la forma y contenido que la diferencia funcional entre función pública y función privada y la diferencia orgánica entre órgano público y órgano privado no constituyen un criterio susceptible de ser utilizado en numerosas diferenciaciones jurídicas. El derecho privado y el derecho público han conocido igualmente una evolución activa en el sentido de una responsabilidad creciente de la autoridad y una protección jurídica reforzada del ciudadano. Por ejemplo, no puede hacerse aceptar a una empresa agrícola, que está lastrada con pesadas obligaciones en materia de medio ambiente, sancionadas en el plano penal, que el municipio o el ministerio que cometan atentados al medio ambiente se beneficien de inmunidad. A fin de cuentas, tampoco al ciudadano puede hacersele aceptar esta situación.

Es por esto que la doctrina y el ministerio público han abogado por la suspensión de la inmunidad parlamentaria de las autoridades descentralizadas. El Tribunal Supremo y el gobierno prefieren, sin embargo, la primacía del control administrativo y político antes que el acceso penal. El Tribunal Supremo sólo acepta la persecución penal en el caso de que no se trate de un órgano público o se trate de un órgano público que plantee un acto que no releve de misiones estatales. El Tribunal Supremo opta pues por un contenido formal. El gobierno escoge un contenido material en una toma de

posición⁴⁶: si una persona moral de derecho público plantea un acto que surge de su misión estatal, que ella la haya planteado, pesando minuciosamente el pro y el contra y que este acto presente una legitimidad democrática suficiente, hay inmunidad penal. La postura del gobierno recibió una acogida crítica en el interior del Parlamento y no fue aprobada. Se le pidió al Parlamento que preparara una modificación legislativa.

En 1997, el ministerio público publicó una circular referente a la política de la investigación y de la persecución de autoridades⁴⁷ en vista de traducir la nueva jurisprudencia en un instrumento de trabajo fácil de utilizar. La circular enumera los criterios que deben ser tomados en cuenta por el magistrado de estrado:

1. ¿Existe calidad de autor y falta en el jefe de la persona moral de derecho público?

2. ¿La persona moral de derecho público es un órgano público en el sentido de la Constitución, ya que sólo los órganos públicos pueden, eventualmente, entrar en línea directa para la inmunidad penal?

3. Pensando que estas dos preguntas reciban una respuesta positiva, se puede proceder a las persecuciones si:

– el acto no puede razonablemente relevar de la ejecución de la misión estatal o

– el acto concierne, a pesar de todo, a una misión estatal pero el pro y el contra no han sido pesados seriamente bajo el ángulo administrativo, o

– es cuestión de la comisión de una injusticia flagrante, por ejemplo, un falso en las escrituras o una infracción en el entorno y que pone en peligro la vida de los seres humanos o de los animales, o

– se trata de infracciones intencionales a las prescripciones de base, que conllevan un ataque real o una amenaza que va contra el bien jurídico que se debe proteger.

Si el magistrado de estrado decide proseguir, debe, previamente a las persecuciones, obtener el consentimiento de las autoridades de la sala (oficial principal de Justicia) y del procurador general.

El caso *Pikmeer*, que se turnó al tribunal y fue sometido a un nuevo tratamiento⁴⁸, es nuevamente prestado en el Supremo Tribunal. En el ca-

⁴⁶ Nota *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden*, Tweede Kamer, 1996-1997, 25294.

⁴⁷ En los Países Bajos, el ministerio público concretiza la política de investigación y persecución sobre la base de circulares. El ministerio público dispone, en razón del principio de oportunidad, de una gran discrecionalidad de política criminal.

⁴⁸ Hof Leeuwarden, 12 november 1996, *Milieu en Recht* 1997, 1.

so Pikmeer II⁴⁹, el Tribunal Supremo tomó, entre tiempo, conciencia de la severa crítica que tuvo Pikmeer I y confirió un nuevo contenido a la materia relativa a las posibilidades de persecuciones penales de las autoridades descentralizadas. El Tribunal Supremo confirmó su posición en el caso Gouden Bodem⁵⁰.

La nueva doctrina del Tribunal Supremo, puede resumirse de la manera siguiente:

1. La inmunidad penal de las autoridades descentralizadas es muy limitada. La inmunidad penal no es posible más que si es cuestión de un deber exclusivamente administrativo, lo que debe ser verificado:

- se trata de un órgano público, en el sentido de la Constitución;
- en el interior del cual, en el marco de su misión estatal;
- un deber administrativo cumplido, deber que, en función de su naturaleza y teniendo en cuenta el sistema legal, no puede ser exclusivamente ejercido más que por funcionarios de administración.

2. Si la persona moral de derecho público, es beneficiaria de la inmunidad penal y que no puede ser perseguida, la posibilidad de no perseguirla vale igualmente para los dirigentes de hecho y los comanditarios. Esta posibilidad de no perseguir (demandar), no impide la prosecución en lo que se refiere a actor físico o cómplice, si la calidad de autor y las pruebas existen.

3. Si la persona moral de derecho público no se beneficia de la inmunidad y puede, pues, ser perseguida (demandada), el ministerio público debe tener en cuenta, en el marco de la política de persecución, la postura específica de las autoridades descentralizadas, y el juez debe verificar si no se trata de causas particulares de justificación. El juez puede, de igual manera, tener en cuenta la posición específica de las autoridades descentralizadas en el momento de la determinación de la sanción penal.

En 1998, el ministerio público publicó una nueva directiva en materia de política de investigación y de la persecución de autoridades. La directiva acuerda, conforme a la nueva doctrina del Tribunal Supremo, un lugar principal a la "investigación activa, persecución matizada". El magistrado de estrado debe, en lo sucesivo, responder a las siguientes preguntas:

1. ¿Los funcionarios son de su propio jefe responsables penalmente?
2. ¿Es cuestión de un órgano (organismo) público en el sentido de la Constitución?

⁴⁹ Tribunal Supremo 6 januari 1998, NJ 1998, 367.

⁵⁰ Tribunal Supremo 30 juni 1998, NJ 1998, 819.

3. ¿Es cuestión de un deber exclusivamente administrativo? En caso de respuesta positiva, el magistrado de estrado debe archivar el caso sin seguimiento por razones técnicas en el jefe de la persona moral de derecho público.

4. ¿Se trata de la calidad del autor, de la imputabilidad/falta y de la posibilidad de reproches?

5. ¿Existe una causa eventual de justificación? ¿Existe una eventual prescripción legal que pueda conducir al no castigo, o bien existe un conflicto de intereses? En caso afirmativo, una clasificación técnica debe ser el seguimiento.

6. ¿La persecución es oportuna? ¿Se trata de una injusticia flagrante? O bien ¿es cuestión de una infracción intencional de las prescripciones de base?, o se trata de una cuestión de reincidencia estorbosa? Estos criterios se desprenden de la directiva de 1997.

7. ¿La persecución (demanda) presenta contraindicaciones? Aun si no existe una causa de justificación, ¿se ha pesado minuciosamente el pro y el contra sobre el plan administrativo? O bien ¿es cuestión de una reacción administrativa o política efectiva que tiene lugar *a posteriori* (posteriormente).

No importa como sea, en caso de persecución, el dirigente de hecho o el comanditario, deben, si es posible, ser igualmente perseguidos. A nivel de procedimiento, el consentimiento del procurador general ya no es necesario. Basta con que el responsable del magistrado de estrado sea informado.

La nueva doctrina del Tribunal Supremo recibió el consentimiento de muchas personas ya que la inmunidad penal de las autoridades descentralizadas ha sido muy limitada. El gobierno pudo convencer mientras tanto al Parlamento que no era necesario, gracias a esta nueva doctrina, proceder a revisar la reglamentación legal actual. Incumbe al juez, según el gobierno, completar esta nueva doctrina y precisar lo que es un trabajo exclusivamente administrativo.

Esta nueva doctrina no resuelve, sin embargo, todos los problemas. Es perfectamente posible que para un solo y mismo acto, la autoridad descentralizada pueda apoyarse sobre la inmunidad penal, pero que el autor físico (el funcionario) en tanto que autor, cómplice, etc., pueda ser perseguido (demandado) y condenado por su propio jefe. En caso de colaboración público-privado, es posible también que la autoridad descentralizada no pueda ser perseguida (demandada) y que el socio privado pueda serlo. No es menos probable también que se pueda criticar el hecho de que el Tribunal Supremo haya vinculado completamente la misión exclusivamente administrativa a las artimañas (maniobras) de los funcionarios de la administración. En la práctica, podemos imaginar que tales misiones son ejercidas por los no funcionarios. Actúan como órgano administrativo y plantean actos de administración en el sentido del

derecho administrativo, pero no pueden beneficiarse de la inmunidad penal. Por esto, una parte de la doctrina aboga en favor de la supresión completa de la inmunidad penal de las autoridades descentralizadas⁵¹. El porvenir nos enseñará si el Tribunal Supremo tomará este camino.

IV. 4. Los desarrollos recientes en materia de responsabilidad penal de personas morales, comprendido el Estado

Después del fallo Pikmeer existe claramente una posición opuesta entre el gobierno y el Parlamento en materia de responsabilidad penal de las personas morales. El gobierno no desea efectuar modificación legislativa y el Parlamento está más a favor de levantar la inmunidad penal de personas morales, comprendiendo al Estado.

En 2001, el gobierno instauró una comisión de expertos encargados de dar su opinión sobre esta problemática.

El gobierno se enfrentó también, en 2001, a dos catástrofes mayores en los Países Bajos. En Enschede, un depósito de fuegos artificiales explotó en el centro de la ciudad causando la muerte de más de veinte personas y la destrucción de una parte muy importante de la ciudad. La encuesta arrojó que tanto la comuna como el Estado habían cometido errores en la concesión, la autorización y el control administrativo. El servicio de inspección del ejército, corresponsable del control, se había dejado corromper. Ya que se trata aquí de funciones que tienen que ver con la misión pública de las autoridades, el Estado, sobre la base del fallo de Pikmeer, no pudo ser penalmente perseguido (demandado). Siguió fuertes críticas en la prensa y la incompreensión en el interior de la opinión pública. El vaso se derramó cuando el tribunal infligió recientemente una pena leve a los jefes de la empresa motivado en que el Estado escapaba de su responsabilidad penal. En el caso de Volendam, se declaró un incendio en el cual perecieron alrededor de diez personas, en un salón durante una velada. En este caso, igualmente, se trató de una flaqueza a nivel de concesiones, de autorizaciones y de lagunas a nivel del control que incumbe a las autoridades. Aún no hay juicio en este caso. La presión sobre el gobierno, pidiendo se modifique la legislación, ha aumentado a causa de estos casos.

La comisión, bajo la dirección de H. L. J. ROELVINK, emitió sus conclusiones siguientes en febrero del 2002. La comisión opina que los documentos invocados por el gobierno presentan una fuerza de persuasión insuficiente para preservar al Estado de toda demanda penal y que la

⁵¹ Para un buen análisis de Pikkmeer II y sus consecuencias jurídicas, cf. J. A. E. VAN DER JAGT, *Decentraal bestuur vervolgbaar?*, Gouda Quint, 2000, Deventer.

distinción entre las personas morales de derecho público descentralizadas, por una parte y, por otra, el Estado, presenta una legitimidad insuficiente. La comisión propone, en lo que se refiere a la aplicación de la responsabilidad penal del Estado, escindirla, conforme al artículo 51, en elementos independientes. La comisión piensa a este respecto que los servicios, instituciones y otras entidades organizacionales del Estado que son susceptibles de intervenir de una manera suficientemente independiente en el interior de la sociedad. El Estado, como tal, debería ser excluido de la responsabilidad penal. Un cierto número de entidades especiales, como los tribunales, el ministerio público y el Consejo de Estado, deberían ser excluidos de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, la comisión aboga en favor de abandonar el criterio de misión pública del Tribunal Supremo en relación con la persecución de todas las personas morales de derecho público, aun para los comportamientos punibles en el momento del ejercicio de una misión pública exclusiva. En tercer lugar, la comisión desearía limitar la responsabilidad penal de todas las personas morales de derecho público a las infracciones económicas, comprendiendo aquí las infracciones en materia del medio ambiente y las infracciones de urbanización del territorio. La comisión opina que para las infracciones de derecho común, debe sobresalir la responsabilidad individual.

Esta última recomendación es por sí sola sorprendente por varias razones. En primer lugar, las personas morales de derecho público descentralizadas, eran ya responsables penalmente por todas las infracciones, comprendiendo aquí las infracciones de derecho común. Esto significaría pues un retroceso en relación con el pasado. En segundo lugar, muchas infracciones económicas se tratan en los Países Bajos como infracciones de derecho común (falsificación de escrituras, engaño, organización criminal, etc.) o son llevadas a cabo juntas. En tercer lugar, una señal de alarma es dada para llamar la atención sobre el hecho de que las autoridades no pudieran ser penalmente responsables por las infracciones más graves, previstas en el Código Penal. A la luz de las catástrofes de Enschede y Volendam, la exclusión del homicidio en el marco de la responsabilidad penal de las autoridades es muy sorprendente.

El gobierno, mientras tanto, suscribió a las conclusiones de la comisión y se puede esperar que sean tomadas las iniciativas legislativas necesarias. La limitación a las infracciones económicas constituye, sin duda, una primer fase hacia una responsabilidad completa para todas las autoridades, igualmente en materia de infracción de derecho común. El artículo 51, CP, emana también del derecho penal económico.

V. Conclusión

En el seno del dogma de la cualidad de autor de las personas jurídicas y de la dirección de hecho, la relajación de las reglas normales en re-

lación con la condición de autor de los arts. 47 y 48, CP, significa que la cualidad de autor y la responsabilidad concuerdan con el reparto de tareas, la responsabilidad de la gestión y el poder de decisión que son propios de las organizaciones modernas. La responsabilidad penal normal resta para el que efectúa efectivamente el acto punible, en tanto se le pueda hacer un reproche en la materia. Pero son las reglas sobre la cualidad funcional de autor las que se aplican a la organización –que no puede cometer el hecho más que por vía de personas físicas y que es por definición el autor funcional–, cuando la responsabilidad de los dirigentes de hecho, que generalmente no integrarán completamente ellos mismos la definición del delito, es funcional.

Después de la evolución jurisprudencial de la cualidad funcional de autor y de su aplicación a y en el cuadro de la persona jurídica, ha sido posible, en la práctica, no solamente atraer la atención de la persona jurídica sobre su responsabilidad penal, sino igualmente, en su seno, procesar penalmente a quienes deciden y a los dirigentes de hecho. Esto se hace sobre la base de los criterios funcionales relativos a la cualidad de autor, que permanecen ligados al *mens rea* en la tradición continental “no hay pena sin culpa” y que no reposan sobre la *strict liability*, teniendo en cuenta, sin embargo, la estructura actual de la organización y la responsabilidad en el seno de una empresa y organización. Es posible imputar penalmente a la persona moral el comportamiento punible (imputación) en caso de comportamientos intencionales, de negligencia, de falta de previsión, cometidos por personas físicas en la empresa. La imputación del elemento material y moral, es en efecto posible si la persona moral dirige directamente los comportamientos ilegales o la “ilegal corporate culture” (*dolus*: intención o dolo eventual), pero igualmente cuando es cuestión de una culpa, sea una situación en el curso de la cual una persona moral está en estado de intervenir, tiene conocimiento del caso o se supone que tiene el conocimiento y que, no emprendiendo nada, acepta la situación existente. Si la política y la cultura empresarial son estructuralmente poco diligentes en su estructura y organización, se habla de una cultura empresarial que cumple de manera general con los criterios de la responsabilidad penal. Esta visión ha sido utilizada en algunas sentencias de la jurisprudencia para construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin conexión directa con los comportamientos (actos/omisiones) de personas físicas. El resultado de esta jurisprudencia, todavía minoritaria es, sin embargo, la aceptación de una responsabilidad penal directa, basada sobre la autoría directa de la persona jurídica, dejando aparte la teoría de la imputación de los comportamientos de las personas físicas a la persona jurídica.

La reglamentación neerlandesa no es solamente importante en razón de su papel de pionero en este aspecto. En el mismo sentido me parece que los vasos comunicantes, elaborados en el artículo 51, presentan una gran riqueza legislativa, lo que, por otra parte, se había desarrollado ya

previamente en la jurisprudencia. Es importante igualmente subrayar que la legislación neerlandesa ha sido afinada y actualizada por la judicatura. Los desarrollos recientes en materia de responsabilidad penal y de posibilidades de demanda de las personas morales de derecho público constituyen un buen ejemplo en la materia. La reglamentación y la evolución neerlandesas constituyen, según mi opinión, una buena fuente de inspiración para la aceptación europea de la responsabilidad penal y de las posibilidades de demanda de las personas morales, pero no es, sin embargo, la única fuente de inspiración. En lo que respecta a la calidad del autor, podemos preguntarnos si no hay que decidirse por una calidad de autor directa, evitando las construcciones complicadas de imputación que reposan sobre los actos o las negligencias de las personas físicas. Por otra parte, en caso de tratarse de actores directos, se debe circunscribir claramente la medida en la cual se trata aún de una cuestión de dolo o culpa. En este caso, el elemento moral deberá ser establecido sobre una base de la teoría de la imputación, a menos que no se opte resueltamente por la responsabilidad de riesgos, pero me parece que esto sería ir demasiado lejos en lo que se refiere a la responsabilidad penal.

Se debe de igual manera resaltar que la responsabilidad y las posibilidades de demanda en el encuentro de personas morales y de grupos no significan que todas las infracciones deban ser efectivamente (perseguidas) demandadas y sancionadas. En todos los sistemas, tanto en los que están fundados sobre el principio de legalidad, como en los que están fundados sobre el principio de oportunidad, existen filtros y mecanismos de selección (clasificación sin seguimiento, tratamientos extrajudiciales, etcétera). La introducción de la responsabilidad y de las posibilidades de demanda de las personas morales constituye una etapa. La elaboración de una política criminal relativa a las personas morales en general y a las autoridades es esencial. La Unión Europea no se sitúa más que al principio de la elaboración de una aproximación penal, esencialmente en el marco del tercer pilar del Tratado de Amsterdam (cooperación policial y judicial en materia penal).

La Unión Europea ha tomado, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, en el marco del tercer pilar, diversas iniciativas en materia de armonización directa del derecho penal de los Estados miembros.

El tratado de Amsterdam ha reforzado el desarrollo *de iure* y *de facto*. Vista la necesidad descrita anteriormente, es desde luego evidente que la Unión prescriba una armonización relativa a la responsabilidad penal y a la demanda de personas morales. Sobre todo en materia de casos y de protección de los intereses financieros de la Unión, me parece esencial desarrollar sistemas de responsabilidad penal, aptos para responsabilizar a las personas morales. En el momento de la armonización europea, debe acordarse atención a la posición de personas morales de derecho público. La responsabilidad penal de las personas morales en la Unión conferirá un nuevo impulso a la cooperación policial y judicial con los Estados Unidos.

Para terminar, considero esencial desarrollar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Unión europea y evitar la huida hacia el derecho administrativo, sobre todo para proteger los bienes jurídicos en el ámbito económico y financiero. El hecho de que el Tribunal de los Derechos del Hombre haya confirmado, en varias decisiones, que las garantías del artículo 6 son igualmente aplicables a las sanciones penales de derecho administrativo no constituye en ningún caso un argumento decisivo para aceptar una huida hacia el derecho administrativo. El derecho penal administrativo presenta, en muchos países, una importante forma de subdesarrollo, tanto a nivel jurídico como a nivel práctico. En la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea, los poderes de investigación, embargo, comiso, etc., son por otra parte mucho más limitados en derecho administrativo que en derecho penal. Al contrario de lo que sucede en Alemania, donde existen en cierta medida vasos comunicantes entre lo administrativo y lo penal, comprendido en ello cuestiones de procedimiento, el resto de los Estados posee sistemas de sanciones administrativas y penales completamente distintos, los procedimientos administrativos se caracterizan por medios de investigación, embargo, etc., mucho más limitados que los de los procedimientos penales. Claramente en el marco de las empresas es primordial disponer de medios importantes para obtener pruebas. En fin, a nivel internacional y, cada vez más, a nivel nacional, se están elaborando sanciones de embargo y comiso en el ámbito de la gran criminalidad. Esta evolución tiene lugar en el seno del derecho penal y se ha mostrado, claramente en los Estados Unidos, como un instrumento esencial en la lucha contra la criminalidad cometida por las empresas. Considero entonces que si nos contentamos con sanciones de derecho administrativo, eludimos y nos orientamos hacia una cierta impunidad.