

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción en la propuesta del nuevo Código Penal brasileño

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Universidad Federal de Minas Gerais

RESUMEN: El presente trabajo aborda una de las cuestiones más discutidas en la actualidad, relativa a la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cada vez más extendida en los Códigos Penales a nivel internacional. En concreto, se analiza dicha responsabilidad en el caso de los delitos de corrupción, desde el prisma de la propuesta prevista en el nuevo Código Penal en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad civil, Código Penal de Brasil, responsabilidad objetiva.

ABSTRACT: The present work addresses one of the most currently discussed issues, regarding the establishment of criminal liability of legal persons, increasingly widespread in the Penal Codes at the international level. Specifically, this responsibility is analyzed in the case of corruption offenses, from the prism of the proposal foreseen in the new Criminal Code in Brazil.

KEY WORDS: Corruption, criminal liability of legal persons, civil liability, Brazilian Criminal Code, strict liability.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Opción política. 3. Teoría del crimen y persona jurídica. 4. Responsabilidad indirecta. 5. Responsabilidad civil como referencia dogmática. 6. Responsabilidad restringida a las personas de derecho privado. 7. Responsabilidad restringida a algunos crímenes. 8. Responsabilidad objetiva. 9. Conclusiones. 10. Referencias bibliográficas.

Rec: 02-09-2018 | Fav: 28-02-2018

1. Introducción

La sociedad brasileña recientemente ha sido sorprendida con una verdadera avalancha de casos de corrupción, incluyendo partidos políticos y grandes empresas. Los valores ya recuperados por la “operación *lava jato*”¹ evidencian las dimensiones de un problema de magnitud hasta entonces inimaginables. Los costes sociales de la corrupción son muy significativos. Las estimativas calculadas por la Organización de las Naciones Unidas y por el Foro Económico Mundial indican que la corrupción cuesta cerca de 05% del Producto Interno Bruto de los países. Considerando el PIB brasileño del año 2016, que alcanzó los 6,266 billones de reales, se estima que la corrupción habría causado un perjuicio de alrededor de 313 mil millones de reales. Las estimativas de la Fiesp son bastante más conservadoras. Un estudio publicado en 2010 apunta que la corrupción desvía 2,3% del PIB brasileño. Considerando esos términos, el perjuicio sería de 144 mil millones de reales anuales.²

La corrupción no es un problema que se restringe a la cultura brasileña, es un fenómeno global que desafía la cooperación de los países y la integración de esfuerzos que pretenden establecer mecanismos para su prevención y su eficiente combate. Desde la década de 1990 es posible observar que la comunidad internacional pasó a preocuparse más con las consecuencias de la corrupción en los negocios internacionales. En ese sentido, el XV Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en la ciudad de Río de Janeiro en septiembre de 1994, aprobó enunciado según el cual *los sistemas penales nacionales deben, siempre que sea posible en el ámbito de su respectiva*

*constitución o ley básica, prever una serie de sanciones penales y de otras medidas a las entidades jurídicas y públicas.*³

En ese contexto, Brasil ha ratificado tres importantes tratados internacionales que lo incluyen en el esfuerzo mundial contra la corrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC),⁴ la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)⁵ y la Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).⁶ En ese último tratado, la responsabilización de las personas jurídicas beneficiadas con los actos de corrupción ha merecido atención especial.

La Convención sobre el Combate a la Corrupción de la OCDE trata de la responsabilización de las personas jurídicas en su art. 2º, pero no establece que tal responsabilización deba ser necesariamente criminal. Portugal y España, por ejemplo, han optado por incluir en sus códigos penales la previsión para la responsabilidad criminal de la persona jurídica beneficiada por actos de corrupción.⁷ Por ahora, en los términos de la Ley nº 13.846, de 01 de agosto de 2013, el derecho brasileño ha restringido la responsabilidad de las personas jurídicas beneficiadas por actos de corrupción al ámbito administrativo y civil.

Siguiendo la tendencia del Derecho mundial de instituir la responsabilización criminal de la persona jurídica beneficiada con la corrupción, el Proyecto de Ley del Senado nº 236/12, que propone un nuevo Código Penal brasileño, amplía las posibilidades de responsabilización penal de la persona jurídica para alcanzar los casos de corrupción y todos los casos de

¹ Según aclara el Ministerio Público Federal de Brasil: “La operación *Lava Jato* es la mayor investigación de corrupción y blanqueo de capitales que Brasil haya tenido. Se estima que el volumen de recursos desviados de los cofres de la Petrobras, mayor estatal del país, sea superior a mil millones de reales. A eso se suma la expresión económica y política de los presuntos participantes del esquema de corrupción que involucra la compañía. En el primer momento de la investigación, desplegada a partir de marzo de 2014, ante la Justicia Federal en Curitiba, han sido investigadas y procesadas cuatro organizaciones criminosas lideradas por operadores del mercado paralelo de cambio. Después, el Ministerio Público Federal ha recogido pruebas de un inmenso esquema criminoso de corrupción que incluye la Petrobras. En ese esquema, que dura por lo menos diez años, grandes empresas organizadas en cartel pagaban propina a altos ejecutivos de la estatal y otros agentes públicos. Los valores de las propinas variaban entre el 1% y el 5% del montante total de contratos billonarios sobrevalorados. Ese soborno era distribuido por medio de operadores financieros del esquema, incluyendo operadores del mercado paralelo de cambio investigados en la primera etapa.” En <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>, acceso en 17.08.2017

² Dallagnol, Deltan. *A luta contra a corrupção*, p. 41.

³ *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 8, p. 129.

⁴ Promulgado por el Decreto nº 4.410, de 07 de octubre de 2002.

⁵ Promulgado por el Decreto nº 5.687, de 31 de enero de 2006.

⁶ Promulgado por el Decreto nº 3.678, de 30 de noviembre de 2000.

⁷ Código Penal Portugués – DL nº 48/95, art. 11 y Código Penal Español – LO nº 05/2010, art. 31 - bis.

crímenes contra la administración pública. En el proyecto, la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentra previsión en los artículos 41 a 44 propuestos para el nuevo Código Penal, siendo que los tres últimos artículos establecen las penas que se aplicarán a las personas jurídicas. El art. 41, que tuvo inspiración en el art. 3° de la Ley n° 9.605/98, dispone que:

Art. 41. Las personas jurídicas de derecho privado serán responsabilizadas penalmente por los actos practicados contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad.

En la legislación actualmente en vigor, la responsabilidad penal de la persona jurídica solamente existe en el subsistema del Derecho penal ambiental. Ante casos concretos ya ocurridos, se puede observar que muchos operadores del Derecho aún se muestran demasiado aferrados a los paradigmas tradicionales de la dogmática penal clásica para admitirla. En realidad, la responsabilización criminal de la persona jurídica nos desafía a realizar apenas un pequeño cambio de paradigmas, que no produce cualquier repercusión en la dogmática penal que permite distinguir la conducta punible de la persona física.

En el presente comentario pretendo sustentar que para responsabilizar criminalmente a una persona jurídica no es necesario hacer cualquier alteración en la dogmática penal de la teoría del crimen, así como que la opción política acogida en el Proyecto de Ley del Senado n° 236/2012, que pretende ampliar las posibilidades de utilización de tal especie de responsabilidad, se muestra conveniente y necesaria para una sociedad que pretende establecer un combate más eficiente a la corrupción y a las manifestaciones más relevantes de la criminalidad contemporánea.

2. Opción política

La cuestión esencial que incluye el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica ya ha sido

perfectamente comprendida por el Superior Tribunal de Justicia, en cuya jurisprudencia ha quedado consolidada la posibilidad jurídica de responsabilidad penal de la persona moral. La decisión, paradigma para el entendimiento consolidado, ha sido proferida en el Recurso Especial n° 564.960 - SC (2003/0107368-4), cuyo voto conductor ha sido redactado por el Ministro Gilson Dipp. Consta expresamente en el inciso III de la enmienda de la sentencia que “la responsabilización penal de la persona jurídica por la práctica de delitos ambientales resulta de una opción política”. Y esta es la premisa fundamental que debe ser observada para la comprensión del tema. La Constitución de la República, de manera expresa, admitió la posibilidad de responsabilizar criminalmente a una persona jurídica (§ 3° del art. 225), lo que ya ha sido reconocido por el Supremo Tribunal Federal, por decisión unánime en la sentencia relativa al juicio del RE 628582 AgR/RS. La institución de tal posibilidad deriva de opción política legítima y jurídicamente válida, que no encuentra impedimentos en razón de la naturaleza del ente moral.

No se puede olvidar que toda regla jurídica resulta de una opción entre varios caminos posibles y que, para la construcción normativa, la idea de *atenerse a los hechos* es mera ilusión.⁸ La ciencia jurídica interpreta la realidad observada y fundamenta la construcción del derecho positivo en razón de las opciones políticas que el legislador hace con el objetivo de producir efectos prácticos. Como materialización de *acciones estratégicas*, el derecho pretende promover la reglamentación de las relaciones intersubjetivas y la realización de determinados objetivos.⁹ El sistema normativo es siempre concebido a partir de opciones políticas sobre la forma más adecuada de resolver las situaciones de conflicto social. Dichas opciones, no obstante, no son inmutables. De acuerdo con las conveniencias de la sociedad, las opciones pueden ser revisadas y readaptadas a los intereses que se muestran prioritarios. La Justicia de los hombres, que *Beccaria* consideró como *Justicia Política*, no pasa de una relación que se establece entre una conducta y el estado variable de la sociedad que la interpreta. Las disposiciones del derecho positivo pueden ser alteradas en la medida en que otras opciones pasen a ser

⁸ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 309.

⁹ Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II*, pp. 169 y ss.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

consideradas más ventajosas o necesarias al grupo social.¹⁰ El Derecho, como instrumento de control social, pretende realizar objetivos prácticos y se muestra variable de acuerdo con las necesidades y conveniencias de la política social adoptada por el Estado.¹¹

En el Código Penal brasileño de 1890, el legislador nacional se preocupó en resaltar que la responsabilidad es individual. En su artículo 25, el Código disponía que la responsabilidad penal es exclusivamente personal, siendo que en los crímenes en los que han tomado parte miembros de corporación, asociación o sociedad, la responsabilidad penal solamente recaerá sobre aquellos que participen del hecho criminoso. No obstante, en el párrafo único de su artículo 103, el Código ha previsto la posibilidad de la disolución de la persona jurídica cuando ella sea utilizada para la práctica del crimen que especifica. En ese contexto, la disolución de la persona jurídica podría ser entendida como un efecto de la condenación criminal. En la Consolidación de las Leyes Penales, aprobada por el Decreto n° 22.213, de 14 de diciembre de 1932, la misma paradoja se presentó. Los artículos 25 y 103 de la Consolidación repitieron las mismas disposiciones del Código de 1890.¹² El Código de 1940, por su vez, no trae cualquier dispositivo que mencione restricción de la responsabilidad penal a la persona física ni tampoco la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica. Lo mismo ocurrió en la oportunidad de la reforma producida por la Ley n° 7.209, de 1984. Si hasta ese momento la responsabilidad penal de la persona jurídica no había sido considerada una opción conveniente, eso no significa que la sociedad no pueda rever su posicionamiento. Tal revisión de paradigmas ha sido promovida por la propia Constitución de la República, que se ha posicionado expresamente en favor de la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y no se justifica la resistencia de los que se apegan al paradigma anterior. En los días actuales, hasta la institución del casamiento ha sufrido revisión para acoger los casos de homoafectividad. Entonces, ¿por qué no sería posible revisar el antiguo

dogma de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica?

Importa notar que la criminalidad y el crimen no son parte de una realidad natural, sino de una construcción jurídico-social que depende de los juicios valorativos que producen la cualidad de criminoso en la conducta en que se aplican e imponen responsabilidad a determinadas personas.¹³ Es la actividad de definición de lo que es criminoso o no, realizada por los componentes de las instancias que ejercen el poder de control social, lo que relaciona los individuos y sus conductas a la consideración de criminoso y de crimen. La responsabilidad penal, asimismo, resulta de un proceso político de opción a respecto de quién debe soportar la pena a ser impuesta por la violación de la norma jurídico-penal. Las definiciones de crimen y de responsable dependen de los intereses, de las creencias y de la cultura de los individuos que usufructúan de posición de predominio en la determinación de lo que es inadecuado y, en última instancia, de las *ideologías*.

Cabe a la política criminal, por lo tanto, elegir los intereses y las ideas directivas del tratamiento reservado al crimen, elaborar las estrategias para su combate, así como incrementar la ejecución de esas estrategias. Coherente con la opción política fundamental del Estado, la política criminal define lo que debe ser considerado comportamiento criminoso y cuáles son las estrategias más adecuadas para el combate a la criminalidad¹⁴, y en ese sentido, quién debe ser considerado responsable por el hecho lesivo al bien jurídico.

Cuando se discute el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica no se puede olvidar que la comprensión de la cuestión debe darse en el ámbito político. La consideración de lo que puede ser socialmente inadecuado y de quién será responsabilizado criminalmente depende siempre del *punto de vista* de aquellos que legítimamente ejercen el poder de imposición.¹⁵ La opción política sobre el tema ya ha sido hecha, y por aquellos que tenían legítimo poder para tanto. Los constituyentes de 1988 expresamente

¹⁰ Beccaria, Cesare Bonesana - Marquês de. *Dos delitos e das penas*, pp. 22 y 23.

¹¹ Ihering, Rudolf Von. *A finalidade do direito*, pp. 235 y 236.

¹² Pierangelli, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*, pp. 271 y 330.

¹³ Thompson, Augusto Frederico G., *Quem são os criminosos?*, pp. 46 y 47 y Baratta, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal, pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, p. 35.

¹⁴ Dias, Jorge de Figueiredo y Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 106.

¹⁵ El concepto de política, como forma especial de actividad humana, está estrechamente vinculado al de poder. El poder político se

admitieron la responsabilidad penal de la persona jurídica en el párrafo 3º del art. 225 de la carta constitucional. El punto de vista contrario a la responsabilización penal de la persona jurídica fue vencido en el debate institucional, según las reglas del juego democrático. La opción por la responsabilización fue incluida en el ordenamiento jurídico, lo que significa la preponderancia del entendimiento de la conveniencia y oportunidad de utilizar la responsabilidad penal de la persona jurídica como instrumento eficaz en el combate a la criminalidad.

Merece la pena además observar que las opciones políticas no son condicionadas por la dogmática jurídico-penal. Ese es un mito que es necesario superar. La dogmática no se construye según la naturaleza de las cosas, sino según los moldes valorativos predominantes o los objetivos que el poder político se propone alcanzar. Es cierto que la dogmática penal tradicional ha llegado a desarrollar elaboraciones teóricas bastante complejas y profundas. La intensa búsqueda por el perfeccionamiento de la racionalidad jurídico-represiva ha generado tal abstracción para el sistema punitivo que, hoy, se puede temer por su significativo alejamiento respecto a la realidad social en la que produce sus efectos. Sin embargo, la politización del problema de la criminalidad ha ampliado el campo de influencia y actuación de la política criminal. En el presente momento, la política criminal estableció nuevas relaciones con la dogmática y el sistema jurídico-penal. Si en el contexto tradicional las exigencias político-criminales deberían amoldarse a los requisitos conceptuales-sistemáticos de la noción de crimen, hodiernamente la política criminal se presenta con autonomía y transcendencia en relación a la dogmática y el sistema jurídico penal, siendo competente para demarcar los límites últimos de la punibilidad.¹⁶ La dogmática jurídica y sus premisas metodológicas no poseen valor absoluto, sino relativo, y estrictamente vinculadas a los fines que se desea

alcanzar en el ambiente social.¹⁷ Las teorías elaboradas para definir lo que se considera crimen y quién sería responsable serán siempre dependientes de los axiomas y principios de política criminal que se establecen en el contexto social, como piedras fundamentales, en dado momento histórico y cultural. En ese sentido, *Claus Roxin* aclara que la política criminal debe definir el ámbito de la incriminación así como los postulados de la dogmática jurídico-penal necesarios a la responsabilización criminal.¹⁸ Por supuesto, la dogmática jurídico-penal y la política criminal solo se prestan a combatir la criminalidad siempre que produzcan efectos recíprocos y relacionados.¹⁹ El derecho penal y la política criminal se completan y, de esa unidad cooperativa, resulta la opción política fundamental del Estado para el trato de la criminalidad.

La resistencia de aquellos de opinión contraria a la opción política consagrada en el texto constitucional y legal (en el caso del subsistema del derecho penal ambiental) es manifiestamente ilegítima. No se puede obedecer apenas a las leyes con las que estamos de acuerdo. Debemos siempre obediencia a la opción política válidamente consolidada en la Constitución y en las leyes.

El discurso de los que se resisten a la posibilidad de responsabilización criminal de la persona jurídica parece consistente cuando evidencia las dificultades de aplicación de la teoría del crimen y cuando denuncia una supuesta violación del principio político de la intranscendencia (o personalidad de las penas). El problema que incluye la aplicación de la teoría del crimen será examinado en el ítem a continuación. En lo que respecta a la supuesta violación del principio político-criminal, la mencionada decisión del STJ ha ofrecido respuesta cabal a la objeción. Ha quedado registrado en el ítem XI de la enmienda de la sentencia que en la responsabilidad penal de la persona jurídica “no hay ofensa al principio constitucional de que *ninguna pena pasará de la persona del condenado...*, pues es

verifica en las relaciones entre los hombres, de modo que los poderosos imponen la aceptación de cierto punto de vista y determinan el comportamiento de los no-poderosos. El hombre dispone de variadas formas de poder sobre su semejante y el poder político es solo una de esas formas. De la misma forma, no es posible comprender el Derecho desvinculado de su función organizadora del poder, pues solo el poder crea el deber. En ese sentido: Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*, p. 954. y Telles Jr., Alcides. *Discurso, linguagem e Justiça*, p. 39.

¹⁶ Zaffaroni, Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal*, pp. 132 y 133. En ese mismo sentido: Bettiol, Giuseppe. *Direito penal da attitude interior*, p. 318.

¹⁷ Rusconi, Maximiliano A. *Sistema del hecho punible y política criminal*, p. 23.

¹⁸ Roxin, Claus. *Política criminal y estructura del delito*, p. 62. En el mismo sentido: Dias, Jorge de Figueiredo y Andrade, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹ Maurach, Reinhart. *Derecho penal*, p. 52.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

incontrovertible la existencia de dos personas distintas: una física - que de cualquier forma contribuye para la práctica del delito - y una jurídica, cada cual recibiendo la punición de forma individualizada, derivada de su actividad lesiva.” Desde luego, los argumentos que trabajan garantías dispuestas a la responsabilización de la persona física no pueden ser opuestos a la responsabilización de la persona jurídica.

3. Teoría del crimen y persona jurídica

La doctrina penal reconoce que el crimen presenta una naturaleza conceptual compleja. Identificar los elementos componentes de esta construcción teórica es tarea cuya importancia no se restringe a las necesidades de exposición sistemática de la materia, sino que también presenta gran repercusión práctica para la aplicación del derecho represivo. Es por medio del concepto analítico del crimen que el operador del derecho distingue el hecho punible entre los diversos hechos observados en la realidad social. El concepto analítico del crimen se ha consolidado en la doctrina penal como un hecho típico, ilícito y culpable. El modelo interpretativo de la realidad ofrecido por la teoría del crimen se presta a identificar la conducta de la persona física que es considerada por el Derecho Penal como prohibida. El modelo presupone trabajar con un método racional de verificación según el cual, inexistiendo cualesquiera de las cualidades reconocidas a la conducta prohibida, no se puede responsabilizar a la persona que la realiza.

Los argumentos contrarios a la responsabilización penal de la persona jurídica que aparentan mayor consistencia se fundamentan en la imposibilidad de aplicación de la teoría del crimen a la persona jurídica. Tales argumentos apenas sostienen lo que es obvio. La teoría del crimen ha sido totalmente concebida para aplicación en relación a la conducta realizada por una persona física y, por eso, no puede ser aplicada en relación a la actividad de la persona jurídica.

La concepción de la persona jurídica como una ficción es incompatible con el reconocimiento de la subjetividad jurídico-penal necesaria a la caracterización del crimen conforme el modelo analítico. No obstante, con base en la teoría de la realidad objetiva, que reconoce en la persona jurídica real capacidad de voluntad y acción, algunos adoctrinadores sustentan la aplicación de la teoría del crimen a la persona jurídica, reconociendo su capacidad de acción y de culpabilidad.²⁰ Para Klaus Tiedemann, si el derecho reconoce en la persona jurídica ente poseedor de personalidad jurídica que la habilita a ser titular de derechos y obligaciones, no hay obstáculos al reconocimiento de que la persona jurídica pueda ser autora de crimen.²¹ En ese mismo sentido, algunos adoctrinadores nacionales.²²

La concepción analítica del crimen, sin embargo, constituye modelo explicativo especialmente formulado para identificar la conducta humana punible. Las etapas metodológicas propuestas son referidas a las cualidades de la conducta humana y no a las actividades de la persona jurídica. Todos los intentos de “adaptar” la teoría del crimen a la realidad de la persona jurídica se muestran manifiestamente inconsistentes.

No se puede hablar en tipificar, en los moldes tradicionales, el *comportamiento* de la persona jurídica. La persona jurídica no tiene comportamiento, no desarrolla conducta. Solamente la persona física se expresa por medio de comportamientos. La persona jurídica desarrolla actividades y no se pueden considerar tales actividades como acciones, en el sentido jurídico-penal. Argumentando que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de crimen, por no poseer capacidad de acción, muchos juristas nacionales repudian la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica.²³ El razonamiento que rechaza la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en la tradicional vinculación que fue establecida entre el sujeto activo del crimen y el sujeto pasivo de la pena. Ante la imposibilidad de que la persona jurídica

²⁰ Bacigalupo, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 128-132.

²¹ Tiedemann, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, p. 30.

²² Costa Neto, Nicolao Dino de Castro, et. al. *Crimes e infrações administrativas ambientais*, pp. 41 y 60; Araújo Júnior, João Marcelo de. *Societas delinquere potest*, pp. 89-94; Schecaira, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 87; e Sznick, Valdir. *Direito penal ambiental*, p. 63.

²³ En ese sentido: Kist, Atáides. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, pp. 85-98; Sales, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*, pp. 27-36.

sea sujeto activo del crimen, no podría ser sujeto pasivo de la pena. Ese razonamiento, sin embargo, es meramente dogmático.

La construcción teórica de lo injusto trabaja con elementos subjetivos de la conducta que no pueden ser aplicados al examen de la actividad ilícita atribuida a la persona jurídica. Si bien son capaces de infringir las normas jurídicas a que están sometidas, las personas jurídicas no poseen elemento volitivo en sentido estricto. No se puede entender que la decisión de los directores o de los miembros del órgano colegiado de la persona jurídica pueda caracterizar una acción institucional con finalidad orientada para el ataque al bien jurídico y, por lo tanto, subsumida al concepto de dolo.²⁴ Dolo es un concepto jurídico-penal referido a la intención de la persona física (que presupone la representación mental que desarrolla sobre la realidad natural observada) y la persona jurídica no tiene intención.

La aplicación de la teoría del crimen a la persona jurídica enfrenta además importantes problemas relacionados a la culpabilidad. El concepto jurídico-penal de culpabilidad implica un juicio valorativo que se fundamenta en la exigibilidad de una conducta diversa y la persona jurídica no desarrolla esa conducta, por lo que no se puede exigir conducta diversa. El concepto de culpabilidad también se refiere a la conciencia de la persona física sobre la ilicitud de la conducta y la persona jurídica no puede tener vivencia del entendimiento sobre la ilicitud de cualquier hecho. Queda claro que no se puede utilizar el concepto de culpabilidad para responsabilizar directamente a la persona jurídica. El concepto de culpabilidad no ha sido elaborado para ser aplicado a las personas jurídicas. Ni siquiera la noción normativa-social de culpabilidad se presta a reprobar la persona jurídica, como sostienen algunos autores.²⁵ Para aplicación a la persona jurídica, el concepto de culpabilidad debería ser modificado en su esencia, pasando a presentar otro contenido que hasta el momento no ha sido identificado.²⁶ De cualquier forma, dicha alteración de contenido produciría un nuevo concepto jurídico. No sería más la culpabilidad, como se concibe en los días

actuales, sino otro concepto teórico que permitiría *reprobar* la persona jurídica.

El hecho es que no es posible utilizar las nociones del derecho penal clásico y su teoría del crimen para responsabilizar directamente a la persona jurídica. Las adaptaciones que se pretende realizar construyen, verdaderamente, una nueva teoría del crimen: una teoría específicamente elaborada para identificar a la persona jurídica responsable criminalmente.

En el voto conductor de la sentencia paradigma proferida en el Superior Tribunal de Justicia, con mucha felicidad el Sr. Ministro-relator aclara que es necesario superar la dogmática penal clásica para la implementación y aplicación de la responsabilización penal de la persona jurídica, concluyendo que “no cabe, de hecho, la aplicación de la teoría del crimen del delito tradicional a la persona jurídica, lo que no puede ser considerado un obstáculo a su responsabilización, pues el Derecho es una ciencia dinámica, cuyos conceptos jurídicos varían de acuerdo con un criterio normativo y no ontológico.”

De esa forma, no sería el caso de admitir que “si la persona jurídica tiene existencia propia en el ordenamiento jurídico y practica actos en el medio social a través de actuación de sus administradores, podrá venir a practicar conductas típicas y, por lo tanto, ser pasible de responsabilización penal.” La persona jurídica no práctica conducta típica, solamente la persona física puede practicar la conducta típica.

4. Responsabilidad indirecta

En el derecho penal, la fuente inmediata de conocimiento/producción de ilícito es la norma jurídico-penal que subyace al tipo penal incriminador. En el caso de las disposiciones incriminadoras del Código Penal, todos los tipos penales se refieren a las conductas humanas que violan la norma de protección al bien jurídico. No hay previsión típica referida a la actividad de la persona jurídica. Eso significa que solo la persona física puede satisfacer las exigencias típicas, en sus aspectos objetivos y subjetivos. La responsabilidad

²⁴ En este sentido: Schecaira, Sérgio Salomão, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

²⁵ Costa Neto, Nicolao Dino de Castro, e outros, *op. cit.*, p. 60. Sustentan los autores que “la culpabilidad social de la empresa surge a partir del momento en que ella deja de cumplir con su función esperada por el ordenamiento jurídico y exigible de todas las empresas en igualdad de condiciones.”

²⁶ Fernández, Miguel Bajo. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, p. 26.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

de la persona jurídica, por lo tanto, es siempre indirecta, derivada de la conducta de la persona física que actúa en su nombre y beneficio. Para establecer responsabilidad directa para la persona jurídica sería necesario construir una teoría del crimen propia para la persona jurídica, con tipos incriminadores referidos a la actividad lesiva o potencialmente lesiva al bien jurídico. En los términos de la propuesta constante del PLS n° 236/2012, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se fundamenta en intervención que pueda ser reconocida como propia. Con observancia obligatoria de los tipos incriminadores, la responsabilidad penal propuesta para la persona jurídica será siempre indirecta.

Cabe notar que la responsabilidad indirecta, o por hecho practicado por tercero, no constituye ninguna novedad en derecho penal. En casos de concurso en el delito es posible responsabilizar a una persona que no ha violado directamente la norma jurídico-penal prohibitiva, sino que ha contribuido, de alguna forma, para la conducta violadora realizada por otra persona. Puede observarse como ejemplo un individuo que provee el arma para que un tercero practique un homicidio. La responsabilidad de aquel que contribuye para el crimen queda manifiestamente dependiente de la ejecución de la conducta criminosa por una tercera persona. No se puede olvidar que el art. 31 del CP dispone que “el ajuste, la determinación o instigación y el auxilio, salvo disposición expresa en contrario, no son punibles, si el crimen no llega, como mínimo, a ser intentado”. La responsabilidad de aquel que entrega el arma deriva de la voluntad del legislador que concibió la norma de extensión típica del art. 29 del CP y la relaciona a la violación de la norma prohibitiva del art. 121 del mismo estatuto. En ese caso, solamente se puede hablar de responsabilidad propia de aquel que entrega el arma en razón de la norma de extensión típica del art. 29. Sin embargo, aunque se verifique una responsabilidad por conducta propia (entrega del arma), tal responsabilidad depende de la actuación de tercero (inicio de la ejecución del homicidio).

Asimismo, en casos de autoría mediata siempre habrá responsabilidad penal dependiente del hecho practicado por tercero. Quien ejecuta la conducta material que viola la norma jurídica es el individuo

considerado *instrumento*, pero como él no posee responsabilidad y sirve a los propósitos del autor mediato, por voluntad de la ley la responsabilidad recae sobre el autor indirecto o mediato. La construcción teórica, ya antigua, reserva la denominación de autor a aquel que domina el hecho por medio del dominio de la voluntad y de la conducta del instrumento. La responsabilidad pesa sobre quien recibe la denominación de autor (aunque mediato), pero quien ejecuta materialmente la conducta prohibida es otro (el instrumento).²⁷ De acuerdo con el Código Penal brasileño, son hipótesis de autoría mediata el equívoco determinado por tercero, la coacción física o moral de carácter irresistible, la actuación en atención a orden no manifiestamente ilegal de superior jerárquico y la instigación o determinación al crimen de alguien no punible en virtud de condición o calidad personal. Aun en los crímenes culposos se puede reconocer la autoría mediata que genera la responsabilidad por el hecho practicado por tercero. Es un ejemplo el caso del padre que se descuida de la guardia de arma de fuego que es utilizada por el hijo menor para herir a otro niño.

En cualquier caso de concurso en el delito o de autoría mediata, no obstante, la responsabilidad de la persona física es siempre subjetiva. Es necesaria la apuración del dolo o de la culpa de la persona física para atender las exigencias subjetivas de la tipificación. Ya cuando se piensa en responsabilidad penal de la persona jurídica no es posible pensar en autoría, aunque mediata, de la persona moral. No siendo posible utilizar la teoría del crimen para identificar conducta punible de su parte, la responsabilidad de la persona jurídica por hecho practicado por persona física que actúa en su nombre y beneficio debe presentar otra fundamentación.

El art. 41 propuesto para el Código Penal dispone que *las personas jurídicas de derecho privado serán responsabilizadas penalmente por los actos practicados contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad*. Se debe reconocer que tal disposición no establece que la persona jurídica sea autora de crimen,

²⁷ Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal*, p. 350.

sino apenas que será responsable. La regla no produce cualquier efecto sobre la teoría del crimen, que ha sido construida con mucho sacrificio para identificar la conducta criminosa realizada por una persona física. No se trata de norma de extensión típica o de culpabilidad. No se trata de coautoría entre la persona jurídica y la persona física, sino de responsabilidad penal de la persona jurídica por una conducta realizada por la persona física, porque tal comportamiento se dio en nombre y beneficio de la persona jurídica. Es hipótesis de responsabilidad por el hecho de otro, pero que no posibilita investigar elementos subjetivos en la persona jurídica responsable.

De esa forma, queda claro que, para la responsabilización de la persona jurídica, se utiliza la teoría del crimen apenas para identificar la conducta típica realizada por la persona física, en nombre o beneficio del ente moral. Siempre dependiente de la intervención de la persona física, que responde criminalmente de manera subjetiva, la persona jurídica no presenta elemento subjetivo o consciencia de la ilicitud que viabilice la aplicación de la teoría del crimen. La responsabilidad de la persona física es subjetiva, pues deriva de la aplicación de la teoría del crimen con sus exigencias de naturaleza subjetiva. La responsabilidad de la persona jurídica, por otro lado, deriva de la relación objetiva que la relaciona a la persona física que realiza la conducta prohibida. La persona jurídica solo puede ser responsabilizada cuando haya intervención de persona física y el análisis de su conducta exige siempre examinar aspectos de naturaleza subjetiva. Considerando la persona jurídica aisladamente, los criterios para su responsabilidad son objetivos.

El camino adecuado para resolver el problema de la responsabilidad penal de la persona jurídica solamente podrá ser encontrado en las teorías de la responsabilidad y no en la teoría del crimen, que identifica la conducta prohibida realizada siempre por una persona física. La persona jurídica no puede ser autora de crimen, apenas responsable. En ese sentido, cabe observar que no hay cualquier dispositivo constitucional o legal que afirme ser la persona jurídica autora de crimen o que la misma realice *conducta* ofensiva al bien jurídico.

5. Responsabilidad civil como referencia dogmática

En esencia, el ilícito civil no se diferencia del ilícito penal. La responsabilidad, sea en ámbito civil o penal, deriva de violación al ordenamiento jurídico y el interés de evitar la ofensa al bien jurídico constituye el trazo común entre las dos formas de responsabilización.²⁸ Si el ordenamiento jurídico es un sistema armónico, cuyas características fundamentales son la unidad y la adecuación valorativa,²⁹ la construcción dogmática de la responsabilidad civil debe constituir referencia obligatoria para la comprensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Los diversos ramos del derecho siempre se interrelacionan, de modo que la responsabilidad jurídica tiene consecuencias distintas impuestas por el derecho civil y el penal.

El ordenamiento jurídico civil prevé algunos casos en que la responsabilidad no recae sobre el sujeto que realiza la conducta dañosa al bien jurídico, desvinculando el sujeto pasivo de la obligación del sujeto activo que realiza el acto ilícito. La responsabilidad de los padres por los actos ilícitos practicados por los hijos menores y la responsabilidad de la empresa por los actos de sus representantes y empleados constituyen ejemplos distintivos de tal desvinculación entre el sujeto activo de la violación al bien jurídico y el sujeto pasivo de la responsabilidad (art. 932, incisos I e III, del Código Civil). En el ámbito del derecho civil, es posible que una persona física realice el comportamiento que viola el sistema normativo y una persona jurídica sea identificada como responsable por soportar las consecuencias de la violación normativa. Se debe notar que en el derecho civil no se cuestiona la responsabilidad de la persona jurídica por acto practicado por su representante, aunque sea imposible encontrar en la persona jurídica elemento subjetivo de la conducta o consciencia de ilicitud. La responsabilidad civil de la persona jurídica es de naturaleza objetiva y tal hecho nunca constituye obstáculo a su responsabilización.

En esos términos también se debe entender la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme el art. 41 propuesto por el PLS n° 236/12 para el Código Penal. La persona física realiza la conducta típica

²⁸ Aguiar Dias, José de. *Da responsabilidade civil*, p. 42.

²⁹ Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, pp. 14, 20-22.

que viola la norma que protege el bien jurídico y la persona jurídica podrá ser también considerada responsable de tal violación. El dispositivo propuesto establece norma de extensión de la responsabilidad, y no de la tipicidad o culpabilidad. En ese caso, el sujeto pasivo de la responsabilidad (persona jurídica) no es sujeto activo del crimen (persona física).

Cabe además resaltar que, en los términos del § 1º del art. 41 del PLS n° 236/12, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho, ni es dependiente de la responsabilización de las mismas.

6. Responsabilidad restringida a las personas de derecho privado

La propuesta concebida por el PLS n° 236/12 para la ampliación de la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentra dos importantes restricciones, siendo que la primera es relativa a la naturaleza de la persona jurídica que puede ser responsabilizada y la segunda, a los crímenes que permiten tal responsabilización.

En lo que respecta a la primera restricción, la propuesta ha sido muy feliz al restringir la posibilidad de la responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho privado, poniendo fin a una discusión que se había instaurado entre nosotros en razón de que la Ley n° 9.605/98 se había omitido sobre la cuestión.

En ese contexto, importa notar que no existe cualquier restricción para la responsabilización penal de los partidos políticos que, conforme el art. 1º de la Ley 9.096, de 19 de septiembre de 1995, constituyen personas jurídicas de derecho privado.

La posibilidad de responsabilizar personas jurídicas de Derecho Público constituye un tema que también provoca polémica en la doctrina. ¿Podría el Estado punir a sí mismo? ¿Sería posible que el ente estatal busque alcanzar algún beneficio con la práctica de un crimen? Esas indagaciones no obtienen respuestas uniformes en la doctrina.

Ya he sustentado la imposibilidad de la responsabilización penal de la persona jurídica de Derecho Público.³⁰ El argumento que me impresionó en esa época era el de que, en ese caso, ocurriría el ejercicio del derecho de punir contra su propio titular. El Estado no podría punir a sí mismo. Conforme Sergio Salomão Schecaira, tal punición constituiría un verdadero absurdo.³¹ No obstante, examinando la cuestión con más cuidado, pasé a entenderla de forma diversa, reconociendo que la fuerza del argumento es meramente retórica y no jurídica.³²

Considerando que no existe diferencia de esencia entre el ilícito civil y el penal, así como en la esfera civil no hay cualquier restricción para la responsabilización de la persona jurídica de Derecho Público, algunos doctrinadores ya sustentan la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica de Derecho Público.³³ Los efectos patrimoniales derivados de la violación de la norma jurídica en el campo civil pueden ser soportados por la persona jurídica de Derecho Público, que posee el derecho de regreso contra el agente público que causó su responsabilización.

Como el Estado es el único titular del derecho de punir, a primera vista parece inadecuado concebir el ejercicio del derecho contra su propio titular. No obstante, esa solución simplifica demasiado las formas de actuación estatal. El sistema jurídico establece mecanismos de control de la actuación del propio Estado y es jurídicamente posible que el Poder Judicial aplique puniciones al propio Estado.

El argumento que sustenta la imposibilidad de que el ente estatal obtenga algún beneficio con la práctica del crimen ambiental también no resiste a un examen más cuidadoso. Tanto las personas jurídicas de Derecho Privado como las de Derecho Público solamente pueden ser constituidas y utilizadas para la realización de fines lícitos. Y el desvío de finalidad que se puede verificar en las actividades de la persona jurídica de Derecho Privado también puede ocurrir en las actividades de la persona jurídica de Derecho Público. Según nuestro ordenamiento jurídico, ninguna persona jurídica puede ser constituida o utilizada para la práctica de ilícito. Esta limitación, sin embargo, se

³⁰ Galvão, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, pp. 75-79.

³¹ Schecaira, Sérgio Salomão. *op. cit.*, pp. 191 y 192.

³² Galvão, Fernando. *op. cit.*, pp. 103 y 108.

³³ Costa Neto, Nicolao Dino de Castro y otros. *Crimes e infrações administrativas ambientais*, pp. 70-72. Los autores trabajan con la perspectiva de que la persona jurídica sea autora del crimen (coautora necesaria de una persona física).

sitúa apenas en el ámbito formal. Si un agente público, actuando en razón de sus funciones, viola la norma incriminadora, la persona jurídica de Derecho Público también podrá ser responsabilizada. En ese caso, la persona jurídica tiene el derecho de regreso contra el agente público causador de su responsabilización.

Por lo tanto, es jurídicamente posible establecer responsabilización penal para las personas jurídicas de Derecho Privado y de Derecho Público (pertenezcan ellas a la administración directa o indirecta). No obstante, adoptando una postura más cautelosa, el PLS n° 236/12 ha restringido la posibilidad de responsabilización a las personas jurídicas de derecho privado. La restricción materializa otra opción política que, en caso de aprobación, deberá ser obedecida.

Sin embargo, se hace necesario considerar que el artículo 41 propuesto por el PLS 236/12 (como también el art. 3° de la Ley n° 9.605/98), al prever que la infracción puede ser practicada por decisión del *representante legal* de la persona jurídica, se muestra contradictorio con la opción por responsabilizar apenas las personas jurídicas de derecho privado. Eso porque solamente las personas jurídicas de Derecho Público poseen la forma de representación definida en ley. Mejor sería retirar de la redacción del dispositivo la mención al *representante legal de la persona jurídica*.

También vale recordar que no todas las personas jurídicas que constituyen formas descentralizadas de prestación de servicios públicos son de Derecho Público. La administración indirecta es ejercida por medio de las autarquías, de las empresas públicas, de las sociedades de economía mixta y de las fundaciones instituidas por el Poder Público. Las autarquías son “entes administrativos autónomos, creados por ley específica, con personalidad jurídica de Derecho Público interno, patrimonio propio y atribuciones estatales específicas... La autarquía es una forma de descentralización administrativa, a través de la personificación de un *servicio* retirado de la Administración centralizada. Por esa razón, a la autarquía solo se le debe otorgar *servicio público típico*, y no actividades industriales o económicas, aun siendo de interés público.”³⁴ Queda claro que, con la autarquía, ocurre

un despliegue del propio Estado, una descentralización administrativa, que preserva las mismas prerrogativas y restricciones de la administración directa. En los términos del proyecto, no será posible responsabilizar penalmente a las autarquías. Las empresas públicas, las sociedades de economía mixta y las fundaciones instituidas por el Poder Público, a su vez, se denominan entidades “paraestatales” y no se confunden con el Estado. La propia denominación *paraestatal* deja claro que tales entidades no forman parte del Estado, coexistiendo paralelamente a él. La entidad paraestatal es persona jurídica de derecho privado³⁵ y, en los términos del PLS n° 236/12 podrá ser criminalmente responsabilizada.

Cabe todavía observar que no se puede responsabilizar penalmente a las personas que no tienen personalidad jurídica, como la masa de una quiebra o el espolio (art. 12, incisos III y V, del CPC).³⁶

7. Responsabilidad restringida a algunos crímenes

El PLS n° 236/12 tampoco ha sido muy feliz al restringir la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los casos de crímenes contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente. Tal restricción considera la necesidad de que haya pertinencia entre las actividades de la persona jurídica y la ofensa a los bienes protegidos por la norma penal incriminadora.

La legitimidad de la responsabilización de la persona jurídica solamente se presenta cuando los recursos de la corporación estén estrictamente relacionados a la realización de la infracción penal. La opción política por responsabilizar el ente moral deriva del reconocimiento de que en la persona jurídica convergen fuerzas económicas que potencian la gravedad de la intervención criminosa y que tal hecho repercute efectos directos en la lesión o amenaza de lesión al bien jurídico. La respuesta penal es más intensa y la persona jurídica es responsabilizada justamente porque el ataque al bien jurídico es más importante. Si la conducta de la persona física se desvincula de la organización institucional, no utilizando las fuerzas

³⁴ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 307.

³⁵ *Ibidem*, pp. 307 y 308.

³⁶ Freitas, Vladimir Passos y Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, p. 71.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

mayores de la persona jurídica con sus recursos materiales o inmateriales, la conducta presenta menor gravedad y la responsabilidad se debe restringir a la persona física. En ese sentido, para que haya responsabilidad penal de la persona se hace necesario comprobar el nexo de causalidad entre la utilización de sus recursos y la infracción a la norma jurídico-penal.

Los intereses económicos de la empresa privada direccionan la utilización de sus recursos buscando el éxito y el mayor lucro a ser obtenido con el comportamiento criminoso. En los crímenes contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente la intervención de la persona jurídica potencializa de manera relevante la ofensa a los bienes jurídicos protegidos en beneficio de la actividad lucrativa de la empresa. Por eso, se justifica la responsabilización criminal de la empresa que lucra con la práctica criminosa.

La restricción también se justifica por la posibilidad de imponer a la corporación el efecto civil de indemnizar los daños causados por el crimen como efecto de la condenación (art. 91, inciso I, del actual CP y art. 93, inciso I, propuesto por el PLS n° 236/12). Con la responsabilización criminal apenas de las personas físicas que exteriorizan los intereses económicos de las empresas, la obligación de indemnizar los daños causados por el crimen puede ser deliberadamente impedida en sus efectos prácticos por aquellos que dominan la organización de la persona jurídica, en la medida en que las manifestaciones exteriores de la empresa queden a cargo de empleados sin poder económico suficiente. La condenación criminal de la persona jurídica dirige contra ella el efecto de indemnizar los daños causados por el crimen.

8. Responsabilidad objetiva

La responsabilidad penal de la persona jurídica solamente puede ser concebida en términos objetivos. La responsabilidad de la persona física, por otro lado, es siempre subjetiva. No obstante, muchos doctrinadores respetados sostienen que el Derecho Penal brasileño acoge dispositivos que imponen responsabilización penal objetiva para la persona física. Las referencias siempre recordadas son el art. 25 de la Ley n° 7.492/86, que trata de los crímenes contra el sistema financiero nacional; el art. 73, § 2°, de la Ley n° 4.728/65 – Ley de mercado de capitales; el art. 75

de la Ley n° 8.078/90 – Código del Consumidor; y el art. 2° de la Ley n° 9.605/98 – Ley de los crímenes ambientales. En ese mismo sentido y con clara inspiración en el artículo 2° de la Ley de los crímenes ambientales, el PLS n° 236/12 prevé situación jurídica especial para el director, el administrador, el miembro de consejo y de órgano técnico, el auditor, el gerente, el representante legal y mandatario de persona jurídica. ¿Tendría la propuesta el objetivo de instituir responsabilidad objetiva para tales personas físicas?

La cuestión se refiere a la comprensión del significado de las expresiones utilizadas por el legislador. ¿Sería posible entender que cuando el legislador utiliza la expresión *son responsables* o *incide en las penas conminadas* establece comando normativo que dispensa la satisfacción de los requisitos subjetivos impuestos por la teoría del crimen? La respuesta solo puede ser negativa.

Sin lugar a dudas, la interpretación de los dispositivos de la legislación ordinaria debe orientarse a partir de la referencia mayor que es la Constitución de la República. Si el sistema constitucional impone que la privación de la libertad individual deriva siempre de una responsabilidad subjetiva, de la satisfacción de las muchas exigencias impuestas por la teoría del crimen, el sentido jurídico a ser identificado en la norma infra constitucional debe ser conciliado con esa premisa mayor. La interpretación conforme la Constitución es la única que confiere legitimidad, validez y universalidad a la norma jurídica. El principio de la interpretación referida a la Constitución impone que, cuando el operador del Derecho se encuentra ante normas que contienen carácter ambiguo o que inducen a muchos significados, debe seguir la orientación que presente conformidad con las premisas constitucionales.

Es posible percibir que la severidad de las previsiones legales supra mencionadas se fundamenta en el hecho de que las personas allí mencionadas poseen un deber especial de actuar para proteger el bien jurídico. Tal deber especial de actuar deriva naturalmente de las peculiaridades propias a las funciones que ejercen. Sin embargo, la existencia de deber especial de actuar no se confunde con responsabilidad penal objetiva. La cuestión ha ido encontrando expresión lingüística cada vez más clara con las nuevas leyes y la propuesta presentada en el PLS n° 236 para la responsabilización de personas físicas que ejercen funciones relevantes en la empresa no deja dudas sobre

el establecimiento de la posición de garante para tales personas. El dispositivo propuesto tiene la siguiente redacción:

Art. 41...

§ 3º Quien, de cualquier forma, concurre para la práctica de los crímenes referidos en este artículo incide en las penas a ellos conminadas, en la medida de su culpabilidad, bien como el director, el administrador, el miembro de consejo y de órgano técnico, el auditor, el gerente, el representante legal o mandatario de persona jurídica, que, conociendo la conducta criminoso de otro, deja de impedir su práctica, cuando podría actuar para evitarla.

Un análisis cuidadoso permite constatar que tal disposición apenas establece el deber especial de actuar para las personas que desempeñan las funciones allí mencionadas, para fines exclusivos de caracterizar relación de causalidad omisiva. Esas personas han sido colocadas en la posición de garantizadoras de la no ocurrencia del resultado lesivo contra los bienes jurídicos protegidos por los crímenes mencionados en el art. 41, lo que permite caracterizar los crímenes *comisivos por omisión*. La regla general de la omisión impropia establece que la omisión solamente será penalmente relevante cuando el que se omite tiene el deber especial de actuar para evitar el resultado lesivo y, concretamente pudiendo intervenir para salvar el bien jurídico, se omite. La imputación objetiva del resultado (violación de la norma) solamente se establece en la omisión ante la verificación de la posibilidad concreta de actuar de aquel que está especialmente obligado a defender el bien jurídico. El párrafo 3º del art. 41 propuesto por el proyecto se concilia perfectamente con lo dispuesto en el art. 13, § 2º, del Código Penal.

La relación jurídica de causalidad omisiva se construye con base en la noción de deber especial de actuar y no se trata de responsabilidad objetiva. La caracterización del hecho típico aún dependerá de la satisfacción de las exigencias subjetivas de la tipificación, así como de las demás exigencias de la teoría del crimen. Cuando el legislador afirma que determinadas personas físicas, por la naturaleza de las funciones que desempeñan, deben ser consideradas responsables, eso significa apenas atribución de la posición de garante que permite constatar la violación de la norma penal incriminadora por medio de conducta omisiva. En esos casos, la persona indicada en la disposición legal podrá violar la norma jurídica incriminadora

mediante comportamiento omisivo. En otras palabras, su omisión es penalmente relevante. No obstante, eso no significa que deba ser condenado y que recibirá pena por el simple hecho de ser director, administrador, miembro de consejo y de órgano técnico de persona jurídica. Aunque tales personas satisfagan las exigencias de la relación de causalidad normativa omisiva, todavía será necesario observar todos los demás requisitos de la teoría del crimen para establecer la responsabilidad penal.

9. Conclusiones

Dentro de los límites de este pequeño comentario, es posible resaltar que el Proyecto de Ley del Senado nº 236/12, al proponer la inserción en la parte general del Código Penal de los artículos 41 a 44 para responsabilizar criminalmente a la persona jurídica, se fundamenta en opción política válida y legítima ya acogida por la Constitución de la República para los crímenes ambientales. La opción se muestra conveniente para el combate a otras formas relevantes de criminalidad, en especial porque dirige hacia el patrimonio de la corporación la obligación de indemnizar los daños causados por el crimen.

No es necesario hacer cualquier alteración en la teoría del crimen para viabilizar la responsabilidad de la persona jurídica, pues la posibilidad de su responsabilización criminal no implica en el reconocimiento de *autoría* de crimen por parte de la corporación. En los términos de la Constitución de la República y del PLS nº 236/12, solo la persona física puede ser considerada autora o partícipe de crimen, siendo que la persona jurídica debe ser considerada como posible corresponsable por la práctica de crimen.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es de naturaleza indirecta, por el hecho practicado por la persona física que actúa o se omite de manera penalmente típica, en su nombre e interés, aplicándose los mismos parámetros dogmáticos utilizados para la responsabilización civil de la persona jurídica.

10. Referencias bibliográficas

- Aguiar Dias, José de. *Da responsabilidade civil*. Río de Janeiro: Forense, vol. I e II, 1997.
- Araújo Júnior, João Marcelo de. "Societas delinquere

La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción

- potest – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina”, en *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- Bacigalupo, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- Baratta, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal, pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, en *Política criminal e reforma del sistema penal*. Bogotá: Temis, 1982.
- Beccaria, Cesare Bonesana - Marquês de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1956.
- Bettiol, Giuseppe. “Direito Penal da atitude interior”. en: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, vol. 442.
- Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1994.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.
- Costa Neto, Nicolao Dino de Castro, Belo Filho, Ney de Barros e Costa, Flávio Dino de Castro. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- Dallagnol, Deltan. *A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- Dotti, Renê Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- Fernández, Miguel Bajo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español”. En *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coord. S. Mir Puig e D. M. Luzón Peña. Barcelona: José Maria Bosch editores, 1996.
- Freitas, Vladimir Passos e Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- Galvão, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 4ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- Habermas, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa II – Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jimenéz Redondo. Madrid: Taurus, 1987.
- Ihering, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Tradução de José Antônio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, vol. I, 1979.
- Kist, Ataides. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: LED- Editora de Direito, 1999.
- Maurach, Reinhart. *Derecho Penal - parte general*. Atualizado por Heinz Zipf e traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, vol.1, 1994.
- Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- Pierangelli, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- Roxin, Claus. *Política criminal y estructura del delito. – elementos de delito en la base a la política criminal*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.
- Rusconi, Maximiliano A. *Sistema del hecho punible y política criminal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.
- Sales, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- Schecaira, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2003.
- Sznick, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.
- Telles Jr., Alcides. *Discurso, linguagem e Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- Thompson, Augusto Frederico G. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.
- Tiedemann, Klaus. “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, 1995.
- Zaffaroni, Eugênio Raúl. *Tratado de Derecho Penal - parte general*. Buenos Aires: Ediar, tomo III, 1981.
- XV Congresso Internacional de Direito Penal. Delitos contra o meio ambiente – aplicação da parte geral. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, outubro-dezembro de 1994.