

IN SPRAV DE ET PRO

Revista

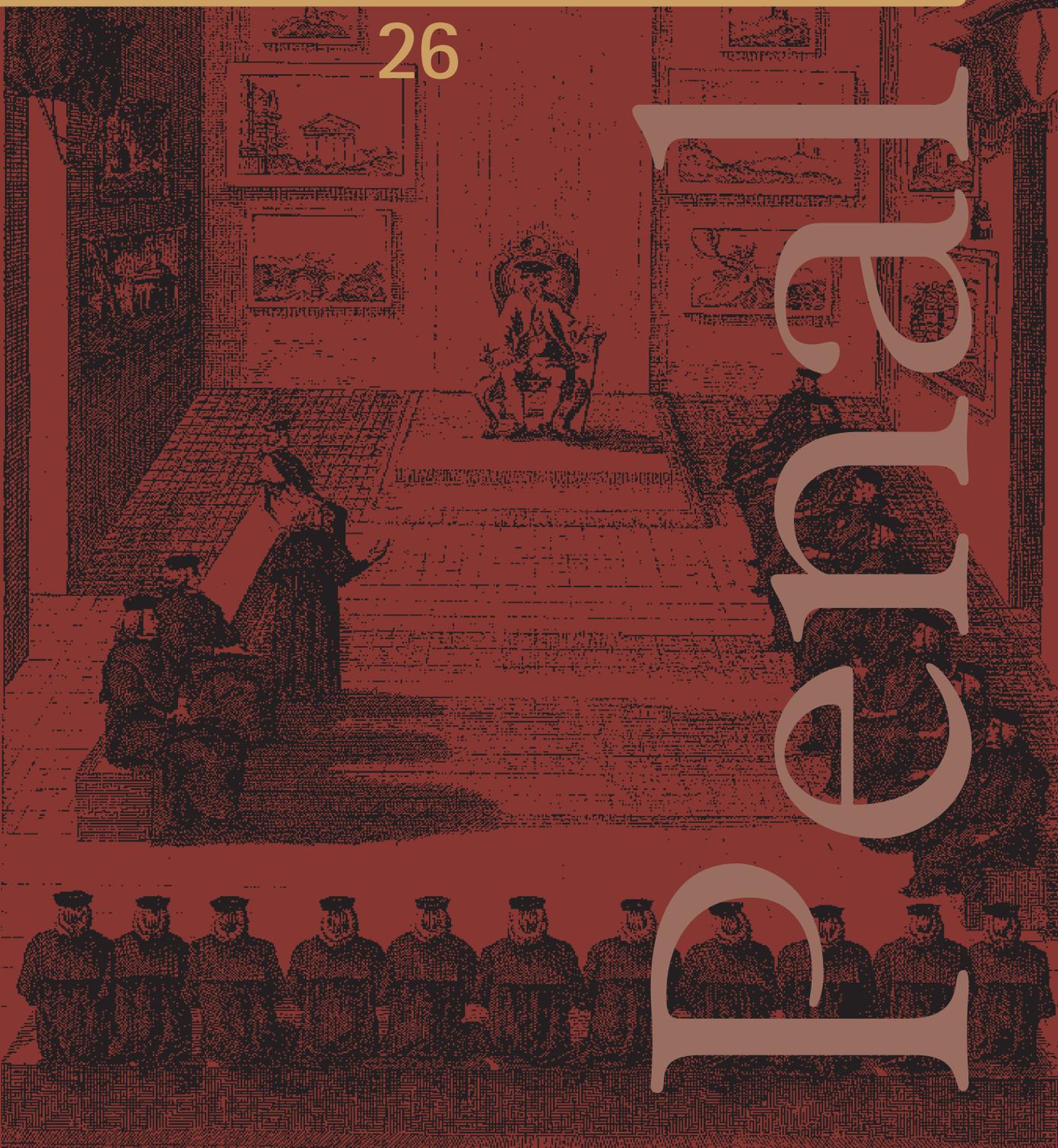
Julio 2010

26

Revista Penal

Julio 2010

Penal



Revista Penal

Número 26

Sumario

Doctrina

- Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales por *Manuel A. Abanto Vásquez* 3
- ¿Qué significa «intención de destruir» en el delito de genocidio?, por *Kai Ambos* 46
- Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir» por *Kai Ambos* y *María Laura Böhm* 65
- Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y *Ana Isabel Pérez Cepeda* 79
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil por *Miguel Díaz y García Conlledo* 101
- La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger por *Iñaki Esparza Leibar* 130
- Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo, por *Francisco Muñoz Conde* 139
- Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por *Pedro Ángel Rubio Lara* 151
- Deconstruyendo la culpabilidad, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* 164
- La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado por *Stanisław Tosza* 177
- **Sistemas penales comparados:** Principio de Justicia Universal 187
- **Bibliografía:** Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Juana del Carpio Delgado* 235
- **Crónica**
- VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, por *Salvador Herencia Carrasco* 257
- **Fe de erratas** 263



Universidad de Salamanca



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Wilfried Bottke. Univ. Augsburg
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Jaume I^º
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer y Lars C. Berster (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvas (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales*

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

Profesor de Derecho penal

Revista Penal, n.º 26.— Julio 2010

RESUMEN: en los últimos años muchos países europeos y otros influenciados por aquellos han comenzado a introducir una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas. En la doctrina existen diversos modelos penales pero también otros que apuntan a una solución autónoma que dé pie a la creación de una rama jurídica distinta: el derecho sancionador de entes colectivos (o empresas).

PALABRAS CLAVE: el «societas delinquere non potest», responsabilidad penal de los entes colectivos, responsabilidad autónoma, responsabilidad administrativa, responsabilidad penal, Derecho penal empresarial.

SUMMARY: many european countries and another countries have lately begun to introduce an authentic criminal responsibility of corporations. The criminal law science offers many criminal models on criminal responsibility, but some of them seem to hint at an autonomous solution towards the creation from a new law: a Sanction Law of Corporations (or Enterprises).

KEY WORDS: «societas delinquere non potest», criminal responsibility of corporations, autonomous responsibility, administrative responsibility, criminal responsibility, Criminal Law of Corporations (oder Enterprises).

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Planteamiento del problema. 3.- Modelos existentes. 4.- Los delitos específicos de los entes colectivos. 5.- El destinatario de la norma. 6.- La responsabilidad (penal) de la matriz o de transnacionales. 7.- Sanciones y el procedimiento 8.- Ubicación de las responsabilidad penal dentro del CP. 9.- Derecho comparado. 10.- Resumen y revisión crítica.

* Texto reelaborado y ampliado a partir de las conferencias dictadas, respectivamente, en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Viña del Mar) el 23 de setiembre de 2009, en el «Segundo encuentro de Derecho penal en la Finis Terrae» realizado en Punta Arenas (Chile), el 26 de setiembre de 2009, y en el VI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en Huaraz (Perú) el 09 de octubre de 2009. Para las publicaciones relacionadas con estas actividades se ha entregado una versión corta del trabajo denominado: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?». Un trabajo más extenso fue entregado para su publicación en el Libro-Homenaje a Klaus Tiedemann bajo el título «Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares» (probable publicación a mediados de 2010).

1. Introducción

En los últimos años se ha retomado la discusión sobre un problema que parecía decidido hace años: la responsabilidad penal de los entes colectivos¹. Hasta hace muy poco tiempo regía sin mayores objeciones, por lo menos de lege lata, un dicho considerado casi un principio inalienable: *societas delinquere non potest*. Pero esta situación ha comenzado a cambiar notoriamente desde los años 90 del siglo XX. Sobre todo debido al incremento alarmante de la criminalidad a través de empresas, así como a la consiguiente obligación contraída por los países en distintos instrumentos de Derecho internacional público, ahora la balanza se está inclinando hacia una situación exactamente contraria: se tiende al *societas delinquere et punire potest*². Pero los modelos recomendados por la doctrina son distintos (ver en 9.1), así como son distintas las soluciones que se han introducido últimamente en aquellas legislaciones han optado por introducir la responsabilidad penal. Así, se observa desde una solución auténticamente penal (introducción de normas de parte general y especial referidos a las personas jurídicas) hasta soluciones consideradas equivalentes a ésta (responsabilidad contravencional, responsabilidad penal subsidiaria) para llegar a una responsabilidad sui generis fuera del Derecho penal. Estos desarrollos y algunas de sus consecuencias serán analizados a continuación.

Hay que advertir, sin embargo, que el tema es demasiado complejo como para tratarlo aquí en todas sus variantes. Solamente se podrá, con ayuda de un breve estudio histórico-dogmático, tratar de develar el problema de fondo (la diferencia de la naturaleza del sujeto de Derecho) para, luego de una revisión crítica de algunos de los planteamientos y desarrollos legislativos, proponer el bosquejo de una solución particular con miras a una mejor regulación legal futura de aquellas actividades de los entes colectivos que, materialmente, podrían equivaler a un delito tradicio-

nal por constituir un grave ataque contra un bien jurídico importante y que, por razones preventivas, puedan merecer una sanción de contenido penal o equivalente a ésta.

2. Planteamiento del problema

2.1. Antecedentes históricos. Situación en el siglo XX

En contra de lo que se pueda creer, el reinado del «societas delinquere non potest» ha sido relativamente breve. Si se descarta la época romana y la anterior a ella, en la cual se desconocían los conceptos «corporación» y «persona jurídica»³, durante el medioevo y hasta épocas muy recientes (finales del siglo XIX, en algunos casos incluso hasta principios del siglo XX) regía precisamente lo contrario: los «entes colectivos» o «corporaciones» podían ser hechos penalmente responsables por una serie de delitos. En aquella época se vio la «necesidad política» de penar a los colectivos de entonces (básicamente, los «municipios o comunas», ciudades, congregaciones religiosas, más tarde también las universidades) por «delitos rurales» (destrucción, invasión, de tierras), o no uso de monedas o uso de medidas no aprobadas, o cualquier otra conducta considerada como grave atentado contra intereses del poder jerárquico correspondiente (el rey, el emperador, la Iglesia)⁴. Las «penas» contra estos colectivos eran de distinto tipo. Además de las penas pecuniarias, también era posible la toma de rehenes, ejecución de personas, saqueo de ciudades, supresión de privilegios, etc.⁵

Históricamente, se suele considerar al Papa *Inocencio IV* como el primer teórico de la doctrina «societas delinquere non potest» cuando en el Concilio de Lyon de 1245, en contra de la mayoría de los canonistas, defendió (infructuosamente) la tesis de que la «universitas» (la corporación de entonces, o sea el ente colectivo), a diferencia de los «singuli» no tendría capacidad para cometer delitos y, por lo tanto (lo que motivaba la discusión en el Concilio) no

1 En la discusión dogmática penal y en el análisis del Derecho contravencional se utiliza el término *persona jurídica, agrupaciones* o, de manera incluso más restrictiva para referirse a delitos económicos, a *empresas* (Unternehmen). En ambos casos se reconoce que el término «persona jurídica» sería equivalente al utilizado en el Derecho civil y comercial. En todo caso, en la doctrina se discute aún sobre el término más adecuado; al respecto ver *Heine* (quien siguiendo en esto la jurisprudencia comunitaria prefiere el término «empresa» en un sentido económico), c. más refs., p. 56 y s. Por eso, aquí se prefiere emplear en adelante sobre todo el término «ente colectivo» para englobar a personas jurídicas y otras agrupaciones de personas que actúan como un colectivo aunque no hubieran sido reconocidas aún expresamente por la ley.

2 Esta tendencia es observada por los distintos autores, entre otros, p. ej. *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», p. 135 y s., n. marg. 242; *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 121 y ss., p. 522 y s.; *Roxin*, «Strafrecht AT», tomo 1, n. marg. 61, p. 263; *Gropp*, n. marg. 20, p. 112 y s. Compárese, por ejemplo, la situación internacional que describe *Heinitz* hasta mediados de los años 50 del siglo XX, y se observará que, salvo en los países anglosajones, había un pleno dominio del «societas delinquere non potest», ver 40. DJT, tomo 1, p. 76 y ss.

3 *Heinitz*, c. más refs., 40. DJT, tomo 1, p. 67 y s., *Hirsch*, p. 599. Existen autores que defiende la tesis contraria basándose en una cita de Ulpiano que recogería la responsabilidad penal de comunas por acciones fraudulentas de sus miembros, pero, como sostiene la mayoría de los historiadores, se habría tratado de una solución a un caso concreto; ver *Heinitz*, c. refs. sobre la discusión, 40. DJT, tomo 1, p. 68.

4 Ver con distintos ejemplos del medioevo, sobre todos los referidos en los estatutos comunales italianos, *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1175 y ss. Cfr. también *Tiedemann*, «Nuevas tendencias...», p. 91.

5 C. más refs. *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1177 y s.

sería posible la excomunión de ellas⁶. Pero se impuso la tesis contraria que sostenía, con distintas argumentaciones o modelos, la responsabilidad penal de las «corporaciones»⁷. El trasfondo (la necesidad política) de este «triumfo doctrinario» fue el marco de la lucha de poderes e intereses entre los príncipes, la Iglesia y las «corporaciones» (ciudades, órdenes religiosas, gremios)⁸. Por eso, durante toda la Edad Media la «responsabilidad penal de las corporaciones» constituyó la regla general mientras que la «teoría de la ficción» de los romanistas que fundamentaba el «societas delinquere non potest» constituía doctrina minoritaria con un mero interés teórico.

Pero desde principios del siglo XIX empieza a desaparecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas de las leyes penales, así como de sus defensores en la doctrina⁹. Para explicar este cambio, en la doctrina se plantean muchas razones. Una de ellas, es sin duda, la desaparición paulatina de la «necesidad política de pena»: al haberse consolidado el poder en pocas manos (las del monarca), ya no se necesitaba utilizar el poder penal contra entes colectivos y por ello la antes descartada «teoría de la ficción» fue esgrimida (entre otros por Savigny) y acogida con facilidad prácticamente en toda Europa¹⁰. Pero no hubiera bastado con este terreno abonado para un cambio jurídico tan radical. La verdadera «individualización» (subjektivización) del Derecho penal en el Derecho europeo continental comenzó recién tras el triunfo de la Revolución francesa y la «exportación» del sistema legal a través de las conquistas napoleónicas, lo cual no solamente llevó a colocar a la «culpabilidad» individual en el centro de la imputación penal, sino también a crear nuevas formas de responsabilidad y concentrar su tratamiento legal en otras áreas del Derecho como el civil o el administrativo¹¹. A partir de entonces, cuando se producían perjuicios sensibles para la sociedad, se concentró en el Derecho penal el «castigo» de

los individuos, mientras que el Derecho civil pasó a ocuparse de regular las indemnizaciones por tales daños¹². Es decir, se trató, en su momento de una decisión político-criminal, favorecida por la situación política en Europa, para descriminalizar la responsabilidad colectiva sobre la base de las ideas individualistas del siglo de las Luces, aunque con los efectos (queridos o no) de favorecer el desarrollo económico¹³, lo cual se impuso en las legislaciones de Europa continental debido a la coyuntura política del dominio francés en la época napoleónica.

Y en este terreno abonado la ciencia penal recogió la antigua tesis de la «ficción» para apoyar este desarrollo. En la ciencia penal alemana, a finales del siglo XVII, el profesor alemán de Erlangen, *Malblanc*, dio el impulso doctrinario al «societas delinquere non potest» con su breve pero influyente escrito: «Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes»¹⁴. A partir del siglo XIX, uno a uno, los doctrinarios alemanes fueron reconociendo la validez de este principio, de entre los cuales destacó, sobre todo *Savigny* quien, acogiendo el pensamiento de Inocencio IV, difundió la «teoría de la «ficción»¹⁵. A partir de entonces, se consolida la visión individualista del sujeto del Derecho penal, sobre cuyas bases se construyen las categorías hasta ahora predominantes¹⁶.

Esta explicación del triunfo del «societas delinquere non potest» adquiere mayor fuerza cuando se observa lo que vino después. Y es que, cuando ya desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX era notoria la creciente expansión de las empresas y su influencia en la vida social (aparición de una necesidad político-criminal), en Europa continental no se retornó a la punibilidad de las «personas jurídicas». Pese al «detonante» que debió haber significado (como sí lo fue en Inglaterra y los EE. UU.) la Revolución industrial, el Derecho penal continuó con la irresponsabilidad penal de los entes colectivos. No fue suficiente el que

6 C. más refs. ver *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 68; *Hirsch*, p. 599; *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1183 y s.; *Arroyo Zapatero*, p. 17 y s.

7 Ver la exposición de las tesis de Oldradus, Bartolus, Bassianus y otras en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 68 y ss.; también, en parte, *Engisch*, aunque enfatizando en los esfuerzos que ponían por excluir la responsabilidad de terceros inocentes, 40. DJT, tomo 2, p. E 8.

8 Cfr. *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 69 y ss., con ejemplos.

9 En Alemania, mientras a mediados del siglo XVIII casi todos los manuales de Derecho penal afirmaban la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que a principios del siglo XIX, la mayoría estaba en contra; c. más refs., *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71.

10 *Hirsch*, p. 600; *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 70 y ss.

11 Para Alemania, *Hirsch* observa el paralelo de los inicios de la marcha triunfal de la responsabilidad penal individual con la difusión de las tesis de Kant referidas a su concepto de pena vinculado con la personalidad moral de las personas; p. 610.

12 Cfr., c. más refs. *Hurtado/Meini*, «Las personas jurídicas...», p. 73 y s.; *Baigún*, p. 2 y s.

13 Cfr. *Hurtado/Meini*, «Las personas jurídicas...», p. 75; *Baigún*, c. más refs., p. 1 y ss. Según *Baigún*, si bien la concepción liberal resultaba apta para los inicios de la sociedad mercado, ya entonces se notaba que llevaba a cimentar la selectividad (marginación del área de protección de los sujetos no propietarios) y la impunidad de las corporaciones, y también que atentaba contra las reglas del mismo sistema capitalista (libre juego de la oferta y la demanda); ver p. 2.

14 Cfr. *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71; *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 8 y s. Las objeciones de *Malblanc* eran las mismas que se habían argüido tradicionalmente: incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena; ver en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71.

15 Cfr. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 9. *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1179 y s.; *Aboso/Abraides*, p. 10 y ss.

16 Cfr. convincentemente destaca esto *Bacigalupo Saggese*, p. 16 y ss.

en la doctrina ya había tomado gran impulso la «teoría de la realidad», ni que se notara la creciente influencia de las grandes empresas, o el clamor de numerosos juristas que exigían la punibilidad de los entes colectivos¹⁷. En parte se explica esta actitud del legislador europeo-continental a través de variados factores como la fuerza de la tradición jurídica, la influencia de grupos de poder, el incipiente desarrollo industrial, etc., pero sobre todo porque entonces y hasta hace muy poco había faltado el «detonante político» tal como en su momento significó la Revolución Francesa.

En los países anglosajones, sucedió algo distinto, explicable también a través de distintos factores. En Inglaterra, donde anteriormente y en contra de los desarrollos del continente predominaba aún la «teoría de la ficción», es decir la irresponsabilidad penal de la persona jurídica¹⁸, recién por influencia de la Revolución Industrial, poco a poco desde mediados del Siglo XIX se fue reconociendo una responsabilidad auténticamente penal de las grandes empresas (corporaciones), sobre todo las ferroviarias¹⁹. Esta tradición jurídica fue trasladada a sus colonias. En los EE. UU., donde se manifestó un gran impulso industrial desde finales del siglo XIX y principios del XX, también se vio la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las «corporations», y se dieron varias leyes que así lo prevenían: la Sherman Act de 1890, la Elkins Act de 1903, la Federal and Drugs Act de 1906. Y aunque hubo resistencia, e incluso objeciones a su legitimidad constitucional, la Corte Suprema acabó reafirmando la «necesidad política» de tal decisión legislativa: las «corporations» realizaban ya entonces la mayoría de las transacciones comerciales y se

veía en la penal el único medio de control efectivo y de corrección de abusos²⁰.

Ahora bien, esto no quiere decir que durante las últimas décadas, mientras reinaba en Europa continental y países de la misma cultura jurídica el «societas delinquere non potest», en la ciencia penal no tuviera presencia aún la tesis contraria. Esta doctrina minoritaria se apoyaba sobre todo en la «teoría de la realidad» iniciada por *Otto von Gierke* en su conocida obra «Das deutsche Genossenschaftsrecht», tomo III, (1881)²¹. Entre otros, *Franz von Liszt*, ya desde la primera edición de su Manual de Derecho penal²², defendía la posibilidad y necesidad de introducir la responsabilidad penal de las «personas colectivas» (o «corporaciones» o «personas jurídicas») con argumentos que repitió hasta las últimas ediciones de sus manuales²³ y que fueron acogidas luego por la doctrina alemana.

Pero aún así, durante casi todo el siglo XX predominó tanto en las leyes como en la doctrina europeo continental la tesis del «societas delinquere non potest». Un primer llamado de atención en la dirección contraria provino de una disciplina distinta aunque emparentada con el Derecho Penal. Durante mucho tiempo la *Criminología* había enfocado su análisis de la etiología del delito en el «delincuente». Para ello buscó la explicación en ciertas características individuales propias de personas de las llamadas clases sociales bajas, que era la que tradicionalmente cometía los llamados delitos violentos. Cuando el interés se orientó ya no hacia la persona sino hacia el acto, entró a tallar el «perjuicio social» y, con éste, los delitos correspondientes así como los sujetos implicados en ellos. Es así que las

17 Al respecto, c. más refs. sobre los distintos autores europeos que defendieron la punibilidad de los entes colectivos en el Congreso de Derecho Penal de Bucarest de octubre de 1926 (Mommaert, Gunsburg, Roux, Longhi, Ettinger, Radulesco), así como de otros autores alemanes (Kohler, Jellinek, MaxEnrst Mayer), ver en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71 y ss.

18 Cfr. *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1183 y s. La responsabilidad legal de las agrupaciones se hizo necesaria en el aspecto civil; ante la indefinición del concepto «grupo» y la rigidez del de «corporación», se recurrió a la teoría de la ficción para crear el término «incorporate person», la cual era titular de derechos y destinatario de deberes, pero como creación normativa no podía cometer pecados ni crímenes.

19 Se trató de casos en los que se hizo responsables, por ejemplo, a un municipio por «omitir la reparación de un puente o una calle, a empresas ferroviarias por «omitir» el haber construido un puente para unir terrenos separados por la línea del tren, o a «corporaciones» por «cometer» la alteración del orden de las calles, daños a la propiedad pública, obstrucción de la navegación fluvial, emisiones tóxicas, etc. Ver los casos y las refs. en *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1184 y s.; c. más refs. también *Hirsch*, p. 600, nota 9. Es interesante que el legislador inglés, ya muy temprano dio reconocimiento legislativo expreso a la responsabilidad penal de las personas jurídicas al emitir la «Interpretation Act» de 1889 (section 2), en la cual se aclaró que el término «person» utilizado en textos anteriores debería incluir a las «corporaciones» salvo intención contraria de la ley; ver con refs., *Marinucci*, p. 1185 y s.

20 Cfr. en *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1186.

21 Cfr. entre otros, c. refs. *Hirsch*, p. 600 y s.; *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 71, 84; *Bacigalupo Saggese*, p. 17 y s.; *Aboso/Abrales*, p. 14 y ss. También; c. refs. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, exponiendo primero la teoría (p. E 9 y s.) y sometiéndola luego a una fuerte crítica (p. E 17 y s.).

22 La primera edición es de 1881 y se denominaba todavía «Derecho penal del imperio alemán» (en adelante se denominará «Manual de Derecho penal alemán»), ver p. 100 y s. Allí trataba el tema dentro del capítulo de la «culpabilidad» (capítulo IV); en las ediciones posteriores lo trató al principio (capítulos 26, 27 o 28) cuando analizaba al «sujeto del delito».

23 Las últimas ediciones (desde la vigésimo primera hasta la vigésimo quinta) del libro de *von Liszt* (quien falleciera en 1919) fueron revisadas por *Eberhardt Schmidt* (desde 1919 hasta 1927) y no han cambiado prácticamente la argumentación en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Repetidamente han enfatizado que la responsabilidad de las «corporaciones» sería «tan posible como adecuada»; ver p. ej. 2da. ed. (1884), p. 103 y s.; 4ta. ed. (1891), p. 126; 25. ed. (1927), p. 153.

investigaciones criminológicas de las últimas décadas del siglo XX, impulsadas decisivamente por el norteamericano *Donald Sutherland*, han dedicado especial interés a los «delitos económicos»²⁴. Con ello hace su aparición el *Derecho penal económico*, subdisciplina del Derecho penal, dentro del cual se analiza un grupo de delitos estrechamente vinculado con el funcionamiento del sistema económico. Debido a la inevitable interrelación entre el Derecho penal y el extrapenal (los distintos Derechos relacionados con temas económicos), resultó inevitable también que se comenzara a analizar a la «empresa», o sea al «ente colectivo». Por ello, la criminología que analiza el delito económico no puede prescindir de las empresas (personas jurídicas), las cuales tienen una actuación decisiva en la vida económica, más importante aún que la de las personas individuales. En el campo del Derecho penal económico se ha comprobado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general en la comisión de los delitos²⁵.

En los últimos años, el incremento de la llamada «criminalidad organizada», así como la constatación de que una serie de delitos (lavado de dinero, fraudes tributarios, delitos ambientales, etc.) son cometidos a través de o con ayuda de empresas, ha hecho reflexionar a la ciencia penal y ha motivado al legislador a buscar el control de esta criminalidad a través de una solución «penal» más efectiva en el sentido de una responsabilidad penal directa de los entes colectivos (ver 3.3).

2.2. Fundamentos del «societas delinquere non potest»

La dogmática penal actual de aquellos países que no han previsto reglas específicas de imputación penal para las personas jurídicas reconoce unánimemente que no es posible *de lege lata* imputarles una responsabilidad penal

directa²⁶. Las razones tradicionalmente argumentadas son las que ya se han visto en el repaso histórico precedente y que pueden resumirse de la siguiente manera²⁷:

- a) Inexistencia como «persona» del ente colectivo. Por ello no podría ser sujeto de imputación penal.
- b) Falta de «capacidad de acción». Debido a que la acción típica solamente puede ser realizada por individuos, el ente colectivo de lege lata no tendría capacidad de acción. En efecto, el sistema penal europeo continental está construido bajo el presupuesto de que los tipos sean cometidos a través de «conductas humanas» vinculadas a determinada subjetividad de ellas mismas (dolo o imprudencia).
- c) Incapacidad de culpabilidad. El tradicional «juicio de reproche», construido para los individuos, sobre el que descansa la culpabilidad (por exigibilidad de una conducta conforme a derecho) sería incompatible con la naturaleza de los entes colectivos.
- d) Imposibilidad de ser sujeto de una «pena» (en especial: la privación de libertad). El catálogo de penas previstas para los individuos sería imposible de cumplir en las personas jurídicas: privación de libertad, interdicciones de todo tipo. Y los fines de la pena (prevención especial) no tendrían sentido en ellas, pues la resocialización está pensada para individuos. A estas críticas se auna también la que observa que una «pena» a una persona jurídica (p. ej. la clausura o cierre temporal de la empresa) afectaría a «terceros» inocentes: p. ej. los accionistas, los acreedores, los trabajadores.
- e) Incapacidad procesal. Muchos actos procesales (p. ej. declaraciones, prisión preventiva) no podrían cumplirse con la persona jurídica.
- f) Falta de necesidad político-criminal. Debido a la existencia de medidas civiles y administrativas que

24 Incluso un detractor de la punibilidad de los entes colectivos como *Enst Heinitz*, destaca como valiosos los resultados de las investigaciones empíricas de Sutherland: la necesidad de pena para las empresas cuando se tratare de que son típicos de ellas, como los delitos económicos (en los delitos comunes interesaría más bien, la reparación del daño y la indemnización), la ausencia de elementos subjetivos en los delitos de cuello blanco, la previsión de presunciones de culpabilidad, la tendencia a imponer medidas de aseguramiento en vez de penas, etc. De esto concluye el la falta de necesidad de pena para los entes colectivos, salvo en cuanto a los delitos económicos; ver 40. DJT, tomo 1, p. 82 y s., 90.

25 Cfr. *Tiedemann*, «Nuevas tendencias...», p. 92.

26 Cfr. la exposición de esta discusión en *Schünemann*, LK StGB, vor § 25, n. marg. 20 y ss., p. 1835 y ss.; *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 902, 904, p. 263 y s.; *Cramer/Heine* en Schönke/Schröder, vor §§ 25, n. marg. 119, p. 522; *Dannecker*, «Zur Notwendigkeit...», p. 107 y ss.; *Tiedemann*, «Responsabilidad penal...», p. 36 y ss., también en «Nuevas tendencias...», p. 101 y ss.; *Abanto Vásquez*, c. más refs., «Derecho penal económico», p. 155 y s.; *Aboso/Abrales*, p. 19 y ss.

27 Estos argumentos fueron recogidos, modernamente, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se comenzó a discutir sobre esta problemática en Alemania y se han mantenido, con ligeros cambios, hasta la actualidad; ver sobre la tendencia de la doctrina y jurisprudencia de los años de Posguerra en Alemania, *Scholz*, c. más refs. p. 436, columna izquierda; v. también los argumentos de Heinitz, Engisch y Hartung en la 40ma. Jornada Alemana de Juristas, más abajo en 2.5. Entre otros, todavía argumentan de manera similar, aunque con distinta acentuación, *von Freier*, quien destaca los efectos nocivos hacia terceros, p. 102 y ss., 114 y ss.; *Jakobs*, para quien la imputación de la «acción» a la persona natural «representante» tendría que excluir la de la persona jurídica representada, «Strafbarkeit...», p. 562 y ss., 575; *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 365 y ss. Ver un resumen de las objeciones tradicionales a la responsabilidad penal de la empresa por falta de «capacidad de acción», «capacidad de culpabilidad» y «capacidad de punibilidad», *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico», p. 156 y s.; también en *Tiedemann*, «Nuevas tendencias...», p. 10 del manuscrito (punto III).

sí pueden dirigirse contra las personas jurídicas, no habría necesidad de recurrir al Derecho penal.

Aunque mayoritariamente las leyes penales de los países con un sistema europeo-continental no hayan rechazado de manera expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sus instituciones y conceptos han sido evidentemente contruidos a partir de la acción y la responsabilidad individual. Es por eso que, para negar de lege lata la responsabilidad penal autónoma de los entes colectivos, pueden invocarse muchos principios y reglas que evidentemente han tomado como presupuesto la irresponsabilidad penal de las empresas: la prohibición de la «responsabilidad objetiva», la «función resocializadora de la pena», la regla del «actuar por otro».

2.3. Soluciones (insuficientes) de lege lata a los vacíos de punibilidad

Pero hasta la llegada de una verdadera responsabilidad penal (o cuasipenal) mediante una reforma legal, los aparatos de administración de justicia tenían que dar solución a los problemas que se les plantean cotidianamente en el quehacer judicial. La jurisprudencia ha tratado de superar algunos problemas mediante la interpretación (polémica) de las leyes existentes²⁸.

Un problema práctico muy importante surgió en aquellos casos de *delitos especiales* en los cuales el tipo penal exige determinados elementos personales para la autoría, y estos elementos recaen en un tercero (persona natural o jurídica) que no ha sido precisamente quien ha ejecutado personalmente el hecho delictivo. Debido a que la doctrina y jurisprudencia siguen la teoría del «dominio del hecho» para afirmar la autoría, y en los «delitos especiales» tal dominio solamente podría tenerlo una persona determinada con la cualidad exigida por el tipo (el intráneos), cuando en la práctica tal cualidad recaía en otro, en un ejecutor del delito que no reunía la cualidad (el extráneos), surgía aquí un problema de imputación de la autoría. Es por ello que en 1968 se introdujo en Alemania la *cláusula del actuar por otro* (antes, art. 50a; actualmente art. 14 StGB)²⁹, que ha sido tomada por modelo (con distinta redacción) en algunas legislaciones penales del mundo³⁰. Mediante esta regla se pretende extender la punibilidad para abarcar,

dentro del tipo y como autor, a aquellos que realizaren los elementos del tipo cuando estos elementos (por tratarse de delitos especiales) recayeren en una persona distinta de la que lo hubiera ejecutado. Es lo que en la doctrina alemana se denomina «desplazamiento de la responsabilidad hacia abajo» o «responsabilidad del representante» y su función consiste en ampliar la posibilidad de sancionar como autor a aquellos que realizaren los elementos de un tipo penal determinado aunque no reunieren los elementos personales que aquél exigiere quien, según la ley, es el destinatario de la norma³¹.

En la doctrina no hay discusión en interpretar que la finalidad principal de la disposición ha sido la de tratar de evitar vacíos de punibilidad cuando se tratare de *delitos especiales* y el delito fuere ejecutado por personas (individuales) que tuvieren una relación de representación (legal, empresarial) con la representada (persona natural, persona jurídica, agrupación con capacidad jurídica)³². Pero sí hay discusiones en cuanto a la interpretación y aplicación de los elementos de la norma. Entonces, cuando los elementos típicos (cualidades personales, situaciones o circunstancias especiales) de un delito especial recayeren en una persona distinta de aquella que ejecutara el delito, el art. 14 permite abarcar también como autor del ejecutor-representante («responsabilidad por representación»), pero solamente en los siguientes casos: cuando la representada fuera una «persona jurídica» y el actor fuera un «órgano facultado para representarla» o de un «miembro de dicho órgano» (primer párrafo, número 1), cuando la representada fuere una «sociedad de personas con capacidad jurídica» y el actor un «socio facultado para representarla» (primer párrafo, número 2), y cuando se tratare del «representante legal» de otro (primer párrafo, número 3).

Ahora bien, la cláusula del actuar por otro no está destinada a solucionar expresamente el problema de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. En cuanto a estas, solamente llena un vacío posible cuando el hecho punible fuere realizado por un «representante» y la cualidad típica recayera en la persona jurídica (deudor tributario, empleador, etc.). Pero hay más problemas. Como los elementos de la cláusula del «actuar por otro» son interpretados según el Derecho Civil (en el cual sí es posible la analogía); se producen una serie de *vacíos de punibilidad*

28 Ampliamente al respecto, y con especial referencia a la criminalidad de empresas, *Schünemann*, FG-BGH, p. 621 y ss.

29 Sobre los antecedentes históricos de esta disposición ver, c. más refs. *Schünemann*, en LK StGB, § 14, p. 878 y s. (Entstehungsgeschichte) y, con un análisis de la discusión de trasfondo que motivó la introducción de la disposición, n. marg. 1 a 3, p. 881 y ss.

30 En Europa, sobre todo por España (art. 31) y Portugal (art. 12); al respecto y sobre otros países europeos (que no conocen la cláusula) ver los comentarios de *Schünemann* en LK StGB, § 14, n. marg. 80 y ss., p. 934 y ss. Pero la influencia también se muestra en otros países no europeos como Perú (art. 27 Código penal de 1991) o Colombia (art. 29, párrafo tercero del Código Penal de 2000). Últimamente también se prevé una cláusula equivalente («representación») en el art. 27 del Anteproyecto de Parte general del C. P. boliviano; ver en www.cienciaspenales.net de julio de 2009.

31 Cfr., entre otros, *Schünemann*, para quien se trata aquí de la tipificación de un caso de «posición de garantía»), en LK StGB, § 14, n. marg. 1, 881, n. marg. 20 y ss., p. 895 y ss.; *Lenckner/Perron* en Schönke/Schröder, § 14, n. marg. 1 y ss., 8 y ss., p. 241 y s., 244 y ss.; *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 241a, p. 134 y s.

32 Cfr. *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 241b, p. 135; *Schünemann*, en LK StGB, § 14, n. marg. 3 y ss.

cuando se trata de penar al representante y a los titulares de la empresa³³; la responsabilidad del representante se restringe al ámbito empresarial, se exige una orden expresa, se exige que el sustituto tenga un ámbito de responsabilidad propio, y se descartan las acciones de «exceso» (la ley dice expresamente «actuar como órgano», «con motivo de un mandato»). Además, como ocurre en muchas empresas, las llamadas *decisiones colegiadas*, tomadas usualmente por mayoría simple, plantean muchos problemas de imputación de la responsabilidad penal individual de cada miembro del colegiado. Las decisiones colegiadas en el marco de una empresa (p. ej. el Directorio de una sociedad anónima) pueden llevar a una «acción» u «omisión» de la empresa con consecuencias lesivas para bienes jurídicos (p. ej. ordenar la ejecución de obras que contaminen el ambiente, omitir la retirada del mercado de un producto nocivo), pero penalmente la imputación solamente podrá hacerse de manera individual a cada uno de los miembros del órgano³⁴. Aquí se discute vivamente sobre todo en cuanto a la responsabilidad penal culposa de aquellos que votaron en contra o se abstuvieron de votar (p. ej. por inasistencia), pero que no emprendieron nada para impedir la ejecución de la decisión colegiada³⁵.

En otros casos, podría ocurrir que un mandato o una omisión de un director o un superior jerárquico de un ente colectivo, pudiera llevar a que un subordinado cometiera un hecho con consecuencias penales, ante lo cual la ley parece prever solamente la responsabilidad, como autor, de este último («dominio del hecho»). Los hechos son especialmente graves cuando se trata de delitos contra la vida y son cometidos en el marco de organizaciones gubernamentales ilegítimas, organizaciones criminales y estructuras mafiosas. Especialmente para estos casos la doctrina creó una figura que últimamente ha sido aplicada (extensivamente) por los tribunales alemanes a los delitos

económicos. Así, en algunos casos recientes se ha aplicado la teoría de la *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder* para sancionar penalmente como «autor mediato» a los directivos de una empresa que hubieran dado instrucciones a sus subordinados (incluso si se tratase de instrucciones de carácter general) para realizar hechos que constituyeren delitos. Como es sabido, esta teoría fue propuesta por *Claus Roxin* a fin de abarcar, como autor mediato, a quienes hubieran dado órdenes a subordinados (el caso inicial fue el de los crímenes de guerra nazis) para realizar delitos. Para reconocer aquí una teoría mediata, se exigía y exige aún la existencia de un «aparato de poder» que actúe de manera «desapegada del Derecho» a través de subordinados, los cuales serían piezas intercambiables; por eso, esta teoría, que amplía normativamente la autoría mediata, se restringe a casos de dictaduras estatales, grupos terroristas y mafias³⁶. Por eso se ha criticado aquella jurisprudencia alemana que ha extendido la autoría mediata a delitos cometidos en el marco de empresas³⁷; para estos casos se suele proponer más bien la solución a través de la «coautoría» o la «inducción»³⁸. De todos modos, tampoco puede hablarse aquí de una verdadera responsabilidad penal de los entes colectivos; la imputación penal sigue refiriéndose a personas naturales, aunque se tome para ello, como referencia, el funcionamiento de las organizaciones empresariales (dominio de la organización).

Por lo menos con finalidad de evitar injusticias y tras agotar todo el instrumental técnico que ofrece la dogmática penal tradicional basada en la responsabilidad individual, se ha propuesto (y en parte ha sido admitido por la jurisprudencia) construir una *responsabilidad penal por omisión del empresario*³⁹. La «posición de garantía» del empresario (los directivos y gerentes) suele ser admitida sin problemas en tanto las personas encargadas de la producción y distribución de productos industriales sean

33 Cfr. *Schünemann* en LK StGB, § 14, n. marg. 83 y s., p. 939.

34 A pesar de todo, parte de la doctrina ve desde la sentencia en el caso «Lederspray» (BGHSt, tomo 37, p. 106 y ss., 114) un reconocimiento jurisprudencial de la «capacidad de acción» de la persona jurídica (empresa), aunque ésta sea empleada luego para imputar responsabilidad penal a personas individuales; al respecto, *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 243, p. 136; con refs. y un análisis crítico de lege lata, ver *Schünemann* en FG-BGH, p. 623 y s.

35 Hay dos posiciones actualmente definidas; unos consideran la punibilidad de estos sujetos por «coautoría culposa», otros deniegan esta posibilidad de lege lata por falta de plan común (que parece exigir el art. 25, segundo párrafo StGB) y señalan que de todos modos entraría a tallar una «autoría accesoria»; sobre estas posiciones ver resumidamente en *Fischer*, quien toma partido por la segunda posición, c. más refs., n. marg. 26, p. 246; también, centrando la discusión en problemas de causalidad, c. más refs., *Schünemann* en FG-BGH, p. 633 y s.

36 Cfr. *Roxin*, exponiendo y criticando las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, «Strafrecht AT», tomo 2, n. marg. 105 y ss., p. 46 y ss.; también sobre la aplicación de esta teoría a las empresas ve ampliamente, c. más refs., *Schünemann*, FG-BGH, p. 628 y ss.

37 Al respecto, c. refs. sobre la discusión doctrinaria, *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 241, p. 133 y s.; también *Schünemann* en LK StGB, § 25, n. marg. 130 y ss.; *Fischer*, c. jurisprud., n. marg. 7 y ss., p. 235 y s.; *Heine*, c. más refs., «Modelos de responsabilidad...», p. 28 y s. Se critica sobre todo que, en el caso de los delitos cometidos a través de empresas comerciales faltarían dos requisitos básicos del «dominio del aparato de poder»: la fungibilidad del instrumento y el apartamiento del Derecho; el superior jerárquico solamente podría ser «inductor»; ver *Roxin*, «Strafrecht AT», tomo 2, n. marg. 129 y ss., p. 55 y ss.

38 Ver las referencias doctrinarias que proponen soluciones distintas a la actual jurisprudencia en *Fischer*, n. marg. 8, p. 236 y s.

39 Al respecto puede consultarse la reciente monografía, con más refs. y jurisprud. de *Demetrio Crespo*, «Responsabilidad penal por omisión del empresario»; allí esp. p. 159 y ss.

conscientes de los riesgos que su actividad genera para los bienes jurídicos involucrados (p. ej. la salud, el medio ambiente) y, en el marco de la organización jerárquica de la empresa, tengan el dominio sobre las personas subordinadas que realizaren las actividades ejecutivas. Pero en la práctica es difícil de constatar la efectiva violación de un deber de actuar (la omisión), pues deberá probarse que el empresario no había adoptado las medidas necesarias e idóneas (medidas de seguridad complementarias y medidas de salvamento) para evitar el resultado lesivo. Además, la concreción práctica de los deberes empresariales es muy complicada, incluso si se quisiera establecer un núcleo basándose sobre todo en la legislación mercantil, motivo por el cual la doctrina penal ha tratado de dar pautas definitorias de esta posición de garantía empresarial⁴⁰. Por último, se debe reconocer que no sería posible la imputación penal al empresario allí donde el deber quede excluido por haber existido una «delegación» del deber; algo que es posible en las grandes empresas, sea que se realice de manera consciente (irresponsabilidad organizada) o inconsciente.

Una última posibilidad de solución «tradicional» (en el sentido de centrada en la responsabilidad penal individual) está en tratar de subsumir la criminalidad empresarial en aquellos tipos penales referidos a la **criminalidad organizada**. El tipo básico correspondiente recibe distintas denominaciones. Así en Alemania se tiene el tipo penal de *formación de agrupaciones criminales* (art. 129 StGB) y los tipos específicos referidos a la *formación de agrupaciones terroristas* dentro del país (art. 129a StGB) y en el extranjero (art. 129b StGB). Los dos últimos casos constituyen tipos agravados del primero. En todos los casos se trata de «agrupaciones» (reunión permanente de un mínimo 3 personas, según la interpretación jurisprudencial basada en los criterios del Derecho Comunitario) creadas *con el objetivo* de cometer *delitos* (que deben tener una cierta gravedad en el sentido de un «considerable peligro para la seguridad pública»)⁴¹. Estos requisitos son similares en otras legislaciones y doctrinas, pero se discute su amplitud con la finalidad de dar una mayor aplicación al tipo, incurriendo sin embargo en problemas de constitucionalidad.

Así en el Perú, donde rige un tipo penal de «asociación para delinquir» en el art. 317 C. P. (modificado últimamen-

te por el D. Leg. 982 de 22-07-2007), recién en los últimos años se ha empleado el tipo penal para abarcar actos cometidos sobre todo por agrupaciones terroristas, organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y, por razones de coyuntura, delitos contra la administración pública⁴².

Ahora bien, la doctrina alemana discute si también podrían incluirse dentro del concepto de «agrupaciones criminales» (asociaciones ilícitas) a las «empresas económicas» con fines de aplicar el tipo penal correspondiente cuando, pese a haber sido constituidas de manera lícita, tuvieran en el fondo una finalidad delictiva (p. ej. la formación de un «carrusel» con el fin de defraudar subvenciones, lavar dinero, formar «cajas negras» a favor de partidos políticos, etc.). Para algunos ello es posible, pero para otros no debido a la excepción legal del párrafo 2, número 2 del C. P. alemán (cuando la finalidad delictiva constituyera una de segundo orden)⁴³. Si no se tuviera este asidero legal, de todos modos puede buscarse algún criterio de distinción entre «criminalidad organizada» y «criminalidad económica empresarial», tal como la «finalidad lucrativa ilícita» o el «uso de la violencia»⁴⁴.

Sea como fuere, de todos modos en estos casos no responde el ente colectivo por sí mismo; la imputación penal de la conducta típica y la sanción penal siguen siendo individuales. Se pena a todos los sujetos que pertenecieran, apoyaran, etc. una organización criminal; es decir, todos ellos son considerados como autores, algo que, por sus resultados, equivale a una «autoría unitaria»⁴⁵.

En los últimos años, ante el proceso de «globalización» (o «mundialización») observada y el incremento de graves delitos con la participación de empresas (p. ej. trata de blancas, lavado de dinero, terrorismo, tráfico de armas, tráfico ilícito de drogas, delitos contra el patrimonio cultural, etc.), ha habido esfuerzos internacionales por crear un tipo específico de «criminalidad organizada» distinto del de «asociación ilícita», pero ello ha demostrado ser imposible, aparte de que no parece tener sentido ante la existencia del tipo de «asociación ilícita»⁴⁶. Además, se ha denunciado que el trasfondo de este proceso habría sido la intención de flexibilizar las garantías penales habiendo olvidado, conscientemente o no, que el actor principal de

40 Cfr. c. más refs. *Demetrio Crespo*, p. 160 y ss.

41 Al respecto ampliamente, c. más refs., *Lenckner/Sternberg-Lieben* en Schönke/Schröder, § 129, p. 1276 y ss., esp. n marg. 4, 6 y 7.

42 Al respecto me remito al trabajo «Participación punible de personas en grupos de delincuentes y redes» presentado al Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, E.3.

43 *Lenckner/Sternberg-Lieben* está a favor; ver en Schönke/Schröder, § 129, p. 1280, n. marg 7, al final. Allí también ver la doctrina contraria. De manera expresa han sido excluidos (art. 129, párrafo 2, números 1 a 3) los partidos políticos que el Tribunal Constitucional no hubiera declarado previamente como inconstitucionales, las agrupaciones en las cuales la comisión de delitos constituya un objetivo o actividad de menor orden, y las agrupaciones destinadas a cometer los llamados «delitos de organización» (arts. 84 a 87 StGB: poner en peligro el Estado democrático de derecho).

44 Cfr. c. más referencias *Zúñiga Rodríguez*, p. 483 y s.

45 Cfr. *Schünemann* en LK StGB, vor § 25, n. marg. 15, p. 1828.

46 Ver c. múlt. refs., *Baigún*, p. 11 y ss., 14, 19.

estos procesos, y quien debería merecer la atención de los esfuerzos punitivos, es precisamente el ente colectivo⁴⁷.

Independientemente de que efectivamente exista esta intención oculta o no, el efecto sensible de estos intentos ha sido que, tanto los últimos desarrollos tendentes a crear un tipo de «criminalidad organizada» o de ampliar el ya existente de «asociación ilícita», así como la aparición de otras figuras o «soluciones» legales o derivadas de la interpretación, no solamente no han solucionado el problema sino que han llevado a contradicciones sistemáticas dentro del Derecho penal tradicional. Y todo ello, debido a la persistente negativa a buscar la solución haciendo responsable directamente a aquél que impulsa decisivamente el incremento de la criminalidad en los últimos tiempos: el ente colectivo.

2.4. Características de las empresas y vacíos de punibilidad

La doctrina y la jurisprudencia no han dejado de criticar los vacíos de punibilidad derivados de la actuación de las empresas en la comisión de muchos delitos. En especial se presentan estos vacíos en el marco de los delitos económicos⁴⁸. Una de las críticas más frecuentes saca a relucir un fenómeno típico de las empresas modernas⁴⁹: el fracaso del Derecho penal cuando, pese a conocerse la comisión de hechos delictivos a través de empresas, la persecución penal no pueda responsabilizar a nadie en concreto (imposibilidad de identificar al responsable penalmente), o cuando pese a encontrarse a un responsable individual, la sanción penal individual resulte mínima en comparación con el daño causado y con las posibilidades económicas de la empresa (en muchos casos, una simple multa), la empre-

sa esté en condiciones de resarcir luego al individuo que sufre la pena, e incluso haber sido ésta calculada de antemano como un mero «coste» de su política empresarial. En el peor de los casos, con el status quo actual, lo único que arriesgaría una empresa con la comisión de un delito por parte de sus miembros es la pérdida del beneficio que pretende obtener. No solamente se trata de que el daño causado por el individuo siempre quedará en desproporción con la pena y reparación civil que se le imponga, y que su culpabilidad deba ser, con justicia, vista como menor por haber realizado un hecho para otro (y no en interés propio), sino que además el «espíritu de cuerpo» observado sobre todo al interior de las empresas, manifestado en un sentimiento de solidaridad y sometimiento del particular a los intereses del colectivo, lleva a destruir las posibles inhibiciones que los sujetos tengan con respecto a los hechos: la finalidad colectiva tiende a justificar (santificar) los medios jurídicamente prohibidos⁵⁰.

Esta conocida y frecuentemente citada problemática es estudiada últimamente de manera más sistemática a partir de la teoría de las organizaciones empresariales. Es así que se han identificado dos formas de irresponsabilidad penal derivada de la pertenencia a una organización. Por un lado, los miembros de las empresas pueden escapar a la persecución penal escudados, de distinta manera, por la organización empresarial (irresponsabilidad individual organizada), pero también podría existir ya al interior de la empresa (especialmente cuando se trata de una de gran magnitud) toda una compleja estructura que difumina los ámbitos de responsabilidad (irresponsabilidad estructural organizada)⁵¹. A diferencia de lo que ocurre con las acciones individuales que pueden fácilmente imputarse jurídica-

47 Cfr. *Baigún*, p. 22 y ss. Destaca este autor: «En el trasvasamiento de mercados... las grandes corporaciones son los potenciales sujetos de la acción, los caminantes de los mercados paralelos, legales e ilegales, como lo indican la crónica diaria y las escasas estadísticas; desnudar esta circunstancia equivale a desacralizar las redes tejidas en nombre del modelo económico y social contemporáneo, la interdependencia entre capitalismo disciplinado y capitalismo indisciplinado»; p. 23.

48 Cfr. *Pieth*, p. 10; resumiendo y c. más refs. *Hirsch*, p. 597 y s. También *Heinitz*, quien estaba básicamente en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, admitía la «necesidad» político criminal de pena en el marco de los delitos económicos (o, en todo caso, de los delitos tributarios), cfr. 40. DJT, tomo 1, p. 82 y s., 90.

49 Resumiendo y c. refs., *Hirsch*, p. 597 y s.; también *Hurtado/Meini*, p. 77 y s.

50 Véase ya en 1933 las observaciones de *Busch* en este sentido, quien consideraba que contra este «Verbandsgeist» solamente sería efectiva una auténtica sanción penal al ente colectivo, la cual intimidaría a los individuos al ver que sus actos llevarían a perjuicios contra la organización que ellos buscan favorecer con sus actos ilícitos; ver p. 98 y ss., 105 y ss. Incomprendiblemente esta observación fue criticada por *Engisch*, quien consideraba en 1953, que esta situación de espíritu de cuerpo sería la excepción en el mundo empresarial, que la conminación penal intimidaría al particular de igual manera que si hubiera penas dirigidas directamente al ente colectivo, quien por cierto partía, por razones de «ne bis in idem», de que solamente podría sancionarse a uno solo: o bien al ente colectivo, o bien a los individuos; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 33 y s. *Hartung* también consideraba excepcional el caso de una organización totalmente corrompida, pero reconocía la posibilidad de otros casos en los cuales los integrantes podrían, dolosa o culposamente cometer delitos vinculados con las actividades económicas (p. ej. delitos societarios, contra la libre competencia, para ello bastarían medidas extrapenales administrativas («medidas de seguridad») que debían preverse de manera más sistemática y efectiva en el Derecho alemán; ver *ibidem*, p. E 47 y s., E 50 y ss. Actualmente también se destaca esto; ver, entre otros, *Schünemann*, «La punibilidad de las personas jurídicas...», p. 571 y s.; c. más refs. *Hurtado/Meini*, p. 77 y s.

51 Sobre estos dos tipos de irresponsabilidad ver, c. más refs. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 26 y ss. En general, sobre la «irresponsabilidad organizada» constatada indistintamente por autores de distintas tendencias dogmáticas, ver, entre otros, *Hirsch*, p. 598; *Ramón Ribas*, en *Quintero/Morales Prats*, p. 683; *García Cervero*, «Derecho penal. Parte general», p. 692. Más refs. sobre esta problemática, observada hace ya algún tiempo por autores anglosajones, en *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico. Consideraciones...», p. 160.

y penalmente a una o más personas individuales (como autoría o participación), una empresa actúa en el mundo exterior a través de sus miembros tras pasar por una serie de procesos internos típicos de las organizaciones empresariales en las cuales el legislador penal tradicional no ha pensado ni al crear su instrumental de la parte general. Y es que en las empresas se ha dividido la actividad operativa, la tenencia de información y el poder de decisión, mientras que en los individuos los tres niveles suelen concentrarse en una sola persona⁵². Al separarse la «toma de decisión» (difuminada a su vez por el hecho de que ocurre muchas veces en el seno de un órgano colegiado) y su «cumplimiento» (que puede ser a su vez intermediado por distintos departamentos internos del ente colectivo), la «imputación penal» individual fracasa de distinta manera: imposibilidad fáctica de determinar responsabilidades individuales, imposibilidad de determinar una conducta «dolosa» (o incluso culposa), imposibilidad de constatar un «dominio del hecho» (para la autoría), etc. Es más, muchas veces el hecho final ilícito proviene de una toma de decisión difusa sobre un determinado proceso que luego va concretándose poco a poco hasta llegar a la ejecución que desemboca en un ilícito (penal); otras veces estos hechos finales pueden incluso desarrollarse casi automáticamente a partir de estructuras preestablecidas, sin necesitar siquiera de una instrucción general (p. ej. el cumplimiento de objetivos empresariales que presionan a los trabajadores y los pueden llevar a decidirse por cometer una infracción). Esto puede hacer difícil o imposible la determinación de una responsabilidad jurídica por un hecho que, externamente, puede haber atentado gravemente contra un bien jurídico de suma importancia, pero que, según el instrumental penal tradicional no solamente no puede imputarse a ninguna persona individual en concreto, sino ni siquiera puede afirmarse que habría sido cometido o inducido dolosamente (y a veces ni siquiera imprudentemente).

Estos vacíos de punibilidad que desembocan en *déficits de prevención general* son tanto más graves si se toma en cuenta que, ante un delito cometido a través de o con ayuda de empresas, no puede bastar con la mera responsabilidad penal individual pues ésta, en realidad, no abarca la auténtica responsabilidad colectiva por el delito, la cual debería incluso ser mayor dadas las características de las empresas⁵³. Una mera responsabilidad individual, como se ha venido aplicando hasta ahora, lleva o bien a recargar

excesivamente a los individuos (por una mayor responsabilidad de la empresa), a descargar de manera excesiva a las empresas que se ven alentadas en su mala organización, o a la tentación de querer solucionar las cosas de manera arbitraria⁵⁴.

En un mundo moderno, en el cual muchos intereses colectivos ya no son protegidos directamente por el Estado sino son abandonados al mercado, donde las empresas como agentes económicos necesitan la libertad necesaria para desarrollar innovaciones, y donde algunas de estas innovaciones pueden causar grandes peligros a la colectividad, existe un creciente ámbito de inseguridad en la ciudadanía. Se habla ahora de una «sociedad de riesgos», tanto en lo que respecta por las posibilidades de la tecnología actual como por el acceso y poder que ostentan las grandes empresas. Estas han alcanzado tal *magnitud y complejidad* que no puede ya cerrarse los ojos más tiempo ante la importancia que tienen ellas mismas, independientemente de la actividad que pueda desplegar cada uno de sus miembros; los grandes escándalos financieros de los últimos años bastan para ejemplificar no solamente la dañosidad social que pueden ocasionar, sino también la forma cómo actúan y las escasas posibilidades de nuestro Derecho Penal⁵⁵.

Ahora bien, la dogmática penal ya ha reaccionado desde hace algún tiempo y tiene en cuenta la *naturaleza* de las conductas empresariales y las infracciones que derivan de ella para construir una «responsabilidad penal empresarial» de manera distinta aunque paralela a la responsabilidad penal individual (ver abajo en 3.3). Pero también, en la discusión dogmático-penal, se ha argumentado que daría mejores resultados a esta situación una metodología basada en teorías que describan adecuadamente la realidad empresarial para luego crear los instrumentos jurídicos (eventualmente penales) que comprendan y regulen la actuación de las empresas y la reacción legal ante actividades empresariales que resulten lesivas para los intereses que el Derecho quiere proteger. En especial, los normativistas radicales abogan por el empleo de la «teoría de sistemas», al igual que lo hacen en el resto del Derecho penal. Pero también seguidores de la teoría de «bienes jurídicos» han comenzado a aplicar, en el ámbito del «Derecho penal económico», consciente o inconscientemente, conceptos de esta teoría (las empresas como sistemas autopoieticos), combinándolos también con conocimientos provenientes

52 Esta problemática es destacada por prácticamente todos los autores; ver entre otros, *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 27; *Baigún*, p. 38 y ss.; *Zúñiga Rodríguez*, p. 489 y s.; *Hurtado/Meini*, c. más refs., p. 76 y s.

53 Por eso *Heine* constata un «excedente de responsabilidad colectiva» que no puede ser compensado por la mera responsabilidad individual; ver en «Modelos de responsabilidad...», p. 29.

54 Cfr. c. más refs. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 29.

55 Prácticamente todos los autores reconocen esta situación. Véase, entre otros, *Hurtado/Meini*, p. 78 y s.; *Baigún*, p. 9 y s., 34 y s.; *Zúñiga Rodríguez*, p. 465 y ss.; *Aboso/Abrales*, p. 194 y s. Debido a la importancia alcanzada por los entes colectivos en el mundo moderno, últimamente se habla incluso de una «ciudadanía empresarial»: la empresa gozaría ya de un status de «ciudadano» capaz de participar en la producción normativa y de cuestionar normas, y por ello, capaz de culpabilidad en el sentido penal; ver al respecto c. más refs., *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 103 y ss.; *Tiedemann*, «Derecho penal económico. Introducción y parte general», n. marg. 244.

del análisis económico del Derecho, para analizar la delincuencia empresarial o proponer respuestas legales adecuadas, aunque enmarcado todo esto dentro del sistema garantista del Derecho y del Derecho penal⁵⁶.

2.5. Situación actual en Alemania

Como se dijo más arriba, en Alemania, al igual que en el resto de Europa continental, desde el triunfo de la Revolución Francesa se impuso la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque durante algún tiempo había todavía discusión sobre la posibilidad de penar a las personas jurídicas en el campo del Derecho tributario y del Derecho industrial, finalmente la doctrina y la jurisprudencia aclararon que, pese al tenor literal de las normas de principios del siglo XX (especialmente, en el art. 357, 393 del Ordenamiento Tributario del Reich), no era posible imponer auténticas penas a los entes colectivos pues estas requerirían siempre «culpabilidad» como reproche ético-social dirigido a individuos⁵⁷. La tradición jurídica alemana de no responsabilizar penalmente a las personas jurídicas se había afianzado ya tanto que, pese a la posibilidad existente en el Ordenamiento Tributario del Reich de entonces nunca se emitió una condena hasta que en 1939, al eliminarse las presunciones legales de culpabilidad que hubieran hecho operativos los tipos penales tributarios, estos quedaron inaplicables también de lege lata⁵⁸.

Tras la Segunda Guerra Mundial, al dividirse en territorio alemán en zonas, se produjo una legislación de transi-

ción emitida por las tropas aliadas. En las zonas occidentales, bajo ocupación de tropas inglesas norteamericanas, se planteó la cuestión de la aplicación de la normativa impuesta y que, de conformidad con el Derecho de estos países, preveía la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁹. En octubre de 1953, el Tribunal Federal Alemán (BGHSt, tomo 5, p. 28 y ss., 31) admitió una responsabilidad penal de personas jurídicas solamente en vinculación con la vigencia de este Derecho de la ocupación pero enfatizó que ella era incompatible con el pensamiento jurídico alemán pues contradiría los conceptos ético-sociales de culpabilidad y de pena⁶⁰. Parte de la doctrina rechazaba de todos modos la aplicación de esta parte del Derecho de ocupación por considerarla contraria a las ideas fundamentales del Derecho alemán⁶¹. Con ello se seguía, por cierto la tradición jurisprudencial del Reichsgericht que se había pronunciado ya en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a su incompatibilidad con el principio de culpabilidad y de la función de la pena⁶².

Un hito importante había ocurrido poco antes en la 40ma. Jornada Alemana de Juristas del 11 de setiembre de 1953 cuando se planteó la posibilidad de introducir la punibilidad de las personas jurídicas porque la actualidad de su responsabilidad penal más allá de la reducida medida que se ha tenido hasta ahora ha pasado a primer plano debido a la creciente importancia de las personas jurídicas en la vida pública, sobre todo en la vida económica⁶³. En su informe, *Ernst Heinitz*, tras un profundo análisis, concluía con que, fuera del Derecho penal económico, no sería

56 Anteriormente he postulado este «aprovechamiento» selectivo de la teoría de sistemas para el Derecho penal económico, cfr. *Abanto Vásquez*, «¿Funcionalismo radical o funcionalismo moderado?», en *Revista Penal* (España), N° 16 (2005), p. 3-35. esp. p. 34. *David Baigún* hace un estudio serio y amplio de la problemática aplicando teorías de la organización para determinar la «acción institucional» materia de la imputación penal; ver p. 28 y ss., 61 y ss. *Gómez-Jara* critica esta última posición pues afirma que no podría emplearse la teoría de sistemas parcialmente sólo en lo referido a la actividad de las empresas sin reconocer su validez también para la actividad de los individuos; ver, criticando en especial a Schünemann, c. más refs., «El modelo constructivista...», p. 99 y s., 101 y s., esp. nota al pie 17. El mismo autor analiza las posiciones de Heine, Lampe y Bottke, quienes emplean conceptos sociológicos para analizar a la empresa y su eventual responsabilidad penal; ver *ibidem*, p. 113 y ss.

57 Ver en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 73 y s.; *Hartung*, 40. DJT, tomo 2, p. E 44 y ss.; *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 11 y s.

58 La norma que preveía una responsabilidad penal subsidiaria para el ente colectivo por infracciones tributarias, sin necesidad de probar su culpabilidad y cuando no se penara al individuo; el injusto penal se debía basar entonces en «presunciones» reguladas en el art. 396, párrafo 5, del RAO, pero estas presunciones fueron derogadas el 04-07-1939, con lo cual el art. 357 se volvió inaplicable la punibilidad a las empresas. Ver al respecto, *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 73 y ss.; *Hartung*, refiriéndose al caso similar del art. 393 de la misma ley, 40. DJT, tomo 2, p. E 44 y s. El Tribunal del Reich había decidido ya en 1926 la inaplicabilidad del art. 393 RAO; ver RGSt 61, p. 92 y ss.

59 Así, el concepto legal de «persona», en el art. 10 de la Ley del gobierno militar N° 53 en materia de divisas, que consideraba como tales a personas naturales, asociaciones de personas personas jurídicas de Derecho público o privado, gobiernos, incluyendot ad os estatales o municipales, organismos de Derecho público sus oficinas y órganos». Y la ley N° 14 de la Alta Comisión de los Aliados, de 25-11-1949 sobre las acciones punibles contra los intereses de la ocupación, preveía penas e multa e incautación (en su art. 5, número 7); ver en *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 10.

60 Ver al respecto y la tendencia posterior de la doctrina de los años 50, que ha rechazado una y otra vez tal responsabilidad penal, *Scholz*, c. más refs. p. 436, columna izquierda.

61 Ver c. refs. *Heinitz*, aunándose a este rechazo, 40. DJT, tomo 1, p. 75 y s.

62 Cfr. p. ej. las sentencias del Tribunal del Reich, tomo 16 (año 1888), p. 121 y ss.; tomo 33 (año 1900), p. 261 y ss.

63 Esa fue la fundamentación que dio el presidente del Senado de la Jornada, el Dr. *Rotberg*, ver 40. DJT, tomo 2, p. E 2. Además, en ese momento estaba pendiente de decisión por el Tribunal Federal Alemán sobre si sería aplicable o no el Derecho de ocupación norteamericano en un caso de tráfico de divisas, con la posibilidad de imponer sanciones penales a personas jurídicas, tal como expone *Heinitz* en el resumen de su informe; *ibidem*, p. E 4 y s.

«oportuno» introducir la punibilidad de las personas jurídicas, que serían suficientes las medidas administrativas y civiles todavía capaces de ser perfeccionadas, y que en contra de ello estarían también razones de justicia y del desarrollo del sistema penal alemán⁶⁴. En los informes de las sesiones, *Karl Engisch* destacó, además de enfatizar la incompatibilidad con categorías tradicionales como la acción, la culpabilidad y la finalidad de la pena, que tal punibilidad traería consigo inadmisibles perjuicios a terceros⁶⁵. *Fritz Hartung*⁶⁶, que argumentaba basándose sobre todo en el principio de culpabilidad y el carácter retributivo de la pena, incluso rechazaba las sanciones contravenionales contra las personas jurídicas, pues constituirían una «inconsecuencia» e incluso un «fraude de etiquetas», pues desde la perspectiva del sancionado ambas tendrían un típico carácter de pena.

La explicación de este rechazo generalizado en Alemania, aparte de la tradición jurídica ya formada desde mediados del siglo XVIII y de la influencia del pensamiento de Kant, estaría también en la experiencia alemana de Posguerra: todos los alemanes habían sufrido la guerra y sus perjuicios a través de la responsabilidad global del país; y esta responsabilidad y castigo no derivados de la «medida individual de culpa» de cada uno sería injusto como lo sería también en el caso de los entes colectivos y sus integrantes⁶⁷.

El Tribunal Constitucional alemán no ha rechazado ni admitido expresamente la responsabilidad penal de los entes colectivos. Solamente ha exigido que para ellas también valga el principio «nulla poena sine culpa» en el sentido de que los miembros que hubieran actuado directamente por ella, lo deban haber hecho culpablemente⁶⁸. Esta sentencia ha sido recepcionada y desarrollada en la doctrina y ulterior jurisprudencia penal para fundamentar la responsabilidad (individual) por la comisión de delitos económicos de los representantes de las empresas por omisión del deber de control⁶⁹.

Tal situación se ha mantenido hasta ahora sin grandes cambios. La única responsabilidad colectiva prevista es la **responsabilidad contravenional** de los entes colectivos. Esta responsabilidad contravenional está prevista en una Ley de contravenciones, en donde existen tipos contravenionales (*Ordnungswidrigkeiten*) que engloban a las despenalizadas «faltas» (*Übertretungen*) y a los «ilícitos administrativos». El «Derecho contravenional» es entendido por la doctrina, por sus consecuencias jurídicas (multas a veces muy elevadas) como Derecho penal en «sentido amplio».

Sin embargo, es importante descartar ya aquí que, si bien se ha impuesto en la doctrina alemana aquella que afirma la ausencia de carácter ético-social en la multa contravenional⁷⁰, aún así se critica la existencia de vacíos en este Derecho contravenional. Así se debate, por política criminal, que habría muchas diferencias entre las distintas contravenciones, pues algunas, por su contenido de injusto, se acercarán muchísimo a los delitos, motivo por el cual debería introducirse una *criminalización de las grandes contravenciones*. Especialmente se trata aquí de atentados contra la libre competencia (acuerdos de cárteles), manipulaciones bursátiles e infracciones en los procesos de fusiones y adquisiciones de empresas, contravenciones contra las cuales se suelen aplicar multas contravenionales millonarias⁷¹. Por ahora es dominante la doctrina que niega una «necesidad de pena» y que, en sentido inverso al principio de «prohibición de desproporcionalidad», se produzca con ello un atentado contra la «prohibición de infraproporcionalidad», o sea una falta de actividad legislativa para proteger mejor un bien jurídico⁷². Se argumenta que, aparte de que no estarían en juego bienes jurídicos de elevado rango, tampoco se habría probado que la multa contravenional sea «claramente inapropiada» y que la pena sí sea apropiada para brindar la protección adecuada⁷³. Pero si el legislador considerara alguna vez que parte de estas contravenciones merecerían sanción penal, dado que en

64 Cfr. p. 90. En su análisis, *Heinitz* constató que no habría problemas con el concepto de «acción», pero sí con el entendimiento tradicional alemán de la «culpabilidad» (con su reprochabilidad a una decisión individual en favor del injusto) de la «pena» (con su expresión de reproche ético-social y su finalidad preventivo-especial); ver 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s.

65 Cfr. tomo II, E 7 p. 23 y ss.

66 Cfr. tomo II, E 44 y s.

67 Cfr. *Hirsch*, p. 613 y s. *Hartung* lo ha formulado de manera clara: «Precisamente nosotros los alemanes deberíamos, durante algún tiempo, estar hartos de responsabilidad colectiva; la lección que nos han dado en este campo debería bastar para que, durante algunas generaciones, desaparezca en nosotros el clamor por penas corporativas»; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 44. En su informe, también *Engisch* hace alusión a la «medida» que habrían sufrido los alemanes «...en época reciente ... como colectivo» y que no se habría sentido como «evidencia clara al sentimiento jurídico de ejercicio de un poder superior...»; ver *ibidem*, p. E 8; también en p. E 38.

68 BVerfGE 20, 323, 335 y s.; *Hirsch* interpreta que con esto el BVerfG no se opondría a la responsabilidad penal de los entes colectivos; p. 615.

69 Cfr. críticamente, *Cramer/Heine* en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524.

70 Ver refs. sobre esta diferenciación y aceptación temprana en la doctrina y la jurisprudencia ya en *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p.

75. Más refs. en *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», tomo I, n. marg. 51, p. 21.

71 Al respecto, ampliamente, *Achenbach*, «Ahndung...», p. 9 y ss.

72 El principio de «prohibición de infraproporcionalidad» (*Untermaßverbot*) ha comenzado a ser discutido en Alemania desde hace poco; ver al respecto las refs. en *Abanto Vásquez*, «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal* (España), N.º, 18, p. 3 y ss., p. 13, columna derecha.

73 Cfr. *Achenbach*, «Ahndung...», p. 17.

ellas la «empresa» juega un papel decisivo, tomaría más fuerza la necesidad de introducir la punibilidad de los entes colectivos, pues aquí también se podría argumentar un atentado contra la «prohibición de infraproporcionalidad».

Pese a la presión existente por la *legislación comunitaria* y a los *instrumentos de Derecho internacional público* que recomiendan una y otra vez la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas, el legislador penal alemán ha considerado suficiente la punibilidad contravencional ya existente. Es así que a finales de 1999 la «Comisión para la reforma del sistema de sanciones penales» rechazó enfáticamente la introducción de la punibilidad de las empresas en el Derecho penal criminal clásico⁷⁴. Y también en la última propuesta de Reforma del Código penal alemán presentada por el gobierno federal al Bundestag («Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetz»)⁷⁵ se argumentaba en la exposición de motivos de la parte general (p. 9, columna derecha, IV, 3) que no habría necesidad de reformas pues «Con los arts. 30 y 130 de la Ley sobre Contravenciones (OWiG) existe en el Derecho alemán un instrumental que satisface las exigencias de los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco de la Unión Europea (responsabilidad de personas jurídicas, sanciones para las personas jurídicas)» (traducción libre). Especialmente en este último proyecto se manifiesta una gran contradicción con las exigencias de Derecho internacional público. La reforma alemana pretende dar el cumplimiento a la «Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado» de 22 de julio de 2003 (DO EU N° L 192 de 31 de julio de 2003, p. 54). El tipo penal de «corrupción en el tráfico comercial» ya existe en el Código penal alemán desde la reforma 1998 (art. 299 StGB), pero ahora se quiere perfeccionar la protección penal para adecuarla a las premisas de la Decisión Marco. En esta Decisión Marco se estipula que «... la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, **que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales**

delitos y que estos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.» (considerando 10, p. 55; el resaltado es mío). Es más, los artículos 5 y 6 de esta Decisión Marco establece expresamente el tipo de infracción y de sanción penal correspondientes a la persona jurídica, lo cual da la impresión de exigir normas auténticamente penales⁷⁶. No obstante, la posición del legislador germano puede sostenerse debido a las peculiaridades del Derecho Comunitario: dado que la Unión Europea (Comunidad Europea) no tiene competencia directa para imponer sanciones penales, sólo puede velar por que en cada Estado miembro se cumpla con proteger apropiadamente los intereses comunitarios, especialmente los financieros. Esto lo puede hacer a través de distintos instrumentos y con mayor o menor fuerza vinculante: Decisiones-Marco, Directivas y Reglamentos. Desde el llamado «escándalo del maíz griego» el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha aclarado que los países están obligados a prever una protección «efectiva, proporcionada y disuasoria» de los intereses comunitarios, protección que no tiene que ser penal pero que debe ser equivalente a la protección que los países otorgan a sus propios intereses nacionales⁷⁷. En la jurisprudencia posterior, el TJCE reiteró estos tres requisitos (efectividad, proporcionalidad, carácter disuasorio) e incluso en los últimos años ha reconocido una «competencia penal anexa» al legislador comunitario, es decir la facultad de *exigir* a los legisladores nacionales la emisión de *normas penales concretas* (no como antes, cuando solamente podía exigir, de manera general, la aplicación de sanciones)⁷⁸. De todos modos hasta ahora no ha quedado claro que se pueda exigir expresa y concretamente la introducción de una «punibilidad de las personas jurídicas» incluso cuando ésta contradijere el ordenamiento nacional; en este caso deberá bastar con adoptar «medidas necesarias» que cumplan con los tres requisitos de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio⁷⁹.

Por eso se puede afirmar que en Alemania actualmente, aunque la situación ha mejorado sustancialmente, todavía

74 Ver la transcripción del informe final en *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 906 y ss., p. 264 y ss. Dicho informe se publicó en abril 2000 por el Ministerio Federal de Justicia; también ver la exposición de este proyecto (que comenzara por iniciativa del Land Hessen en 1997), en *Rogall*, KK OWiG, § 30, n. marg. 230 y ss., p. 540 y s. Otros intentos fallidos de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas puede verse, resumidamente, en *Scholz*, p. 436 y ss.

75 Deutscher Bundestag (16. Wahlperiode), Drucksache 16/6558 de 04-10-2007. Cfr. también en *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 905, p. 264.

76 También en relación con el «Segundo Protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas» (DOCE N° 221, 19 de julio de 1997, p. 11 y ss.), que preveía reglas claras para responsabilizar y sancionar a las personas jurídicas por fraudes, corrupción activa y blanqueo de capitales (arts. 3 y ss.), se planteaba la cuestión si Alemania estaba cometiendo una infracción tras el informe final de la Comisión para la Reforma del Sistema de Sanciones Penales de 1999 (que rechazó la punibilidad de las personas jurídicas); ver *Scholz*, p. 436, columna izquierda. Generalmente han considerado, incluso los que están a favor de la criminalización, que estas regulaciones comunitarias no obligarían a ella; cfr. *Heine*, c. más refs., «Kollektive Verantwortlichkeit...», p. 578 y s.; *Rogall* en KK OWiG, § 30, n. marg. 252 y s., p. 547 y s.; *Dannecker* en *Wabnitz/Janovsky*, p. 63, n. marg 124.

77 Sobre este caso y sus consecuencias, ver c. más refs. *Dannecker* en *Wabnitz/Janovsky*, p. 116 y s., n. marg. 96.

78 *Dannecker*, en *Wabnitz/Janovsky*, p. 117, n. marg. 96.

79 Con ejemplos de la jurisprudencia comunitaria, ver *Dannecker*, en *Wabnitz/Janovsky*, p. 117 y s., n. marg. 97; también *Heine*, «Kollektive Verantwortlichkeit...», p. 578 y s.

no existe un clima político-criminal favorable a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los tratadistas más conocidos, con distintos argumentos (aunque básicamente referidos a la incompatibilidad con el sistema penal y a la falta de necesidad de pena), se manifiestan en contra de la «responsabilidad penal» de las personas jurídicas⁸⁰. Solamente parte de la doctrina considera que la protección contravencional no sería suficiente y propone introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸¹. La doctrina mayoritaria (aunque cada vez decrece) todavía considera que no sería deseable (ni posible) introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸².

3. Modelos existentes

3.1. Irresponsabilidad penal directa o indirecta

De entre todos los argumentos esgrimidos en contra de la punibilidad de los entes colectivos (ver 2.2), tres de ellos han sido los principales: incapacidad de acción, incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena⁸³.

La negación de *capacidad de acción* de la persona jurídica constituye, de todas, la más débil objeción. Hasta hace algunos años todavía se denegaba capacidad de acción a los entes colectivos argumentando que las decisiones tomadas por la dirección del ente constituiría una acción de los sujetos individuales⁸⁴. Ahora más que nunca se reconoce que las «personas jurídicas» tienen «capacidad de acción» pues son «destinatarias» de normas jurídicas entre las cuales también se encuentran las penales; y así como en muchas legislaciones pueden realizar «contravenciones» o «infracciones administrativas» graves también

podrían «cometer» delitos⁸⁵. Esta contraargumentación se puede reforzar aún con la constatación de que los entes colectivos, si bien organizaciones de personas, son independientes del cambio de sus miembros y, como tales constituyen una realidad social que el Derecho reconoce con regulaciones civiles (regulación de la personalidad jurídica) y constitucionales (reconocimiento de la vigencia de derechos fundamentales)⁸⁶. Por cierto que estos contraargumentos no demuestran aún que el ente colectivo tendría «capacidad de acción» en el sentido penal pues no actúa por sí mismo sino a través de individuos, y son estos quienes, de manera directa, pueden ejecutar conductas penalmente típicas. Pero, desde la perspectiva de las propias características de una organización de personas, se puede afirmar que, cuando se trata del cumplimiento de deberes propios del ente colectivo, en caso de infringirlos a través de acciones u omisiones de los individuos que lo integran, estos actos también son actos propios de aquél⁸⁷. Entonces, no se trata solamente de una mera «imputación» de la conducta individual al ente colectivo⁸⁸, sino de una auténtica «acción» del ente colectivo a través de sus integrantes.

Como la «capacidad de acción penal» de los entes colectivos no es un escollo insalvable, y ante la existencia de un Derecho contravencional (Derecho penal en sentido amplio) que les impone sanciones, lo que se objeta actualmente es la «cualidad penal» de sus acciones, o sea si ellas reúnen suficiente injusto penal, si podrían merecer un reproche ético-social que caracteriza al Derecho penal⁸⁹. Independientemente de la discutible diferenciación entre Derecho penal y Derecho contravencional (o administrativo-sancionador), entre pena y multa contravencional (ver al respecto abajo en 9.2)⁹⁰, el carácter punible, en sentido cualitativo, de la «acción» del ente colectivo, dependerá de

80 Ver refs. en *Hirsch*, p. 596, nota 1. También abajo en...

81 Entre otros, *Tiedemann*, «Derecho penal económico. Introducción y parte general», p. 233 y ss.; *Hirsch*, c. más refs., p. 596, nota 2. Más ref. abajo en...

82 Ver amplias refs. en *Gómez-Jara*, «Grundlagen ...», p. 290 y s.

83 Cfr. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 14 y ss., E 41; *Hartung*, 40. DJT, tomo 2, p. E 43 y ss. *Heinitz* basaba su rechazo a la punitividad de las personas jurídicas en la incapacidad de culpabilidad y de pena de estas; ver 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s. Ver la exposición y refutación de estos argumentos, c. más refs. en *Hirsch*, p. 601 y ss. Similares argumentos son expuestos por muchos otros autores. Ver la exposición de la doctrina argentina que niega la responsabilidad penal de personas jurídicas en *Aboso/Abrales*, p. 62 y ss.

84 Así p. ej. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 23 y ss.

85 En Alemania esto ha quedado claro como muy tarde desde las sentencias del Tribunal Federal en el caso del «aerosol de cuero»; ver en *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht. AT», p. 136, n. marg. 243; *Hirsch*, p. 604. Más refs. sobre la «capacidad de acción» de las personas jurídicas, en *Gropp*, n. marg. 21 y s., p. 113.

86 Cfr. c. refs. *Hirsch*, p. 602.

87 Cfr. *Hirsch*, p. 603.

88 Por eso es comprensible la crítica de *Engisch* a los que admiten la «acción» de los entes colectivos (aunque luego denieguen la responsabilidad penal por otras razones): una «imputación» es distinto de una «acción» misma; «... la 'imputación' es una figura jurídica, una construcción jurídica, la acción en cambio, una figura natural ... Pero actuar, en el sentido de un concepto natural de acción, solamente puede hacerlo la persona individual, si bien el jurista tienda a 'imputar' este actuar natural a la agrupación de personas, lo cual siempre necesitará una legitimación especial. Caemos en un círculo vicioso cuando fundamentamos la responsabilidad del ente colectivo en su actuar, pero este actuar lo basamos a su vez en una imputación jurídica»; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 24.

89 Cfr. *Hirsch*, p. 604 y s.

90 En ello se basa el análisis de *Hirsch*, quien considera decisivo que la diferencia entre Derecho penal y Derecho contravencional (alemán) sea para él meramente «cuantitativa»; ver p. 604 y s.

la suficiente gravedad del atentado contra el bien jurídico correspondiente. Y el si los entes colectivos son accesibles o no a un reproche ético-social es una cuestión que debe ser tratada en el análisis de la «capacidad de acción». Más contundente es la constatación tajante, reconocida hasta por los detractores de la punibilidad de entes colectivos, de que así como estos son destinatarios de «deberes jurídicos», no solamente pueden cumplirlos sino también violarlos; y así como se les reconoce «derecho», también tiene que reconocerse que pueden «abusar» de ellos⁹¹, y al hacerlo también pueden atentar gravemente contra bienes jurídicos.

El argumento más fuerte y decisivo contra la admisibilidad de una responsabilidad penal de los entes colectivos está referido a la *capacidad de culpabilidad*. La doctrina penal encuentra dificultades en los modelos propuestos de «responsabilidad penal» de los entes colectivos pues en todos los casos se trataría de una mera «imputación ficticia». El Derecho penal (alemán) vigente (y con él también la jurisprudencia penal y constitucional) exigiría siempre que la imputación penal se refiriese a «acciones» cometidas por el propio responsable a quien por ello se le reprochará el no haberse motivado de conformidad con la norma; esto es algo que no sería posible con los entes colectivos⁹².

Este argumento de la imposibilidad de «reprochabilidad» a los entes colectivos se dirige incluso a aquel «espíritu de cuerpo» que se pueda eventualmente reconocerse y contra el cual, en caso de haber llevado a hechos delictivos, solamente sería posible expresar un «descontento» mas no un «reproche»; o que contra actos dañosos provenientes de un ente colectivo puede haber una juicio de desvalor en el sentido de considerarlo como una «institución antijurídica» (de manera similar a lo que ocurre con otras situaciones) y vincular esto con determinadas medidas jurídicas mas no el reproche inmanente a la pena que presupondría siempre un sujeto responsable que pudo y debió haberse comportado de otra manera⁹³. Para algunos, esta objeción no solamente tiene efectos de lege lata pues incluso impediría futuros cambios en la ley penal tendentes a acoger una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas⁹⁴.

Dado que no sería posible, sin pérdidas de garantías individuales (con la consecuente infracción constitucional), prescindir en el Derecho penal de este principio de culpabilidad sustituyéndolo por otro «principio» (fraude de etiquetas) cuando se tratare de los entes colectivos⁹⁵, los detractores de la punibilidad de los entes colectivos han propuesto no recurrir al Derecho penal y tratar más bien la

91 Cfr. *Hirsch*, p. 605. También *Heinitz*, quien estaba sin embargo en contra de la punibilidad, 40. DJT, tomo 1, p. 84.

92 *Roxin*, exponiendo diferentes modelos propuestos en la doctrina, «Strafrecht AT», tomo 1, p. 264, n. marg. 63, allí también más refs. sobre doctrina alemana en este sentido. Ya antes, *Heinitz*, quien aunque admitía que el legislador podía vincular acciones individuales con una «culpabilidad» de personas jurídicas e incluso vincularlas con «penas», objetaba que ello de todos modos no equivaldría al concepto tradicional y reconocido de «culpabilidad» y que, además, tendría que recurrir a «presunciones de culpabilidad» para poder ser practicable, c. más refs., 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s., 89 y s.; también *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 24 y ss. Recientemente ver también basa su rechazo en la «culpabilidad» *von Freier*, p. 98 y ss., 116. También muchos de los que abogan de lege ferenda por una «responsabilidad penal» de los entes colectivos acogen esta crítica (y, en parte, exigen prever la responsabilidad fuera del Derecho penal); ver, entre otros, *Hirsch*, c. más refs., p. 606; *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 892 y ss., p. 257 y ss., n. marg. 902, p. 263; c. más refs. sobre la doctrina y jurisprudencia alemanas en este sentido, *Gropp*, «Strafrecht AT», p. 112, notas al pie 19 y 20; *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 98 y s. Desde la perspectiva normativista radical últimamente *Jakobs* se ha manifestado en contra de una auténtica «punibilidad» de las personas jurídicas (en su Manual la admitía, ver «Strafrecht AT», n. marg. 43 y ss., p. 148 y s.), básicamente debido a que el concepto de «pena» está íntimamente ligado a la «persona individual», y el principio de culpabilidad presupondría siempre una «identidad de la persona a través de su consciencia»; ver, p. «Strafbarkeit...», p. 559 y ss., 570 y ss., 575. *Spolansky*, recurriendo al análisis del lenguaje normativo, niega la existencia real de la persona jurídica, pero admite la posibilidad de que la ley vincule consecuencias jurídicas a la actuación que, a nombre de ella hicieren sus miembros, consecuencias que llevarán a una responsabilidad de todos aquellos que no probaran el no haber aceptado o tolerado tal conducta (o sea, se recurre a presunciones para delimitar la responsabilidad individual de cada uno de los miembros de la empresa), ver p. 1641 y ss., 1644.

93 Cfr. esta argumentación en *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 20 y s., 23 y s.

94 Cfr. *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 85 y s.; *Roxin*, «Strafrecht AT», tomo 1, p. 264, n. marg. 63; *Schünemann*, en LK, § 14, n. marg. 78. *Jakobs* critica que se quiera denominar «penal» a la responsabilidad de la persona jurídica debido a la vinculación de la «culpabilidad penal» con una serie de principios que no encajarían con la naturaleza de dicha persona. Desde su perspectiva, la «persona jurídica», aunque pueda ser objeto de expectativas, no puede ser capaz, por sí misma, de «desautorizar a la norma»; ver «Punibilidad de las personas jurídicas?», p. 86 y ss., 95 y s. Ver también la exposición y explicación de esta nueva posición de *Jakobs* (quien antes sí habría admitido la responsabilidad penal de personas jurídicas), en *Gómez-Jara*, «Grundlagen...», p. 296 y ss. Debido a la imposibilidad de esta «capacidad de culpabilidad», *Silva Sánchez*, siguiendo a *Lampe*, solamente cree posible verificar en la persona jurídica, con base en la «deficiente estructura de organización», un «estado de injusto» que solamente podría legitimar «consecuencias jurídico-penales» más no la imposición de penas; «La responsabilidad penal...», p. 182 y s.

95 P. ej. el «interés público preponderante» que alguna vez propusiera *Schünemann*, lo que, según *Hirsch*, como «imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad» constituiría un «cuerpo extraño en el Derecho penal», el cual se vería desnaturalizado al pasar a ser un simple Derecho de responsabilidades (civiles); p. 606 y s.

«responsabilidad» del ente colectivo en otras áreas jurídicas en las que la imputación de «medidas» o sanciones no dependan de parámetros ético-sociales. Así, se ha sugerido aplicar el sistema de «medidas de seguridad», otros proponen mejorar la ya existente responsabilidad contravenacional de los entes colectivos; propuestas que a veces van de la mano con sugerencias de cambios en normas extrapenales⁹⁶. Para reforzar más aún esta postura, se suele argumentar también que supondría una «injusticia» castigar a «otro» (el ente colectivo) por el delito cometido por individuos, además de que penar al ente colectivo supondría «meter en un mismo saco a justos y pecadores», es decir hacer que, a través de la pena a la persona jurídica, sufran tanto los responsables directos del hecho delictivo como otros que no lo son (otros empleados de la empresa, socios, trabajadores, la sociedad en su conjunto, etc.)⁹⁷.

Por último, se argumenta en contra de la responsabilidad de los entes colectivos, que estos no tendrían *capacidad de pena*, es decir que la «pena» en el sentido tradicional no encajaría con la naturaleza de aquellos. En la argumentación no resulta decisivo el hecho de que sea o no posible prever «recortes de bienes jurídicos» para los entes colectivos. Pero sí, más allá de la denominación, se exige que una «pena» además de significar (graves) limitaciones de derechos, estén acompañadas de una «desaprobación ético-social» en el sentido de una «retribución justa» por el daño causado, este entendimiento tradicionalmente vinculado con los individuos no sería trasladable a los entes colectivos⁹⁸. Por otro lado, la pena al ente colectivo sería «injusta» porque, además de castigar a terceros inocentes (todos los integrantes, incluyendo a los que estaban en desacuerdo con la acción criminal) llevaría a una doble punición (pena a los individuos y al ente colectivo)⁹⁹.

3.2. Responsabilidad subsidiaria y consecuencias accesorias

En la discusión teórica de hace algunos años solamente se veía como necesidad político-criminal el hacer responsable «subsidiariamente» a la persona jurídica en caso de comisión de delitos por parte de personas naturales que se valían de ellas. Así en Alemania, *Heinitz*, en su famoso informe para la Jornada de Juristas Alemanes de 1953, recomendó acoger una responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas en caso de que sus representantes o empleados, violando sus deberes, cometieran una falta, fueran condenados a pagar una multa, y no pudieran hacerlo¹⁰⁰. En el mismo contexto, *Hartung* recomendó un «procedimiento de medidas de seguridad» para los entes colectivos, dentro del mismo proceso penal de los individuos, el cual, por su configuración equivale al modelo español que se describe a continuación¹⁰¹.

Un modelo más amplio y acabado de responsabilidad subsidiaria se introdujo, tras algunas modificaciones en proyectos previos (como el de 1980), en el Código Penal español de 1995 bajo la denominación de *consecuencias accesorias* (art. 129) para evitar la discusión que implicaba el empleo del término «medida accesoria» o «pena»¹⁰². Se trataba de una solución intermedia destinada a controlar los peligros provenientes aquellas personas jurídicas en cuyo marco se hubiesen cometido delitos¹⁰³. El juez puede, desde entonces, imponer determinadas medidas previstas en la ley: cierre temporal o definitivo de un local, disolución de la empresa, suspensión de actividades, prohibición de, intervención de la empresa, etc.); medidas que también pueden estar previstas específicamente en la parte especial (p. ej. la prohibición de contratar con el estado en un tiem-

96 Cfr. las refs. en *Cramer/Heine*, quienes sistematizan a los detractores separándolos entre aquellos que están a favor de una «punibilidad plena» dentro del Código penal, los que se contentan con introducir (más) «medidas de seguridad» específicas para los entes colectivos dentro del Código penal y los que prefieren solucionar el problema dentro del «Derecho contravenacional» (aparte un último grupo que propone regulaciones aisladas como las que se analizan más abajo en 3.3.2), en Schönke/Schröder, vor §§ 25 y ss., p. 523 y s., n. marg. 126.

97 Esta crítica también la efectúan los que están en contra de una «responsabilidad penal autónoma» estricta (basada en la culpabilidad) aunque defienden una responsabilidad penal amplia (en el sentido de «medidas accesorias»). Así argumenta *Schünemann*, «La punibilidad de las personas jurídicas...», p. 587; siguiéndolo, *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 365 y ss.

98 Cfr. *Engisch*, c. más refs., 40. DJT, tomo 2, p. E 14.

99 Ver *Heinitz*, aunque reconociendo la posibilidad de lege ferenda, de prever culpabilidad y penas para personas jurídicas, 40. DJT, tomo 1, p. 86 y s. 89, 90; *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 7 y ss., E 26 y ss.; *Hartung*, 40. DJT, tomo 2, p. E 43 y ss. Ver también el análisis sobre el origen de estas objeciones y su refutación en *Hirsch*, p. 610 y ss.;

100 Se basaba en el modelo italiano (art. 197 Codice penale) y las buenas experiencias que se habrían tenido con él. Ver *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 88.

101 *Hartung* proponía, dentro de un proceso bajo las reglas penales, introducir todo un sistema de «medidas» a los entes colectivos que iban desde las más leves a las más graves (imposición de algunos deberes, pasando por la curatela y cierre de locales hasta llegar a la disolución), pero excluía medidas que tuvieran carácter de pena (como la multa o la publicación de la condena); cfr. 40., DJT, tomo 2, p. E 57 y ss.

102 Cfr. *Arroyo Zapatero*, p. 20; *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 357 y ss.

103 Expresa y críticamente sobre la fundamentación de este modelo, c. más refs., *Ramón Ribas*, en: Quintero Olivares/Morales Prats, p. 681 y s.

po determinado para empresas participantes en cárteles de licitación). El legislador penal peruano ha importado este modelo y lo ha introducido en el art. 105 del C. P. de 1991, aunque de una forma incluso más incompleta que en la ley española¹⁰⁴.

De manera general se justifica la existencia de las «consecuencias accesorias» por una necesidad «preventiva» ante la constatación de una «peligrosidad objetiva» proveniente del ente colectivo; se trata de contrarrestar los efectos de un delito ya cometido a través de la empresa o impedir la comisión de nuevos delitos¹⁰⁵. Sus características básicas (y requisitos para su imposición) son, en cuanto a lo material, su «conexión» necesaria con la comisión efectiva de un hecho delictivo de individuos (peligrosidad postdelictual), que se trate de un hecho delictivo que el legislador haya vinculado expresamente con la «medida accesoria» (sistema *numerus clausus*), que tal hecho demuestre una «peligrosidad objetiva» del ente colectivo (vinculación del delito con la actividad de la empresa y que la beneficié o se realice en su interés), la accesoriedad delictiva con el hecho principal (básicamente que exista un hecho «típico y antijurídico»), «necesidad» de aplicar la medida, y «proporcionalidad»; y, en cuanto a lo procesal, la imposición

por parte de un juez, la concesión de audiencia a la parte afectada y, obviamente, la motivación de la resolución¹⁰⁶.

Ahora bien, esta previsión legal ha generado en España primeramente una serie de discusiones en cuanto a su naturaleza (¿penal, cuasi-penal, administrativa, sui-géneris?), su capacidad de rendimiento (dejaría vacíos en caso de faltar una responsabilidad individual) y su aplicación práctica¹⁰⁷. Lo cierto es que, por un lado, las medidas, están previstas en el Código penal, dependen de la verificación de responsabilidad individual y, además son facultativas, pero, por otro lado, también constituyen recortes de libertades tan graves como las verdaderas penas¹⁰⁸. Todo esto parece abogar por la tesis de que se trataría de «medidas sui generis» que, aunque no constituyan penas en sentido estricto sí tienen efectos penales y estarían situadas entre las «penas» y las «medidas de seguridad»; sólo en este sentido se podría decir que ellas constituirían «sanciones penales» pertenecientes al Derecho penal en sentido amplio¹⁰⁹.

En cuanto al modelo mismo, las críticas se dirigen a sus posibilidades preventivas así como también a su practicabilidad¹¹⁰, pues, básicamente, habría generado mucha inseguridad jurídica¹¹¹. Y es que, aunque la ley señale cuáles

104 Ver un análisis crítico en *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico. Consideraciones...», p. 158 y s., 206 y en «Diez años...», p. 29 y s. A diferencia del modelo español, donde se dice expresamente que la medida estará destinada a prevenir la comisión de nuevos delitos o contrarrestar sus efectos (art. 129 último párrafo), el legislador peruano no ha previsto una pauta que diga al juez cuándo aplicar la medida.

105 Cfr. *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, «Comentarios...», p. 676; *Gracia Martín*, «Las llamadas...», p. 234 y s.

106 Cfr. al respecto, c. más refs. y refiriéndose al caso español, *Gracia Martín*, «Las llamadas...», p. 236 y ss.; *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 358 y s.; *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, p. 676, 678 y ss. La mayoría de estos requisitos no han sido previstos expresamente en la ley; la doctrina española suele deducirlos intepretativamente tomando, además, por referencia el modelo contravencional alemán (art. 30 OWiG); y por lo demás, tampoco hay consenso en cuanto a los alcances de cada uno de ellos. *Gracia Martín*, p. ej., toma el concepto «defecto de organización» de la persona jurídica (que la doctrina alemana utiliza para fundamentar la culpabilidad de aquélla) en cada caso concreto para demostrar la «peligrosidad objetiva» (en cambio, para él el «defecto de la organización» no podría demostrar la culpabilidad de los entes colectivos); ver *ibidem*, p. 242 y s. También se discute sobre el carácter «facultativo» de la medida; para unos, ello implica que el juez podría decidir no imponer las medidas incluso cuando se presentaran todos los requisitos, para otros, en tal caso, el juez «deberá» imponerlas; sobre la discusión, siguiendo la última interpretación, *Gracia Martín*, *ibidem*, p. 243.

107 Al respecto, c. más refs. *Silva Sánchez*, «La responsabilidad penal...», 183 y ss. quien las considera «medidas de seguridad» (*ibidem*, p. 191 y s.); críticamente, *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico. Consideraciones...», p. 158 y s., 206. Ampliamente sobre la discusión, exponiendo las distintas interpretaciones de la doctrina española, *Gracia Martín*, p. 196 y ss. Este autor sostiene que las «medidas accesorias» (junto con el comiso) tendría el carácter de «medidas preventivas de carácter asegurativo de la comunidad social» equivalentes a «medidas de policía» (p. 212 y ss., 234 y s.). Pero también hay un sector importante de la doctrina española que considera que las «consecuencias accesorias» serían auténticas «penas» contra las personas jurídicas pues, aparte de estar previstas en el Código penal, implican limitaciones de derechos; ver, entre otros y c. más refs. *Zugaldía Espinar*, en el Libro-Homenaje a Valle Muñiz, 2001, p. 896 y ss.; también *Muñoz Conde/García Arán*, p. 221 y s., 608. Pero con ello se olvida que la «limitación de derechos» por sí sola (presente en muchas otras medidas) no basta para definir a las «penas» propias del Derecho penal.

108 Ver, c. más refs. *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico», p. 158 y s., 206; cfr. para el modelo español, *Arroyo Zapatero*, p. 21.

109 En ese sentido *Arroyo Zapatero*, p. 21; de manera similar *Mir Puig* las identifica como un «tercera vía», c. más refs. sobre la discusión, «Una tercera vía...», p. 361 y s., 373. También *Gracia Martín*, «Las llamadas...», cfr. p. 235.

110 Entre otros, ver *Arroyo Zapatero*, c. más refs., p. 20; *Mir Puig*, c. más refs., «Una tercera vía...», p. 359 y ss..

111 Al respecto ampliamente, *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, «Comentarios...», p. 677 y s. En especial se critica que la propia ley no especifique, entre otras cosas, los requisitos para la aplicación de la medida, los criterios que harían preferible una medida frente a otra, la posibilidad de la acumulación de medidas, los plazos de prescripción, el tiempo de duración de medidas temporales.

son las medidas (clausura temporal o definitiva, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, prohibición de actividades comerciales, intervención de la empresa), ellas solamente se aplicarían para aquellos casos concretos de la parte especial, cuando los tipos remitiesen expresamente al art. 129. Estos casos ni son muchos ni parecen obedecer a una concepción particular sobre la delincuencia empresarial, pues hay remisiones generales al art. 129 o también específicas a alguna de las medidas allí previstas, y los delitos en los que se puede aplicar las medidas son muy dispares: terrorismo, asociación ilícita, algunos delitos económicos, tráfico de drogas, corrupción internacional, etc.¹¹². Es incomprensible que la medida quede excluida, en cambio, para una serie de delitos económicos donde la intervención de la empresa es determinante: delitos contra los derechos de los trabajadores, contra los consumidores, delitos fiscales, administración desleal, etc., donde solamente queda la vía de escape, para aplicar medidas de seguridad, de vincular el delito a la «asociación ilícita» (donde expresamente sí es posible)¹¹³. Y más difícil de entender aún es que el texto legal vincule la aplicación de la medida a la «identificación» de un sujeto individual determinado cuando precisamente el vacío más grave del sistema penal individual está en aquel caso en el que se sabe que el delito proviene de una empresa pero no se puede identificar a nadie en concreto¹¹⁴.

En el año 2003 se incluyó en el art. 31 del C. P. español (actuar por otro) un segundo párrafo en el cual se considera como obligada a pagar la multa, de manera directa y solidaria, a la «persona jurídica ... en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó» el individuo-representante. Tampoco esta norma ha sido aplicada, probablemente debido a su dudosa constitucionalidad, ya que establece —como critica la doctrina hispana— un caso de responsabilidad objetiva sin prever por lo demás el procedimiento para efectivizar la medida¹¹⁵.

En el caso peruano la inseguridad es aún mayor porque la regulación legislativa tiene muchas deficiencias técnicas. Por un lado, la regulación de la «medida accesoria» específica del «comiso de ganancias» (art. 104), aunque muy loable en su intención (prever el beneficio económico proveniente del delito), ha sido vinculado al pago de

la reparación civil con lo cual pierde su eficacia preventiva¹¹⁶. En el caso de las «medidas accesorias» previstas en el art. 105, para su aplicación facultativa por el juez («...podrá...») no se da más pauta que la de que el hecho punible se hubiere cometido «en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo» (art. 105, primer párrafo). Y aunque la ley no limita la aplicación de las medidas a determinados delitos, al no dar pauta alguna al juez, resulta demasiado abierta e imprecisa (teóricamente, también podría aplicarse la medida en el caso de un homicidio) y por ello tampoco ha tenido mayores efectos prácticos.

Con las modificaciones al Código penal, introducidas por el D. Leg. 982 de 22-07-2007, entre otras cosas se ha introducido en el art. 105 la obligatoriedad de la aplicación de las medidas («... deberá...») y se ha acogido la teoría civil-comercial del «disregard»: «El cambio de razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria no impedirá la aplicación» de las medidas. Y también la Corte Suprema peruana ha emitido un criterio interpretativo de aplicación obligatoria para la aplicación de las consecuencias accesorias por los jueces¹¹⁷. Pese a todo, debido a la inseguridad de la base legal y a las graves consecuencias y responsabilidades que podría traer consigo la aplicación de las medidas, debe dudarse de su efectiva aplicación práctica.

3.3. Responsabilidad «penal» de los entes colectivos

Según lo expuesto hasta ahora, en aquel Derecho penal vigente que, a lo sumo, reconoce una «responsabilidad subsidiaria» del ente colectivo, ni se trata de una auténtica «responsabilidad penal» ni con ello se han solucionado los problemas generados por su ausencia. Y ello no solamente debido a las cuestiones técnicas que ya se han explicado (dificultad de identificar a los individuos responsables, dificultades de prueba, falta de efectos preventivos, etc.). Existe sobre todo una urgente *necesidad de pena* debido al incremento alarmante de hechos delictivos cometidos a través o con ayuda de empresas y otros entes colectivos, así como a la impunidad y malestar social que esto genera. Pero también se trata de una cuestión de *justicia* el

112 Cfr. *Arroyo Zapatero*, p. 21 y s.

113 Cfr. *Arroyo Zapatero*, c. jurisp. p. 21 y s.

114 Mir Puig critica este inconveniente del actual modelo español pero sostiene que podría solucionarse «interpretativamente» el problema: puede entenderse que bastaría con una accesoriedad limitada (verificar un hecho típico y antijurídico) para aplicar la medida a la persona jurídica, sin necesidad de una condena a un individuo determinado y ni siquiera de su «identificación»; ver «Una tercera vía...», p. 360 y s.

115 Cfr. , c. más refs. *Arroyo Zapatero*, p. 22. También, críticamente *Ramón Ribas* en Quintero Olivares/Morales Prats, p. 338 y ss. Entre otras cosas, la ubicación de esta «responsabilidad civil solidaria» (en el artículo referido al «actuar por otro») haría que resulte aplicable solamente a «delitos especiales», y entre ellos, solamente a aquellos en los que es posible tal representación con actuación de personas jurídicas; cfr. *Ramón Ribas*, *ibídem*.

116 *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico. Consideraciones ...», p. 207 y s.; *Hurtado/Meini*, quienes critican además que la ley peruana no haya precisado los mecanismos para efectivizar la medida, p. 85 y s.

117 Acuerdo plenario N° 7-2009/CJ-116 del «V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias», Corte Suprema, Lima 2009, p. 71 y ss.

hacer responsables, en una sociedad moderna de riesgos, a las propias empresas por riesgos creados o no evitados por ellas. Además, se ha comprobado que es posible hacer que los entes colectivos (sea que se les considere «sistemas autopoiéticos» o simplemente sujetos de derecho capaces de «retroalimentarse») sean motivados para cambiar de política empresarial hacia una que no atente contra intereses vitales de la sociedad (o sea que se organicen de tal manera que controlen los riesgos y ganen conciencia de su responsabilidad)¹¹⁸.

Por ello, un modelo que se quedare solamente en el control de la «peligrosidad objetiva», aun cuando lo haga dentro del Derecho penal (medidas de seguridad) y aplicando conocimientos de la teoría de sistemas (empresas como sistemas autopoiéticos) y del análisis económico del Derecho (análisis de costo/beneficio desde la perspectiva empresarial) para fijar las medidas aplicables (incluyendo las multas)¹¹⁹, no es suficiente para afrontar las necesidades político-criminales que presenta toda esta problemática¹²⁰.

La argumentación tradicional del «societas delinquere non potest» ha cometido el error de querer trasladar al ámbito de los entes colectivos, los criterios de imputación creados para las personas físicas¹²¹. Las incompatibilidades insuperables de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desaparecen cuando se renuncia a querer hacer encajar por la fuerza la responsabilidad penal del ente colectivo dentro de las categorías penales creadas para indi-

viduos y, más bien, se buscan otros criterios de responsabilidad (penal) adecuados a la naturaleza de aquél. Para esto existen dos opciones: o bien, como hace parte de la doctrina que se expone a continuación, se intenta buscar «paralelos funcionales» de responsabilidad penal orientándose en las categorías penales individuales; o bien se buscan nuevas categorías apropiadas desprovistas de la «orientación penal» aunque, reconociendo que ambos (el nuevo Derecho y el Derecho penal) pertenecerían a una categoría superior (Derecho sancionador) y respetando las garantías constitucionales válidas también para los entes colectivos. Esta problemática es dejada para el final cuando llegue la hora de decidir si la mejor solución sería permanecer en el Derecho penal o crear un nuevo Derecho sancionador ajustado a la medida de los entes colectivos.

Si lo que ahora importa es la cuestión de si sería posible construir un sistema de imputación mediante el cual los entes colectivos puedan responder, por sí mismos, por una conducta propia «culpable», y se les puedan aplicar «sanciones graves» (penas) que tengan una determinada función preventiva, entonces la respuesta será afirmativa pero bajo premisas que tengan en cuenta la «diferencia» entre «individuo» y «ente colectivo», y reconozcan y apliquen para este último criterios de imputación específicos¹²².

Así las cosas, la *acción de la persona jurídica* puede ser entendida como «normativamente real»¹²³ en el sentido de que el ente colectivo, como sujeto de Derecho, además de

118 Cfr. entre otros *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 46 y s.; *Sieber*, «Compliance-Programme...», p. 460, 473 y ss.; *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», p. 258, nota 1326; *Hirsch*, 611. En el fondo, los mismos argumentos (necesidad política, efectividad del control, respeto al principio de igualdad), han sido argumentados históricamente una y otra vez para fundamentar la responsabilidad penal de los entes colectivos. Así, p. ej., en los EE.UU. por la jurisprudencia de principios de siglo XX; ver en *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1186.

119 En este sentido, *Schünemann*, quien aboga por una concepción amplia de «pena» que incluya tanto a la pena individual como a las «medidas accesorias» (sin culpabilidad) para las personas jurídicas; «La punibilidad de las personas jurídicas...», p. 579 y s.; siguiéndolo en el análisis más no en la consecuencia (las penas deben ser estrictamente separadas de las consecuencias accesorias, para no atentar contra el significado «simbólico», «comunicativo» de los conceptos), *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 369 y ss.

120 Expresamente en este sentido, cfr. *Hirsch*, p. 606 y s.; últimamente también *Bajo Fernández*, abandonando así su anterior postura a favor de aplicar solamente medidas de seguridad, ver p. 720, 725 y ss.

121 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 29 y ss., 32, 46 y ss.; igualmente *Cramer/Heine* en *Schrönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524; *Hirsch*, p. 603, 622; *Bacigalupo Saggese*, p. 12 y s. Ver también al respecto ya arriba en 2.4. Sobre esta imposibilidad de identificación dogmática, *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 363. Una primera llamada de atención sobre la «naturaleza de las corporaciones» la dio Gierke con su «teoría de la realidad» cuando consideró que ellas, así como podían cometer ilícitos civiles y responder por ellos también podían cometer delitos y responder por ellos mediante penas adecuadas; cfr. *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 84.

122 Recomiendan esto prácticamente todos los autores que están a favor de la punibilidad de las personas jurídicas. Ver, entre otros, *Tiedemann*, «Derecho penal económico. Introducción y parte general», n. marg. 244, 244a, p. 235 y s.; *Baigún*, p. 28 y ss.; *Hurtado/Meini*, p. 81, 107. Aquí se podría partir también de un concepto superior (Oberbegriff) de «sujeto de Derecho penal», y abarcar así tanto a los individuos como a los entes colectivos dentro del Derecho penal. En este sentido y basándose la doctrina alemana de Gierke, Binder y von Liszt, por un lado, y Jakobs, por el otro, *Bacigalupo Saggese*, argumenta a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad económica, cfr. p. 12 y s., 27 y ss. Pero esto presupone la decisión previa de querer incluir dentro del Derecho penal a los entes colectivos; algo que, siguiendo la línea de pensamiento de la autora (búsqueda de un concepto superior) puede hacerse, pero no tiene que hacerse si existiese una opción sancionadora distinta; se trata al respecto más abajo en 8 y 12.3.

123 Como dice *Off*, desde la perspectiva civil pero refiriéndose a la posibilidad de punibilidad de las personas jurídicas: «... también un realidad normativa es una realidad»; p. 12.

poder actuar y contraer obligaciones civiles, también puede ser sujeto pasivo de delitos y por lo tanto también sujeto activo de ellos: la persona jurídica puede ser destinataria de normas penales cuando el legislador, recogiendo lo vigente desde hace mucho en la realidad social, introduzca la regulación correspondiente (esta realidad social también es válida para el reproche social de la culpabilidad por delitos «cometidos» por personas jurídicas)¹²⁴. También la doctrina civil y comercial alemanas, cuando analizan las posibilidades penales, afirman que de lege ferenda puede adoptarse una responsabilidad penal de personas jurídicas, pues el que ellas puedan actuar o no y puedan ser imputables penalmente depende, en última instancia, de la palabra del legislador; las posibilidades dogmáticas de interpretar la actuación e imputación penal autónoma y directa a las personas jurídicas existen a través de diversas teorías como, entre otras, la teoría de la «realidad»¹²⁵. Y no solamente se trata de la ahora más que nunca innegable «existencia» del ente colectivo, con efectos sensibles, en la vida económica y social, sino que su «peso», frente a la acción individual, es abrumador (y así lo demuestran los casos más sonados de las últimas décadas en casos de contaminación ambiental, estafas, administración desleal, responsabilidad por el producto, etc.).

También constituye una realidad social la *culpabilidad del ente colectivo*¹²⁶: las empresas son consideradas por el público «culpables» de una contaminación ambiental, de la explotación de trabajadores; algunas empresas bancarias suelen ser vistas como «culpables» de colabrar con el «lavado de dinero», así como se considera a algunas organizaciones religiosas, por lo menos como instigadoras o cómplices de actos terroristas; Estados son y han sido hechos «culpables» de guerras, etc. Y como además, es in-

discutible que se les atribuya un «honor» y un «deshonor», es incluso posible hablar ya ahora, en relación con las empresas, de una culpabilidad y de un «reproche ético»¹²⁷. Por cierto que esta culpabilidad, para resultar legítima, debería basarse en una «conducta» o «actitud» propia del ente colectivo, tal como ocurre con el «defecto de organización» que se verá más adelante. Es por eso que aquí tampoco se necesita recurrir a soluciones provenientes de la responsabilidad penal individual¹²⁸.

Por otro lado, en contra de tendencias recientes, para la afirmación de esta culpabilidad con consecuencias sancionadoras (eventualmente penales) no se necesita la existencia previa de «programas de compliance»¹²⁹ pues los deberes de respetar las normas vigentes son presupuestos previos a la constitución de las personas jurídicas. Por cierto que facilitaría mucho las cosas (y la determinación del dolo o la culpa) si la legislación exigiera, a través de regulaciones específicas precisas y detalladas, que las empresas incluyeran en su organización determinadas medidas de prevención de delitos e infracciones. Esta exigibilidad tendrá que estar en relación con el tamaño del ente colectivo, pues se debería excluir a organizaciones de menor magnitud. Y consecuentemente también, la regulación de una «culpabilidad» del ente colectivo debería prever no solamente casos de error, caso fortuito, causas de atenuación, agravación o exención de culpabilidad, sino también de «inimputabilidad» en función del tamaño del ente colectivo («madurez»)¹³⁰.

En este contexto, parte de los críticos sostiene que el reconocimiento de la responsabilidad penal del ente colectivo llevaría a un desplazamiento injusto de la responsabilidad individual; es decir, los individuos responsables (gerentes, directivos, accionistas) se salvarían de la responsa-

124 Cfr. *Tiedemann*, «Responsabilidad penal...», p. 36 y ss., «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg., 244a, p. 137; en el mismo sentido, *Dannecker*, «Zur Notwendigkeit...», p. 107 y ss. Este argumento es, por lo demás, antiguo pues sirvió de base para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las «corporations» en la Inglaterra de finales del siglo XIX y en los Estados Unidos poco después; ver las refs. en *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1184 y ss.

125 Así *Ott*, quien propone además una teoría propia llamada de la «persona jurídica como hecho institucional», tanto porque tiene una existencia real en la consciencia humana como también porque su existencia está vinculada a instituciones sociales como el mercado, los registros comerciales, los tribunales, los órganos legislativos, etc.; ver p. 3 y ss., 11 y s. 12. También *Scholz*, desde la perspectiva administrativa, está a favor de la responsabilidad penal de personas jurídicas, ver p. 435 y ss., 439 y s. Ya antes, *Heinitz* reconocía que no habría problemas con la «acción» porque se trataba de imputar (sin imputar la teoría teoría de la acción que se asuma) al ente colectivo la voluntad de personas de carne y hueso como hecho físico; ver 40. DJT, tomo 1, p. 84.

126 Cfr. *Hirsch*, p. 607.

127 *Hirsch*, p. 607 y s.; siguiéndolo, *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1197. *Hurtado/Meini* observan acertadamente que «... existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones de la persona jurídica y, por tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales se originan en el ejercicio de un poder difuso específico a ella. Poder que es el producto de las estructuras de la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica»; ver p. 105 y s.

128 Criticando consecuentemente una propuesta de *Schünemann* (aplicación de medidas de seguridad basándose en un estado de necesidad del bien jurídico) y otra de *Tiedemann* (paralelo del «defecto organizativo» con la «actio libera in causa»), *Bacigalupo Saggese*, p. 23 y ss.

129 Enfatiza en esta necesidad, *Bajo Fernández*, para la determinación de la «fidelidad al Derecho», ver p. 726 y s.

130 Cfr. *Bajo Fernández*, p. 727. En este sentido ha sido consecuente la reciente ley chilena de diciembre de 2009; ver al respecto abajo en 9.2.

bilidad penal, la cual pasaría ahora al ente colectivo, con lo cual el «castigo» se repartiría, injustamente, entre todos¹³¹. Pero esta afirmación es inexacta pues, independientemente de lo que suceda en la práctica jurisprudencial norteamericana (de cuya observación proviene la crítica)¹³², la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas no quiere reemplazar la responsabilidad individual sino incrementar la eficacia del Derecho penal¹³³; no va a excluir la responsabilidad de las personas físicas, sino reforzar la responsabilidad de estas al obligar a que las personas jurídicas actúen preventivamente para controlar a sus agentes¹³⁴. Además, dado que la esencia del ente colectivo no es igual a una mera adición de las personas individuales que la conforman, la culpabilidad de aquélla no puede agotarse con la sumatoria de cada uno de sus integrantes. Por eso, la «culpabilidad» del ente colectivo no debe excluir la de sus integrantes individuales¹³⁵; debe existir una *responsabilidad acumulativa* a través de la cual respondan «penalmente» tanto los individuos como también los entes colectivos, cada uno de ellos por su propio injusto. Esto también se ha plasmado ya en distintas modificaciones legales y proyectos de reforma¹³⁶. Esta constatación refuta también definitivamente la crítica que ve en la responsabilidad penal de las personas jurídicas una violación del principio «ne bis in idem»¹³⁷.

También es posible afirmar una *capacidad de pena* de los entes colectivos pues sea que ésta tenga, como sostiene la doctrina dominante en la actualidad, «finalidades preventivas», o «finalidades estabilizadoras de la norma», ambas pueden cumplirse también a través de aquella pena dirigida contra una persona jurídica¹³⁸. Por un lado fun-

ciona la «prevención general» cuando se constata que el riesgo de ser sancionado puede hacer que otros entes colectivos se abstengan de cometer actos ilícitos (tal como se observa en el Derecho contravencional), pero también puede afirmarse un efecto «preventivo-especial» dentro del ente colectivo sancionado cuando sus miembros, como consecuencia de la sanción, toman medidas al interior de la organización para evitar caer en la sanción (y sufrir con ello pérdidas económicas y de prestigio). Esta «susceptibilidad ante la pena» existe en el ente colectivo, en contra de la crítica, pues, aunque como forma abstracta de organización no tenga sensibilidad propia, sí puede reaccionar y actuar a través de sus integrantes¹³⁹. En cuanto a la «estabilización de la norma», ello también es constatable en cuanto refuerzo de la confianza de la sociedad en la fuerza del ordenamiento jurídico si el ente colectivo resultare penado sobre la base de un reproche de culpabilidad que, como ya se vio, es posible a través del «defecto de organización»¹⁴⁰.

Por otro lado, el argumento del *castigo injusto* por un «hecho ajeno» (el de los individuos que se toma como punto de contacto) y el del castigo adicional a otras personas no responsables pero que tuvieran intereses en la persona jurídica (socios, trabajadores, accionistas, la sociedad etc.)¹⁴¹, tampoco es aceptable pues, por un lado, como se verá más abajo, se puede imputar al ente colectivo un «hecho propio» (p. ej. el «defecto de la organización») y, en el segundo caso, se trata de *efectos mediatos* propios del «riesgo» existente de pertenecer a una organización, y por los cuales el tercero (accionista, socio, etc.) no responde con todo su patrimonio sino solamente con su capital apor-

131 Cfr. *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 355 y ss. 371 y ss. También expone esta crítica y la descarta, *Nieto Martín*, «La responsabilidad...», p. 134.

132 *Hirsch* observa, al contrario de la crítica, que en la práctica penal anglosajona los criterios de la responsabilidad penal se han mantenido por separado tanto para los individuos como para los entes colectivos y que para estos últimos se suele recurrir a parámetros civilistas; ver p. 615.

133 *Mir Puig*, p. ej., advierte que la existencia de una punibilidad empresarial junto con la punibilidad individual puede hacer que los jueces tiendan a contentarse con castigar a las personas jurídicas y evadir la tortuosa vía de comprobar una responsabilidad individual; cfr. en «Una tercera vía...», p. 373 y s.

134 Cfr. *Nieto Martín*, p. 134; *Zúñiga Rodríguez*, p. 509.

135 Cfr. *Hirsch*, p. 609; *Hurtado/Meini*, p. 106.

136 El Anteproyecto español de 2008 (y los anteriores proyectos y anteproyectos) prevén esta «doble incriminación», si bien bajo un modelo de «responsabilidad vicaria» de las personas jurídicas; ver CGPJ, «Informe ...», p. 6 y s.

137 Cfr. *Hirsch*, p. 614 y s.

138 Ver c. más refs. *Hirsch*, p. 610 y ss.; *Baigún*, p. 190; *Hurtado/Meini*, p. 78. La doctrina alemana de los años 50 que negaba «capacidad de pena» se basaba sobre todo en una concepción de la pena de carácter retributivo. Así, arguía la imposibilidad de una «retribución justa», c. más refs., en *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, E 14 y ss.; y *Hartung* afirmaba que cualquier «medida» impuesta a los entes colectivos (incluso las del Derecho contravencional) jamás podrían constituir una auténtica pena porque nunca podrían significar la rendición de un castigo por un injusto cometido; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 46. Por cierto que también desde una perspectiva retribucionista podía verse defenderse la punibilidad de los entes colectivos como «retribución justa» a un «abuso de libertad social»; ver así la argumentación de *von Weber* en la discusión del 40. DJT, tomo 2, p. E 63 y s.

139 Cfr. *Hirsch*, p. 612.

140 Cfr. *Hirsch*, p. 612.

141 Así, entre otros, *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 365 y ss.

tado¹⁴²: así como el miembro obtiene ventajas gracias a su pertenencia a la organización, también debe asumir los riesgos que derivan de ella. Llevando la reflexión a otro nivel se puede constatar que también en el caso de los Estados, estos pueden ser «susceptibles de pena» cuando, ante un acto ilícito (guerra, persecución política, violaciones de derechos humanos, etc.) sufren sanciones de la comunidad internacional, pese a que con ellas también se afectan a terceros¹⁴³. Tampoco el Derecho penal tradicional puede evitar que terceros inocentes (familia, amigos, empleador, entorno social) se vean afectados indirectamente por la pena impuesta al delincuente. El hecho de que en Alemania desde hace ya varias décadas exista un Derecho contravenacional que faculta imponer sanciones muy elevadas a las «empresas», de manera muy similar a como lo haría el Derecho penal, desvirtúa definitivamente esta crítica.

Finalmente, la objeción relativa a la incompatibilidad de la sanción al ente colectivo con el proceso penal, sobre todo en relación con la «presencia corporal» del procesado, es refutada fácilmente. No solamente se trata de una exigencia procesal que tiene múltiples excepciones, y que el ente colectivo puede ser representado por sus órganos. Se ha olvidado con esta crítica algo elemental: el proceso penal debe adaptarse al Derecho penal y no al revés¹⁴⁴.

En suma, como decía *Heinitz* hace ya más de medio siglo, no se puede afirmar que existan serias razones de lógica sistemática para negar la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino de «necesidades políticas o definición de objetivos»¹⁴⁵. Pero una vez afirmada, por lo menos en el contexto actual (desarrollos internacionales, mayor importancia de los entes colectivos, etc.) no se tratará de discutir si de lege ferenda resulta *posible* sancionar penalmente a los entes colectivos (ya no hay objeciones dogmáticas al respecto) ni de que esto sea *necesario* o no (se ha verificado la necesidad político-criminal), sino cuál sería la *configuración concreta* de esta responsa-

bilidad penal o cuasipenal propia de los entes colectivos¹⁴⁶.

3.3.1. El modelo de la «imputación» al ente colectivo de conductas individuales

Entre los partidarios de una «responsabilidad penal» de los entes colectivos, algunos postulan la imputación a estos de los actos cometidos por sus «representantes». Este modelo equivale a la solución ya vigente en Alemania según el art. 30 OWiG (ver más detalles abajo en 7.2). De manera similar a lo que ocurre con la regla del «actuar por otro» (imputación de hechos punibles al ejecutor, aunque en él no recaigan cualidades exigidas por el tipo para el autor), se imputa al «ente colectivo» el hecho punible realizado por determinados «órganos» y personas vinculadas con el ente colectivo (representantes, mandatarios, incluso, el «titular»). Como se ve, no se «castiga» al ente colectivo por un hecho propio, sino por el que han cometido otras personas (individuales), en el curso de las actividades de aquél y en su interés.

Los modelos de imputación, sobre los que actualmente se tienen ya varias experiencias legislativas mundiales¹⁴⁷, tienen serios problemas prácticos. En su aplicación o bien tienen a limitar o a extender demasiado la responsabilidad¹⁴⁸. Limitan demasiado la aplicación del Derecho penal debido a que se necesita identificar a una persona física cuyo hecho va a ser imputado al ente colectivo y quien además debe reunir el elemento subjetivo (de difícil prueba); y resulta demasiado amplia porque, una vez realizada tal identificación, prácticamente no se necesita más para una responsabilidad de la empresa.

Además, una mera «imputación» de hechos ajenos no puede responder a la crítica que se le hace acusándola de admitir una «responsabilidad objetiva» en contra de principios penales elementales. Si se ha de «penar» al ente colectivo, tendría que vincular el reproche a una conducta

142 Cfr. *Hirsch*, p. 613 y s. En la discusión alemana, *Richard Busch*, en su libro «Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände» (1933, p. 188), había introducido el concepto algo dramático e inexacto de «Schicksalgemeinschaft» (comunidad de personas que comparten el mismo destino) pues da la impresión de que todos los integrantes siempre gozan las ventajas y sufren las desventajas, con todo su patrimonio, derivadas de su pertenencia al ente colectivo. Esto había sido duramente criticado por los detractores de la responsabilidad penal de personas jurídicas por lo injusto e indiscriminado de las consecuencias, y reforzando la crítica con el argumento emocional de la experiencia alemana de Posguerra; ver, entre otros, *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 28 y s.

143 Cfr. *Hirsch*, c. más. Refs., p. 614.

144 Cfr. *Hirsch*, p. 615, nota 63.

145 *Heinitz*, 40. DJT, tomo 1, p. 67, 87 y ss. No obstante lo cual, él veía problemas con los conceptos tradicionales de «culpabilidad» y «pena»; ídem, p. 85 y s.

146 En el mismo sentido destacan la importancia de desarrollar «criterios de imputación» para la punibilidad de las personas jurídicas, los cuales además, tendrán que ser diferentes de los previstos para la responsabilidad de los individuos, *Hurtado/Meini*, p. 81, 105, 107.

147 Criticando los modelos de Francia y de Inglaterra, cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 33 y s.; igualmente constata la popularidad de este modelo de «heteroresponsabilidad» en las últimas reformas penales (incluyendo la española), *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 96, 146.

148 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 33, 44 y s.; Críticamente contra el modelo de «atribución» a la persona jurídica de los hechos cometidos por sus órganos, *Silva Sánchez*, siguiendo a Köhler, «La responsabilidad penal...», p. 169

propia y no a una ajena¹⁴⁹. Es por eso que se ha tratado luego de construir una «responsabilidad propia» de la persona jurídica basada en hechos ajenos (los de sus miembros), tal como se verá a continuación. Incluso en los EE.UU., donde al principio se aplicaba una responsabilidad vicarial de la «corporación», en los últimos años se ha buscado fundamentar la responsabilidad por el delito por hechos referidos a su propia organización¹⁵⁰.

Una posibilidad intermedia, a mitad de camino hacia una «responsabilidad originaria» (autónoma) del ente colectivo, podría consistir en prever «cláusulas de exclusión de la responsabilidad» las que intervendrían cuando la empresa pudiera probar la irresponsabilidad de determinado círculo de personas¹⁵¹.

3.3.2. Responsabilidad penal propia («responsabilidad originaria»)

Un grupo cada vez mayor de autores postula la *responsabilidad del ente colectivo por un hecho propio*. En este sentido, al ente colectivo se le puede reprochar, siguiendo el paralelo con el reproche individual, una «conducta» determinada (actos concretos de sus órganos que ordenan o permiten la comisión de ilícitos); y esto, tanto en el sentido de una acción (en tal caso la «acción» del órgano que es imputada al ente) como por una «omisión» (dolosa: la posición de garantía; culposa: la «culpa in vigilando»). Pero también, de manera más acorde con su naturaleza, se podría reprochar al ente colectivo directamente el haber permitido llegar a un «estado» determinado (la «organización defectuosa»). El problema inicial consiste en elaborar una o más disposiciones que determinen, en la ley penal, dicha responsabilidad colectiva, sin caer en contradicciones sistemáticas y sin dejar vacíos de punibilidad.

- a) Un primer intento consiste en considerar a la empresa como *garante de protección* de determinados bienes jurídicos. Esto ocurriría cuando se tratase de delitos ambientales o de la responsabilidad por el producto. Pero se ha criticado que se vería limitado por la escasa cantidad de situaciones prácticas en las que sería posible afirmar tal posición de garantía del ente colectivo pues ella exigiría un «monopolio» sobre los objetos de protección, algo que solamente podría darse en organismos de la administración pública y, en contados casos, con las empresas en

relación con su propio patrimonio («administración desleal») o su seguridad (delitos laborales)¹⁵².

- b) También es posible aplicar el modelo de la *imputación de responsabilidad propia del ente colectivo* (persona jurídica) a través de los hechos ilícitos cometidos por determinadas personas que actúen por ella; o sea, el ente colectivo será responsable (y se le podría imponer una pena) porque el delito (o contravención) cometido por un individuo (p. ej. un directivo de la empresa) es considerado como hecho punible de aquél. La empresa responderá por no haber controlado, supervisado, de manera suficiente, a sus empleados para evitar las conductas individuales lesivas («culpa in vigilando»), y por lo tanto se le imputa el hecho de constituir una *empresa deficitaria*¹⁵³. Este modelo existe desde hace algún tiempo en el Derecho contravencional alemán que es considerado por la doctrina alemana como equivalente a un Derecho penal amplio (ver en 7.2). A diferencia del modelo de mera «imputación» ya visto arriba, aquí se busca explicar un «hecho propio» del ente colectivo a través de conductas individuales. *Tiedemann* ha interpretado el Derecho contravencional alemán habría previsto (inconscientemente) ya de lege lata una «responsabilidad propia» del ente colectivo en el sentido de este modelo: el art. 30 OWiG (en concordancia con el art. 130 OWiG) presupondría siempre una «culpa organizativa» consistente en una inobservancia de las previsiones necesarias para que, al interior de la empresa, se desarrollen conductas conformes a Derecho (la «culpa previa»); por tanto, los hechos individuales de los representantes o trabajadores solamente constituirían «hechos de contacto» (condición objetiva de punibilidad). También *Bacigalupo Saggese*, a través de un planteamiento normativista radical, recurre a un similar modelo de imputación. En la construcción de su modelo recurre a la teoría civilista de la «representación» para imputar, como «manifestación de la voluntad de la persona jurídica» los hechos de todos aquellos que, según la ley y los estatutos de la empresa estén a cargo de una parte operativa de ella, imputación que se legitimaría, según los casos dados, tanto en la «autonomía de la voluntad» (autoobligación del representado) como también en la disposición de la ley¹⁵⁴.

149 Desde la perspectiva normativista radical también se critica a aquellos modelos de imputación que incluso emplean la terminología sistémica y caen con ello en la contradicción de negar al mismo tiempo la condición de sistema autopoiético de los entes colectivos; ver c. más refs. *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 102, nota al pie 18.

150 Sobre este desarrollo, c. refs. ver *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 192 y s.

151 Cfr. *Heine*, quien advierte también sobre los problemas que plantearían esta «inversión de la carga de la prueba», «Modelos de responsabilidad...», p. 35, 45.

152 Cfr., c. más refs., *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 36 y s.

153 Cfr. *Tiedemann*, remitiéndose a la práctica francesa, portuguesa y estadounidense, «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 244, 244a; refiriéndose a éste también *Sieber*, c. más refs., «Compliance-Programme...», p. 466 y allí nota 60. Al respecto también *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 37 y s.

154 Ver p. 33 y ss.

El caso es que este modelo sigue exigiendo (como el modelo de la imputación de conducta ajena), para admitir una «responsabilidad propia» del ente colectivo, una vinculación de la culpa organizativa con la conducta de determinadas personas individuales (que demuestra su existencia): la comisión de un delito o una contravención que violen deberes propios del ente colectivo o que a través de tales hechos se enriquezca o vaya a enriquecerse. Es decir, las posibilidades de una verdadera imposición de sanciones (contravencionales de lege lata; penales, si el modelo fuera adoptado en la ley penal) al ente colectivo, todavía son limitadas.

Para superar este problema se tiene que hacer el reproche penal (o cuasipenal) directamente al ente colectivo o empresa *por una conducta propia independiente*. Y aquí, a diferencia de la solución de la «posición de garante» vista en a), resulta más realista ver en el ente colectivo solamente un «garante del control» o «garante de la supervisión» para evitar peligros provenientes de él, y hacerle responder por un «defecto», «fallo» o «déficit» de tal control. Aquí existe primero la posibilidad de reprochar el hecho de constituir, por sí mismas, «empresas defectuosas» por promover, al interior de la empresa, una determinada «cultura defectuosa», «cultura criminal», etc. Este reproche tiene un paralelo (y por eso resulta en cierta forma criticable) en el ya superado reproche individual por la «conducción de vida». El modelo australiano, en cuyo art. 12.2 del C. P. de 1995 se sanciona penalmente a la *empresa deficitaria* por la existencia de una defectuosa «cultura empresarial» fomentadora de hechos delictivos o por la inexistencia de una cultura empresarial que los evite pese a haberla podido instaurar¹⁵⁵. Un similar modelo se tiene en los Países Bajos, cuya jurisprudencia suprema ha reconocido una autoría funcional de la empresa, cuando ella tenía el «poder de organización» sobre el comportamiento punible y había «aceptado» cuidarlo¹⁵⁶. El TJCE también ha desarrollado un modelo similar en el ámbito del Derecho de cárteles con su reproche de «culpa organizativa» a las empresas: omisión de medidas previsoras que eran necesarias para garantizar un desarrollo ordenado no delictivo de los negocios, con lo cual no se

necesita determinar quien ha actuado en concreto ni si en esta persona recae un reproche personal de culpabilidad¹⁵⁷.

- c) Otra posibilidad consiste ya no en reprochar a la empresa misma o a una determinada conducta de ella sino a su *organización defectuosa*. El problema está en precisar en qué consiste esta «organización defectuosa»: o bien puede verse como una «responsabilidad por vigilancia» (se debe precisar el objeto de la vigilancia y los fines perseguidos) o una «responsabilidad por no respetar deberes especiales» previstos en la ley. Sobre estas construcciones hay mucha discusión y ya existen propuestas de lege ferenda. La segunda construcción resulta muy limitada; es cierto que existen «deberes empresariales» claros en el campo del Derecho de la libre competencia, la responsabilidad por el producto y el medio ambiente, donde existen deberes específicos que deben ser cumplidos por la empresa misma (tomada en su conjunto), motivo por el cual el cumplimiento y la infracción están desvinculados de los individuos, así como también la imputación penal puede desvincularse de estos¹⁵⁸. La ventaja estaría en que las propias leyes (especiales penales o extrapenales) fijarían de antemano los «límites de la responsabilidad»; pero por otro lado, y esto es decisivo, estos límites resultan muy estrechos (no abarcan nuevos riesgos) aparte de no incentivar a las empresas a activar su autorresponsabilidad¹⁵⁹.

Por eso, la construcción de la *responsabilidad por vigilancia* tienes más posibilidades de imponerse en la práctica¹⁶⁰. El problema está en cómo concebir el «deber de vigilancia». En primer lugar parece poco práctico precisar que se trata de un «deber de dominio sobre personas» pues esto tiende a una excesiva amplitud de la responsabilidad: debido a que cualquier carencia de organización puede llevar a la producción de delitos, el modelo debe ser corregido posteriormente por cláusulas de excepción (razonabilidad) u otros criterios (tamaño de la empresa, situación económica, etc.)¹⁶¹. Lo mejor y más objetivo consiste en exigir un «management de riesgos» adecuados a las situaciones concretas, cuya deficiencia podría derivar, bajo determinados supuestos, la responsabilidad (penal) del ente colectivo¹⁶². Y aquí,

155 Cfr., c. refs. Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 37

156 Cfr. c. refs., Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 38.

157 Cfr. Tiedemann, c. más refs. «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 270, p. 150 y s.; también Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 38.

158 Cfr. Ransiek, «Unternehmensstrafrecht» 1996, p. 339 y ss., 347; ver también resumidamente en Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 39 y s.

159 Cfr. Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 40.

160 Siguen este modelo de responsabilidad autónoma, expresamente, entre otros Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 39 y ss.; Hurtado/Meini, p. 107.

161 Cfr. Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 39.

162 Cfr. Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 39, Cramer/Heine en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y s.

es preferible que sea la propia ley la que establezca los requisitos de esta responsabilidad, así como los ámbitos delictivos en los cuales ella entraría a tallar, antes de que se deje en manos de la jurisprudencia, como en el modelo francés, la construcción dogmática de la responsabilidad empresarial por delitos previstos expresamente en la parte especial¹⁶³.

En adelante el problema se plantea a la hora de concretar más y construir categorías dogmáticas sobre las que se base la imputación (penal).

Así, se pueden crear tipos penales específicos para las «personas jurídicas» bajo la imputación de la llamada «irresponsabilidad organizada» (defecto de organización como responsabilidad originaria) y la comisión de delitos (básicamente económicos) a través de «representantes» faltando al deber de control¹⁶⁴. O también, en el sentido del normativismo radical, buscar construir una «autorresponsabilidad» de las empresas tras reconocer su status de «ciudadano», su calidad de «sistema autopoiético» que se reproduce con base en decisiones y que, bajo «equivalentes funcionales» puede ser hecho «culpable»¹⁶⁵. Además, siguiendo el paralelo con la responsabilidad individual, aunque desde una perspectiva «constructivista» (normativista radical), incluso sería posible reconocer la «inimputabilidad» de determinados entes colectivos (p. ej. las pequeñas

y medianas empresas) y concentrar la persecución penal a aquellas empresas que han desarrollado una «complejidad interna suficiente»¹⁶⁶.

En la doctrina alemana, ha sido *Heine*, quien de manera especialmente precisa y convincente ha tratado de fundamentar la responsabilidad penal de las *empresas*, a partir de la observación de la naturaleza de los entes colectivos y haciendo un paralelo con las categorías penales de la responsabilidad individual («transposición analógico-funcional»)¹⁶⁷. Así la «culpabilidad» no constituiría en un reproche por una determinada decisión, o por un hecho concreto en un momento dado, sino por un «desarrollo empresarial defectuoso» que puede haber llevado muchos años en producirse («culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial»)¹⁶⁸. La acción reprochable consistiría entonces en un «management defectuoso» (la empresa como garante supervisor y poseedor de los conocimientos cualificados ha omitido medidas idóneas) de riesgos provenientes del ente colectivo. La realización concreta de este «peligro empresarial», o sea la perturbación social como producto del management defectuoso del riesgo, o no sería más que una «condición objetiva de punibilidad». Como se ve, de este modo se prescinde por completo de toda vinculación con la culpabilidad y la acción de aquél individuo (miembro o no de la empresa) que hubiera actua-

163 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 45.

164 Así, *Scholz*, p. 439; *Tiedemann*, c. más refs., «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 244a, p. 137. Más refs. y una exposición crítica de esta doctrina todavía dominante y que se basa en un fallo del Tribunal Constitucional Alemán (BverfGE 20, p. 336 y ss. sobre la «culpabilidad» de la persona jurídica), *Cramer/Heine* en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524. En la literatura hispanoamericana, ver, entre otros *Ramón Ribas*, en Quintero/Morales Prats, p. 683 y ss.; últimamente *Zúñiga Rodríguez*, p. 495 y ss.

165 Cfr. *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 96 y s., 117 y ss.

166 Aplicando los conocimientos sociológicos de Teubner, *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 117 y ss.

167 Así procede *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 46 y ss. Su propuesta se centra, sin embargo, en delitos empresariales relacionados con el medio ambiente, la vida y la integridad corporal (responsabilidad por el producto), pero podría afinarse, como él mismo indica, para aplicarse, en general, a «procesos empresariales basados en la tecnología» (p. ej. delitos graves económicos y tributarios); *ibidem*, p. 63. Su propuesta de lege ferenda, consiste en reconocer «responsabilidad penal de la empresa» cuando ella descuidara los «riesgos típicos de la actividad empresarial» infringiendo uno de sus tres deberes empresariales: «deber de asegurar a largo plazo fuentes empresariales de peligro», «deber de mantener el nivel de seguridad» en caso de delegación de competencias empresariales y «Deber de supervisar y controlar riesgos empresariales». Como condición objetiva de punibilidad se concretaría la sanción con una pena a la empresa recién al producirse un «incidente empresarial relevante que consistiría en: muertes o lesiones corporales graves de una parte de la población, peligros para la comunidad (incendios explosiones, considerables daños a las cosas), daños medioambientales graves, es decir aquellos que sólo puedan eliminarse con graves dificultades o luego de un largo período de tiempo. Ver *ibidem*, p. 65. Ver también *Cramer/Heine* en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., p. 524 y s., n. marg. 129; *Gropp*, «Strafrecht AT», p. 114, n. marg. 22b. Siguiendo un método similar de «equivalencias funcionales» de conceptos también *Gómez-Jara*, c. más refs., 123 y ss., «El método constructivista...»; Remitiéndose a este último, *García Caveró*, «Derecho Penal. Parte general», p. 679 y ss.

168 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 47 y ss., 50 y ss, 54 y s.; *Cramer/Heine*, en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y s. Desde la perspectiva funcionalista radical también hay aquí distintas posturas. Así, a diferencia de *Jakobs*, para quien el ente colectivo no puede «ser capaz de desautorizar la norma» y por ende, tampoco puede ser hecho «culpable» en sentido penal (ver arriba en la nota 97) otros como *García Caveró*, obvian este aspecto y se centran más bien en la «defraudación de expectativas normativas» para admitir una «culpabilidad» penal de las personas jurídicas y su status de «ciudadano»; ver «Derecho penal económico. Parte general», p. 652 y s., 679 y ss. También *Bacigalupo Saggese*, quien critica a *Jakobs* el que, pese reconocer tanto a «individuos» como «personas jurídicas» como sujetos del Derecho penal con «capacidad de acción» (personas que comunican), cuando trata la culpabilidad persistiría con la visión individualista; ver p. 25 y s.

do en interés de la empresa¹⁶⁹. En el aspecto subjetivo, se trata (al igual que en los individuos) de «imputar» (al ente colectivo o empresa) el conocimiento (y la voluntad) sobre los riesgos y los desarrollos empresariales defectuosos que tenían sus departamentos competentes, o sea, una imputación del «dolo» o, eventualmente, de «imprudencia»¹⁷⁰. La autoría del ente colectivo (empresa) se construiría sobre la base de un «dominio de la organización» (y no del dominio del hecho), que existiría cuando la empresas hubieran desperdiciado la oportunidad de adoptar medidas oportunas e idóneas, sea a nivel horizontal (organización de la empresa frente a riesgos) o a nivel vertical (delegación o asignación de competencias)¹⁷¹. En contra de lo que se cree, esto no significa exigir demasiado a las empresas, si se toma como parámetro la «costumbre» del medio correspondiente a la empresa, así como sus posibilidades en el caso concreto¹⁷². También se pueden incluir otras limitaciones legales de la responsabilidad empresarial a través del «criterio de la aceptación» (la empresa solía aceptar el riesgo de la realización de un delito) y el de la «evitabilidad» (las medidas organizativas necesarias hubieran podido evitar, con cierta seguridad, la realización del riesgo)¹⁷³.

En suma, aunque todavía se discute sobre modelo concreto, ha quedado claro que una posible *responsabilidad autónoma* (penal) de la persona jurídica y que ella no atendería contra el «ne bis in idem», debido a que se distingue claramente (p. ej. como responsabilidad por conducción defectuosa de la actividad empresarial) de la responsabilidad (penal) de las personas individuales que actúan al interior de su seno¹⁷⁴. Por ello también es posición dominante en este ámbito el que una futura responsabilidad penal del

ente colectivo debe consistir en una *responsabilidad acumulativa*, es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos¹⁷⁵. Esto se deriva de la propia culpabilidad del ente colectivo, distinta de la de los individuos que la componen¹⁷⁶.

En la situación actual, en una tras otra las legislaciones penales van reconociendo la «responsabilidad penal» de los entes colectivos, todo parece indicar que sería sólo cuestión de tiempo para que también ésta sea reconocida en otras legislaciones penales importantes como la alemana, la española o las de Sudamérica. En buena cuenta se manifiesta así la certera observación de *Tiedemann* en el sentido de que «... la introducción de una auténtica punibilidad de la empresa ... sea más bien una cuestión de decisión de valoración política antes que de lógica constructiva»¹⁷⁷. Incluso se admite que podría coexistir con estas dos responsabilidades penales autónomas, la responsabilidad contravencional referido a algunas tareas y deberes de las empresas¹⁷⁸.

Pero no hay que olvidar un asunto de suma importancia, que en mi opinión, constituye de importancia trascendental. Pese a que se suele recomendar la introducción de la «punibilidad de personas jurídicas» dentro del Código Penal¹⁷⁹, muchos de los que están a favor como los que están en contra de la «responsabilidad penal» de lege lata y de lege ferenda, de los entes colectivos dudan de que, por razones prácticas, sea bueno mezclar la responsabilidad colectiva con la responsabilidad individual dentro del Código penal. Tanto por una como por otra razón se propone una solución global *fuera del Derecho penal* (Derecho penal de empresas, Derecho sancionador de empresas, Derecho

169 *Heine* critica por eso la sentencia del Tribunal Constitucional que exige erradamente que la culpabilidad penal de la persona jurídica se construya a través de la culpabilidad de los individuos (BVerfGE, tomo 20, p. 336); «Modelos de responsabilidad...», p. 48 y s.; también *Cramer/Heine*, en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524.

170 Cfr. *Heine*, c. refs. de la doctrina y jurisprudencia alemanas, así como de la jurisprudencia del TJCE, en «Modelos de responsabilidad...», p. 54.

171 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 51 y s. Este «dominio de la organización» constituye también una limitación de la responsabilidad de la empresa; ver *ibidem*, p. 64, refiriéndose al modelo holandés.

172 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 52 y s.

173 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 64.

174 *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...», p. 122 y s., n. marg. 245; *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 54 y s.

175 Cfr. la discusión en *Schünemann*, quien defiende la posición dominante de prever sanciones para ambos; ver en LK StGB, § 14, n. marg. 86, p. 940; igualmente *Dannecker*, «Zur Notwendigkeit...», p. 124; *Tiedemann*, refiriéndose a una «responsabilidad paralela» a la individual, «Nuevas tendencias...», p. 16 y s., 110; *Silva Sánchez*, «La responsabilidad penal...», p. 153 y s.; *Zúñiga Rodríguez*, p. 505 y ss. En el Anteproyecto español del 2008 también se reconoce esta «responsabilidad acumulativa»; ver CGPJ, «Informe...», p. 6.

176 En este sentido, *Hirsch*,...; siguiéndolo, *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1197.

177 *Tiedemann*, «Grunderfordernisse...», p. 17. En el mismo sentido, *Hurtado/Meini*, 104.

178 *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 55.

179 *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht...», p. 136 y s., n. marg. 243 y ss., también en «Nuevas tendencias...», p. 109, proponiendo un cambio de «nombre» de la sanción penal dirigida a las personas jurídicas; *Dannecker*, «Zur Notwendigkeit...», p. 115 y ss.; *Scholz*, p. 439 y s. En este grupo también están los que proponen la subsistencia de la responsabilidad contravencional del § 30 junto con la penal de la persona jurídica (además de la de los que actúan por ella); así *Rogall*, KK OWIG, § 30, n. marg. 255, p. 549. *Eidam* considera posible cualquiera de los dos modelos, «Unternehmen und Strafe», p. 258. En España también parece ser esta la tendencia general, ver, entre otros *Ramón Ribas*, en Quintero/Morales Prats, p. 685 y s.

de intervención, etc.) con carácter «punitivo» sui generis (segunda vía)¹⁸⁰. Se busca así crear un Derecho sancionador hecho a la medida de la naturaleza del ente colectivo evitando desnaturalizar los principios de un Derecho penal creado y desarrollado sobre la base de conceptos propios de las personas individuales. En este nuevo Derecho sancionador de empresas la imputación se podría basar, sin problemas, en una responsabilidad propia debida a un «defecto de organización» y seguir una metodología distinta de la que se emplea cuando se fundamenta la imputación penal de los individuos¹⁸¹.

4. Los «delitos» específicos de los entes colectivos y la «accesoriedad» del acto individual

El «defecto de organización» como criterio imputador de la responsabilidad autónoma parece no decir nada aún del *delito* en concreto, ejecutado por individuos, que daría pie a la punición del ente colectivo. Y es que el «defecto de organización» por sí solo, no parece implicar ningún grave atentado tangible contra bienes jurídicos importantes y, por lo tanto, tener un nivel suficiente de merecimiento de pena. Se presenta aquí una situación similar con la «infracción del deber de cuidado» de los delitos culposos individuales, los cuales, como es sabido, recién tienen trascendencia penal con la producción del resultado lesivo. Es más, ya por razones prácticas, tal situación ni siquiera trascendería más allá de las fronteras del propio ente colectivo.

Luego, tendría que buscarse una vinculación del «defecto de organización» con la realización efectiva de un delito previsto en la parte especial para los individuos; el artículo pertinente de la parte general que contemplare la punibilidad de los entes colectivos, siguiendo un sistema de *numerus clausus* tendría que remitir a los correspondientes tipos legales.

Ante esta situación, se plantean dos posibilidades: o bien se considera una relación específica de delitos, que puede coincidir en mayor o menor medida con los «delitos económicos» (abuso de poder económico, delitos contra el ambiente, delitos laborales, administración desleal, fraudes de todo tipo, etc.), incluyendo también a los de la «criminalidad organizada» (terrorismo, tráfico de dro-

gas, lavado de dinero, trata de blancas, etc.). O también se puede extender la punibilidad, y hacer un reproche por la comisión de un delito cualquiera (p. ej. «homicidio», «lesiones», «injurias», etc.), salvo claro está, aquel delito que, por su naturaleza, solamente pueda ser cometido por individuos. Avalando lo resuelto en algunas legislaciones como la francesa, parte de la doctrina se inclina últimamente por esta posición amplia¹⁸², pero también hay doctrina importante que quiere limitar la «punibilidad» de la empresa a delitos económicos (incluyendo los tributarios) graves¹⁸³. Aquí se observa que en gran medida la decisión sobre esta cuestión se encuentra condicionada por la concepción que se siga sobre el «sujeto» que se quiere someter a punibilidad: quienes solamente quieren referirse a «empresas» suelen limitarse a vincular la punibilidad de estas solamente con delitos económicos y la criminalidad organizada, mientras que los que siguen un criterio más amplio de sujeto activo (personas jurídicas y otras, exceptuando al Estado y a los órganos de la administración pública) tienden a admitir una lista más larga de delitos que rebasan el marco de la criminalidad económica (p. ej. homicidio culposo, estafa, corrupción, etc.).

Ahora bien, yendo un poco más al fondo del asunto en concordancia con la naturaleza del ente colectivo, si se va a tratar de un «delito» del ente colectivo por un *hecho propio*, y si se sigue el paralelo con los delitos individuales, consecuentemente con lo expuesto arriba en 3.3 tendrían que reconocerse, en principio, dos grandes grupos de conductas reprochables: una *conducta culposa* (defecto de organización) y una *conducta dolosa* (política criminal de la empresa)¹⁸⁴. Estas conductas, ya por sí solas, merecen un reproche (penal) y tendrían que merecer una sanción (penal). Pero aquí, desde la perspectiva estrictamente penal, se plantean varios problemas: ¿cómo se establecería el paralelo con la conducta individual punible? ¿cuál es el papel del delito concreto cometido por los individuos? ¿tendría alguna importancia la gravedad o la perseguibilidad del delito individual?

Está claro que estos problemas no serían tales en un *Derecho sancionador* de entes colectivos, pues allí se podrían establecer principios y reglas desligadas en principio del Derecho penal, pero que otorgue garantías constitucio-

180 Ya *Engisch*, en su ponencia en el 40ma. Jornada de Juristas Alemanes de 1953, tras rechazar rotundamente la «responsabilidad penal de las personas jurídicas», concluía abriendo la posibilidad de una ley penal específica: «Pero incluso si se quisiera favorecer la pena al ente colectivo como tal, se tendría que tener en claro que la regulación pertinente solamente podría ser dada a través de una amplia ley penal de los entes colectivos y no mediante pocas disposiciones básicas»; ver 40. DJT, tomo 2, p. E 41. La desvinculación de la ley penal básica hace que el nombre escogido para la sanción («pena», «medida», etc.) pierda relevancia. En la actualidad hay diversas propuestas. Así, *Schünemann* propone p. ej. un «modelo de medidas de seguridad» para las personas jurídicas, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 21, p. 1840, n. marg. 28 y s., p. 1842 y s.; *Jakobs*, insinúa la posibilidad de «sanciones no punibles» para las personas jurídicas, «Strafbarkeit...», p. 573 y ss. P. ej. *Tiedemann*, de manera pragmática, propone introducir una responsabilidad autónoma (y paralela a la individual) de terminología diferente a la penal; ver «Nuevas tendencias...», p. 16 y s. (en IV). Ver también *Heine*, «Kollektive Verantwortlichkeit...», p. 584 y ss.; *Cramer/Heine* en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y s.

181 En este sentido, *Heine*, «Kollektive Verantwortlichkeit...», p. 589 y s.

182 *Hirsch*, p. 619 y s.; *Aboso/Abraides*, p. 190 y s.; *Zúñiga Rodríguez*, p. 485.

183 Así, *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 63; *Bacigalupo Saggese*, p. 13 y s.

184 Cfr. *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1193 y ss.

nales similares a las de éste. Luego, allí podría preverse, por un lado, una responsabilidad propia del ente colectivo, desvinculada de las conductas individuales efectivas, por el mero hecho de presentar un «defecto de organización» (observado p. ej. a través de controles esporádicos). Como un nivel superior de gravedad, podría preverse a continuación una mayor responsabilidad del ente colectivo cuando el «defecto de organización» se hubiera manifestado en un delito concreto, y con mayor razón cuando la «política criminal» se hubiera concretado en delitos. Por otro lado, además de medidas preventivas, también podrían preverse, de manera correspondiente a la gravedad, sanciones que pueden ir desde las más leves a las más graves (ver abajo en 7 sobre las sanciones). P. ej. si una empresa que fabrica productos cuyos residuos son altamente contaminantes tanto para los trabajadores como para la población, en principio ya por el «defecto de organización» que no hubiera previsto cómo proteger a los trabajadores ni cómo eliminar los residuos sin atentar, más allá de los límites legales permitidos, contra el medio ambiente, tendría que existir una respuesta legal (en la ley especial, podría haber una multa sancionadora y, en casos graves y urgentes, una intervención de la empresa o paralización de actividades). Pero si además, este «defecto de organización» hubiera llevado a que trabajadores se hubieran enfermado o que los residuos hubieran contaminado el ambiente, la respuesta debería ser una sanción más grave. Y si, además, todo esto constituía una política empresarial (delito doloso), se debería aplicar la sanción más grave prevista para el ente colectivo: cancelación de licencia, cierre definitivo del establecimiento, cancelación de la personería jurídica. Finalmente, para afirmar la responsabilidad del ente colectivo no habría mayores problemas con la «accesoriedad» en relación con la conducta individual, pues solamente interesaría, en el supuesto más grave, que se hubiera cometido un «hecho punible» (conducta típica y antijurídica) favorecido por el «defecto de organización» o la «política criminal empresarial».

En cambio, en el *Derecho penal* auténtico, que es donde la mayor parte de la doctrina quiere situar la responsabilidad del ente colectivo, se tiene que buscar *paralelos* para construir las conductas dolosas y culposas del ente colectivo. Esto se presenta difícil, pues el «delito culposo» (la organización defectuosa) precisará de un «resultado típico»; en este caso, de la realización efectiva del delito por un individuo. Y la «conducta dolosa» del ente colectivo (política criminal de la empresa), por sí misma, podría justificar, a lo sumo, un delito de «organización criminal» (asociación para delinquir) como reproche a la misma empresa. En cambio, estaría muy lejos de otros delitos no cometidos

aún; en relación con ellos constituiría solamente un «acto preparatorio» de un homicidio, lesiones, contaminación, corrupción, blanqueo de dinero.

Y tampoco hay consenso en cuanto a la *accesoriedad* de la conducta delictiva de los individuos. Por un lado la doctrina se inclina por exigir que la conducta delictiva individual, como punto de conexión para la punibilidad del ente colectivo, debe tratarse de una conducta de los «órganos» o «empleados» del ente colectivo que actuasen representando a éste, o sea que se trate de actos «en interés» (a favor) del ente colectivo¹⁸⁵. Pero no ha quedado claro qué tipo de tipo de «accesoriedad» tendría que exigirse para poder reprochar culpabilidad al ente colectivo: ¿bastaría con que el acto individual constituya un hecho meramente típico, se necesita que además sea antijurídico, o incluso que se trate de una «conducta culpable»?¹⁸⁶. Aquí resultará más garantista, aunque en la práctica menos eficaz, exigir la preexistencia de una culpabilidad individual, pues el término penal «culpabilidad» mismo siempre presupone una vinculación síquica concreta con un hecho¹⁸⁷. En la doctrina se quiere resolver el problema precisando que la conducta individual delictiva concreta solamente sería una «condición objetiva de punibilidad»¹⁸⁸, pero con ello, en realidad se está reconociendo que la «conducta delictiva» del ente colectivo, pese a que puede llegar a ser grave, no tiene la misma naturaleza que la conducta delictiva individual.

La *gravedad del delito concreto* ejecutado por miembros o allegados a los entes colectivos, en cambio, puede ser tomada en cuenta como criterio para la *medición de la pena*. Así, no puede ser valorado, de la misma manera, en relación con una empresa, que ésta, a través de los individuos, desarrolle una «política criminal» (conducta dolosa) destinada a evitar costos adicionales en la investigación, prueba o retirada del mercado etc., de productos nocivos a la salud de los individuos, o aquella política de un Banco que asesore a sus clientes para que estos evadan exitosamente impuestos dentro del país o a paraísos fiscales, o la de una organización destinada a apoyar actividades terroristas. Por otro lado, tiene que merecer una menor sanción (penal) la empresa que, por falta de control interno o por controles internos insuficientes, permita que en su interior algunos de sus miembros se dediquen a las actividades antes mencionadas, pese a que ellas no forman parte de la política de la empresa.

5. El destinatario de la norma

En la doctrina discute si la punibilidad debería extenderse también a *organismos públicos* como las personas

185 Así, entre otros, *Bacigalupo Saggese*, p. 33 y ss.; *Aboso/Abrales*, p. 192. Ésta es también la posición dominante en el Derecho contravencional alemán; ver al respecto más abajo en 10.2.

186 En este último sentido *Hirsch*, p. 621.

187 Cfr. *Hirsch*, p. 621.

188 En el Derecho contravencional alemán se interpreta así también la conducta individual que lleva a responsabilidad de la agrupación según el art. 130 OWiG («condición objetiva de represión»).

jurídicas de Derecho público, los partidos políticos, sindicatos, o incluso el mismo Estado, aparte de otras organizaciones que con encajen en el concepto civil de «persona jurídica». El Código penal francés ha hecho cargo de este problema y, expresamente, (art. 121) ha exceptuado al Estado y a otras organizaciones de importancia pública como los partidos políticos y los sindicatos pero incluido a las personas jurídicas de Derecho público (empresas privadas de servicios públicos). Y también el Anteproyecto español del 2009, que solamente se refiere a «asociaciones, fundaciones y sociedades» en el art. 31 bis, número 5 excluiría al «Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos», mas no a las personas jurídicas de Derecho público, es decir las entidades públicas empresariales¹⁸⁹. Esta línea es seguida por la mayoría de los autores¹⁹⁰ con el argumento de que sería la más razonable, pues en caso contrario se llegaría a un conflicto de división de poderes entre el Poder judicial (encargado de dirigir el proceso) y la administración pública; además para los «organismos públicos» existen otras vías ya previstas en el Derecho disciplinario, administrativo, además de tipos penales dirigidos a funcionarios públicos¹⁹¹.

Un proyecto menos ambicioso consistiría en referir la ley especial solamente a «empresas» (lo cual terminológicamente excluye a la administración pública e incluye a las empresas públicas) y responsabilizarlas por un número reducido de delitos. De manera más concreta aún, la ley podría referirse a «sociedades anónimas» y otras «corporaciones». El argumento a favor de esta limitación estaría en que: estas empresas son las que tienen mayor importancia en la economía moderna, son las más utilizadas en los procesos de concentración empresarial (considerado como un peligroso aumento de poder económico en pocas manos), los hechos que pudieran cometer tendrían mayor dañinidad social, y son las que, en el marco de la globalización, están en condiciones de ejercer presión directa sobre las economías locales¹⁹². Pero también, en nuestros Derechos penales tradicionales este avance moderado ante una escasa experiencia práctica en cuanto a responsabilidad legal de los entes colectivos, parece ser la más adecuada. Esto ha ocurrido por ejemplo en la ley chilena de diciembre de 2009 (ver arriba en 9.2).

El problema, de todos modos, no es tan fácil. Aquí está en juego una decisión de política legal. La mejor solución debería consistir, ciertamente, en crear un Derecho autónomo que regular, ampliamente, la prevención de

graves infracciones o delitos de los entes colectivos, las consecuencias jurídicas de estas infracciones, el procedimiento, etc. Allí puede considerarse también un concepto específico de los destinatarios de las normas (p. ej. «ente colectivo»), concepto que puede incluir tanto a las personas jurídicas como a otras agrupaciones que no tengan tal reconocimiento jurídico, y a las personas jurídicas de Derecho público.

Por ahora, tal vez la solución intermedia sea la más aceptable y menos peligrosa: la ley especial podría referirse a «agrupaciones de personas» (de Derecho privado), aunque no tengan finalidades económicas e incluso no tengan personería jurídica (bastaría la forma real), tal como ocurre actualmente en el Derecho contravencional alemán¹⁹³.

6. La responsabilidad (penal) de la matriz o de transnacionales

En el Derecho contravencional alemán se ha discutido y reconocido la *responsabilidad contravencional de la matriz* por los actos de su filial en la cual hubiera influido. Se considera que ello es posible a través de la aplicación de la cláusula de extensión del destinatario de la norma introducida por la reforma de 2002: el número 5 del párrafo 1 del art. 30 OWiG reconoce como «punto de contacto» para imponer multas a personas jurídicas o agrupaciones de personas a aquellas acciones (constitutivas de delito o contravención y realizadas violando deberes del ente colectivo o para favorecerlo) de cualquier otra persona que respondiere por la dirección de la empresa. Pero es más discutible la responsabilidad contravencional de la matriz tomando como base una falta de la «violación del deber de vigilancia» de su filial, tal como exige el art. 130 OWiG, pues jurídicamente la filial constituye una persona jurídica independiente y, por lo tanto, responsable de sus propios actos. Algunos admiten la posibilidad de aplicar aquí también el art. 130 OWiG (cuidando, eso sí de no violar el principio «ne bis in idem» para no sancionar doblemente a las filiales y a las matrices)¹⁹⁴, pero otros la rechazan tajantemente debido a la «base insegura» que ofrecería esta solución, si bien destacan las posibilidades que ofrecen los art. 30 (responsabilidad de personas jurídicas y agrupaciones por las acciones de representantes subordinados), art. 9 (actuar por otro) y el art. 8 (comisión por omisión) OWiG en estos casos¹⁹⁵.

Y también la jurisprudencia del TJCE considera la *unidad económica* como criterio para imponer sanciones a la

189 Cfr. CGPJ, «Informe...», p. 14 y s.

190 Zúñiga Rodríguez, p. 485 y s.; Bajo Fernández, p. 728; Bacigalupo Saggese, p. 34 y s.

191 Cfr. Hirsch, p. 617; exponiendo el caso de Holanda, Zúñiga Rodríguez, p. 486 y s. Bajo Fernández argumenta, citando jurisprudencia española (STS de 04-03-1985) además, que las personas jurídicas de Derecho público carecen de afán de lucro y, en caso de sanciones contra ellas, se vería afectada la ciudadanía en general, p. 728.

192 Así Baigún, justificando su propuesta, p. 34 y ss.

193 Cfr. Hirsch, p. 617.

194 Cfr. Rogall en KK OWiG, § 30, n. marg. 70a, p. 507; § 130, n. marg. 25 y ss., p. 1681 y s.

195 König, c. más refs., en Göhler, § 130, n. marg. 5a, p. 1243 y s.

empresa matriz por las infracciones (de cárteles) que cometiera la filial, siempre que existiera una vinculación de capitales (de más del 50 %) y se pruebe la influencia de la matriz en la política económica de la filial (instrucciones, identidad del personal directivo, etc.)¹⁹⁶. Para el Derecho penal alemán y el resto del Derecho contravencional alemán, por razones de taxatividad, solamente se debería admitir la «unidad económica» cuando la matriz poseyera en un 100 % a la filial¹⁹⁷. Aparte de esto podrían resultar punibles los directores de la matriz solamente bajo el aspecto de la posición de garante como «gerentes fácticos» de la filial en casos de «administración desleal de consorcios» (art. 266 StGB) o de otros perjuicios contra la filial aplicando el supuesto de «actuación por otro» previsto en el párrafo 3 del art. 14 StGB (también es «representante» en sentido penal aquél cuya legitimidad como tal fuera jurídicamente nula)¹⁹⁸.

En el Derecho penal alemán estricto, que como ya se dijo no reconoce la punibilidad de los entes colectivos, por lo menos existen alusiones al funcionamiento de los «consorcios» y la influencia de las empresas matrices (en este caso, de los directivos de estas) en las empresas filiales. Así, en el marco del reconocimiento de una «autoría mediata a través de aparatos organizados de poder», la reciente jurisprudencia alemana (BGHSt, tomo 49, p. 147 y ss.), además de aplicar de manera polémica la teoría a empresas comerciales, ha tomado en cuenta la estructura de los consorcios para fundamentar la responsabilidad individual de los directivos de la empresa matriz. Y ha considerado posible que el «autor mediato» (un individuo situado en la mayor jerarquía de un consorcio), aprovechándose de la estructura y la forma de funcionamiento de la organización (pese a la separación espacial temporal y jerárquica), hubiera desatado acontecimientos dentro de toda la empresa (el consorcio y la filial) para, conforme con su plan, cometer una «administración desleal» de la filial¹⁹⁹.

De lege ferenda habría que plantearse una regulación adecuada para la responsabilidad de la matriz por «delitos» cometidos por sus filiales. Aquí, si se adoptara una responsabilidad penal por «defecto de la organización» deben preverse también determinados presupuestos penales de responsabilidad. Aunque existieran reglas de respon-

sabilidad civil en el Derecho comercial (como ocurre en el Derecho alemán), estas reglas no pueden bastar para la responsabilidad penal pues tienen una finalidad distinta a la penal y aquí se trata de una «responsabilidad penal originaria»²⁰⁰. Entonces, siguiendo el modelo de responsabilidad penal originaria de los entes colectivos arriba expuesto (ver en 3.3.2 c), debe exigirse para la responsabilidad de la matriz que ésta hubiera tenido suficientes posibilidades de influencia fáctico-económicas: cuando la matriz, aunque empresa jurídica independiente, era la que tenía la posibilidad de introducir remedios organizativos suficientes en la filial²⁰¹. Y aquí la responsabilidad penal puede ser tanto escalonada como compartida en aplicación analógica de las reglas de la «autoría mediata» de los individuos²⁰². Y aquí también deben preverse reglas específicas de «medición de la pena» para la imposición de multas que sean proporcionadas al injusto de cada una de las empresas al mismo tiempo que cumplan finalidades preventivas²⁰³.

El problema de la «responsabilidad penal de la matriz» depende de la punibilidad, en general de los entes colectivos. Pero la situación se convierte más polémica e incluso tiene alcances políticos, cuando se diferencia según los países huéspedes en los cuales actúa el consorcio. En este caso se habla de *empresas transnacionales*, las cuales, especialmente en los países en vías de desarrollo (o, anteriormente, de manera menos eufemística: «subdesarrollados») han sido frecuentemente acusadas de fomentar la corrupción y mantener el subdesarrollo (eliminando industrias locales, creando dependencia, evadiendo impuestos, etc.). La cuestión que se plantea aquí es si, en el caso de las empresas transnacionales tendría que existir alguna regulación penal específica o bastaría con la regulación penal sobre «entes colectivos» en general que ya prevén algunos países o que otros introducirán alguna vez. En los estudios que se han realizado al respecto, se ha llegado a la conclusión de que debido a su tamaño y posibilidades de transferir indiscriminadamente ganancias y pérdidas de una filial a otra, de un país al otro, el problema no radica tanto en la peligrosidad delictiva (en ello no se diferenciarían de las empresas locales), sino en la posibilidad de prueba de los ilícitos que las transnacionales hubieran cometido²⁰⁴. En los países más débiles (frecuentemente los subdesarrolla-

196 Al respecto cfr. *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 241, p.134 y n. marg. 271 y ss., p. 171 y s.

197 El concepto «consorcio» no está regulado legalmente; no se interpreta como «empresa» en el sentido del Derecho de sociedades anónimas, pero debido a que existe un «dominio fáctico» de la matriz sobre la filial y ambos actúan como una sola empresa, la doctrina afirma la posibilidad de que exista un «deber de control» (art. 130 OWiG) de la matriz con la consiguiente responsabilidad contravencional de los directivos de la sociedad matriz y de esta misma. Pero se discute hasta dónde alcanza tal responsabilidad de la matriz; al respecto ver el planteamiento y las refs. en *Rogall*, KK OWiG, § 130, n. marg. 25, p. 1682; exponiendo brevemente el origen del concepto y la jurisprudencia civil y penal al respecto, *Schünemann*, FG-BGH, p. 641 y s., 643 y ss.

198 *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrecht AT», n. marg. 274, p. 152 y s.; *Schünemann*, FG-BGH, p. 643 y s.

199 C. más refs. *Fischer*, n. marg. 7a, p. 236.

200 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad ...», p. 57 y s.

201 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad ...», p. 58.

202 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 58.

203 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad ...», p. 59.

204 Ver la exposición de esto con refs. en *Abanto Vásquez*, «Criminalidad económica y transnacionales», p. 115 y ss.; «Derecho penal económico», p. 163 y ss.

dos económicamente), las transnacionales se aprovechan además de los vacíos legales e insuficiencias institucionales (justicia, policía, etc.).

El vacío legal más evidente y decisivo ha sido la falta de una protección legal de la *libre competencia*, lo cual permitía a las transnacionales obtener posiciones monopólicas u oligopólicas en los países huéspedes y de mantener tal posición a través de abusos de poder económico²⁰⁵. Esta situación ha cambiado en gran medida desde que se han ido introduciendo reglas de protección de la competencia o perfeccionando las existentes a partir de la década de los 90, a la par que las empresas locales han ido ganando mayor competitividad. Sin embargo, tras un impulso inicial se observa en los últimos años un cierto desinterés por una protección efectiva de la competencia; además, en contra de las experiencias europeas y norteamericana, hasta ahora los legisladores de países subdesarrollados no intentan establecer un auténtico «control de fusiones» que limitaría el incremento de poder de empresas nacionales o transnacionales con la consecuente tendencia a la monopolización²⁰⁶. También se ha acusado a las transnacionales, en el marco de la lucha competitiva, de *fomentar la corrupción*, tanto la de funcionarios públicos de los países huéspedes, así como la de empleados de las empresas competidoras. Nuevamente aquí se ha concluido que estas conductas no sería exclusividad de empresas transnacionales; estas se aprovecharían de un ambiente de corrupción ya existente y del cual participarían también empresas locales y empresas nacionales de otros países²⁰⁷. Las soluciones que se han propuesto reclaman tanto un mayor control nacional de la corrupción en general como también un control de los países desarrollados que, directa o indirectamente (p. ej. mediante la posibilidad de la deducción tributaria de sobornos que existía en Alemania hasta hace unos años) contribuían a mantener. En gran medida, se están materializando estas propuestas; así, desde hace algunos años se ha introducido poco a poco en muchos países industrializados el tipo penal de «corrupción privada» (en Alemania, el art. 299 StGB). Y en los países subdesarrollados (ahora, en gran medida, «emergentes» por su rápido avance económico) se han afinado los tipos de «corrupción de funcionarios», tanto mejorando la tipificación (todavía insuficiente) con la introducción del «cohecho internacional» o la «corrupción

privada» como las posibilidades de la persecución penal²⁰⁸. Finalmente, otro campo en el que se ataca de manera especial a las transnacionales es el de la *defraudación tributaria*. Aquí también se manifiesta el «abuso de poder» de las transnacionales que les permite, de distinta forma, ya sea conseguir directamente exoneraciones tributarias a través de los países huéspedes o transferir pérdidas y ganancias de la manera más favorable posible para evitar pagar impuestos o reducir considerablemente la materia imponible²⁰⁹. Esta difícil problemática no tiene una solución meramente penal, pues involucra una serie de medidas extrapenales para controlar la evasión tributaria. En el campo penal, la dificultad mayor se tiene a la hora de determinar la «ley penal en el espacio», pues las reglas penales existentes al respecto han sido construidas pensando en conductas punibles de individuos, y, por lo tanto, toman por referencia el «lugar de comisión del delito» o el «lugar en que surten efectos» estas acciones para reconocer los principios aplicables: de territorialidad, real o de protección de intereses, de personalidad (activa y pasiva), universal. En el caso de los entes colectivos, este planteamiento está destinado al fracaso. Por eso, teniendo en cuenta la peculiaridad de la responsabilidad penal de los entes colectivos, lo que interesa debe ser, independientemente de dónde se hubiere realizado el hecho, de si la empresa procesada en el territorio nacional sería corresponsable en el territorio nacional (dominio de la organización defectuosa)²¹⁰.

Sea que se introduzca o no una responsabilidad penal o contravencional de personas jurídicas se hace, entonces indispensable, la previsión de reglas extrapenales claras sobre las cuales construir una responsabilidad (penal) de la matriz, sea como «autora» (autoría mediata), coautora o partícipe de los hechos delictivos de su filial. Ya ahora, se necesitan reglas procesales que permitan a la administración (en caso de un proceso administrativo-contravencional) o al juez (en caso de un proceso penal) obtener de la matriz las informaciones necesarias y suficientes para responsabilizar por lo menos a las personas individuales que hubieran actuado por la filial o por la matriz; p. ej. aplicar el principio de la «unidad económica» arriba expuesto, considerar como «indicio» la negativa de la matriz a proporcionar las informaciones, etc²¹¹. La propuesta de la «autorregulación» de las propias empresas, de «códigos de

205 Ver con refs. en *Abanto Vásquez*, exponiendo el caso de Latinoamérica, «Criminalidad económica y transnacionales», p. 116 y ss.

206 Este peligro existió desde el inicio de la legislación antimonopólica en Latinoamérica y ha persistido hasta ahora; ver *Abanto Vásquez*, c. más refs. en «Derecho de la libre competencia», p. 182 y ss., esp. 194 y s. 410 y s. En la actualidad la situación no ha cambiado mucho, pese a haber cambiado las leyes; en lo referente a la protección de la libre competencia (y el control del poder económico) la tendencia se orienta en la despenalización de los ilícitos; al respecto ver, c. más refs. *Abanto Vásquez*, «Delitos contra el mercado...» (todavía no publicado) en el punto 5.

207 Ver, c. refs. en *Abanto Vásquez*, «Criminalidad económica y transnacionales», p. 120 y s.

208 Una evaluación al respecto de la legislación penal peruana que contiene algunos avances pero también mantiene defectos, puede verse en *Abanto Vásquez*, «Vacíos ...» p. 131 y ss.

209 Ampliamente al respecto *Tiedemann*, «Empresas multinacionales...», p. 253 y ss.

210 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 62 y s.

211 Cfr. c. más refs. *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico», p. 169; «Criminalidad económica y transnacionales», p. 123.

buena conducta» como la visión de un control mundial de ellas, resulta hasta ahora poco realista²¹².

7. Sanciones y procedimiento

En la doctrina se ha reconocido hace ya algún tiempo la necesidad de establecer un *catálogo de sanciones* específicas para los entes colectivos (empresas) que, al igual que para los individuos, puede ser muy amplio y contener penas similares (multas, penas limitativas de la libertad, etc.)²¹³.

Entre los que defienden la responsabilidad penal de los entes colectivos, se ha partido también de un paralelo con las penas individuales. Ya *Engisch* reconocía la posibilidad de «rendimiento de pena» de los entes colectivos bajo ciertos límites y recurría a este paralelo: la disolución de la agrupación (equivalente a la pena de muerte de la agrupación como tal), la suspensión por un tiempo (similar a la privación de libertad al paralizar la libertad de acción de la agrupación), la expulsión espacial, el secuestro de patrimonio, la pena de multa, el recorte de privilegios, el retiro de concesiones, la incautación, la inutilización, la destrucción de objetos, el sometimiento de la agrupación a control policial, y la afección del honor a través de la publicación del fallo²¹⁴.

Muchas de estas propuestas han sido recogidas en los distintos modelos legislativos existentes. P. ej. en el sistema de las «consecuencias accesorias» o en el Derecho contravenacional, donde aparte de las ya clásicas multas²¹⁵ y las prohibiciones de contratar (o de participar en licitaciones), también se encuentran «penas» como la disolución de la empresa, el cierre temporal de la empresa o multa, publicidad de la sentencia, etc. Más novedosa es la «curatela de la

empresa»²¹⁶, o sea la orden judicial de administración forzosa temporal de la empresa, cuya ventaja, en relación con otras sanciones, consiste en que evita perjudicar a terceros inocentes (accionistas, acreedores, etc.). El Anteproyecto español de 2008 contiene no solamente la «intervención de la empresa» (art. 33, número 7) sino también la «publicidad de la sentencia» (art. 288), como penas específicas para las personas jurídicas. Respecto a la primera sanción penal, se ha observado que parecería ser más conveniente no considerarla como pena sino como «medida de seguridad» dentro de un sistema específico de medidas de seguridad para personas jurídicas²¹⁷.

La pena de «multa» ha sido siempre considerada como la más idónea para hacer frente a la criminalidad económica en general y a la de las empresas en especial²¹⁸. Sin embargo, también han habido críticas pues se ha destacado que, el costo de la multa podría ser amortizada fácilmente por el ente colectivo y ser considerada como un «costo de producción» más que afectaría sobre todo a accionistas, trabajadores y, en última instancia, tal costo se trasladaría al consumidor²¹⁹. La multa solamente sería eficaz en aquellas empresas en las que el propietario ejerza una influencia efectiva en la organización (pequeñas y medianas empresas, sociedades personalistas, sociedades anónimas con un accionista que tenga un porcentaje significativo de las acciones)²²⁰. También se propone la «curatela» o «administración forzosa» del ente colectivo que no perjudicaría ni a los accionistas ni a los trabajadores²²¹, así como la «pérdida» o «decomiso de beneficios o ganancias»²²². En cambio, no todos están de acuerdo con incluir como pena la «publicidad de la sentencia»²²³ si bien en la doctrina moderna, pese a constatar un «efecto infamante» en esta medida, debido a su gran efecto preventivo observado so-

212 Ver con refs. *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico», p. 167 y ss.

213 Cfr. entre otros, *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 55; *Tiedemann*, «Wirtschaftsstrafrech AT», p. 138, 155 y ss.; *Dannecker*, c. más refs., «Zur Notwendigkeit...», p. 124 y ss., y en *Wabnitz/Janovsky*, n. marg. 124, p. 63; *Achenbach*, en *Anchenbach/Ransiek*, p. 4. n. marg. 7 y s.; *Hirsch*, p. 622; *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico. Consideraciones», p. 206 y ss. Sobre las sanciones contravenacionales para empresas, que pueden ser tomadas por modelo para las sanciones penales correspondientes, cfr. también por todos, *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», p. 235 y ss.

214 Cfr. *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 13. Sin embargo, finalmente este autor concluía que estas no serían justas como «penas» pues contradirían el concepto de «pena» según la ya cimentada tradición en el círculo cultural germano; ver *ibidem*, p. E 21 y ss., E 41. También *Hartung* recomendaba una serie de «medidas de seguridad» (o de aseguramiento) que iban de las más leves (aparte de las propuestas por *Engisch*: obligación de informar, controles frecuente por personal administrativo, obligación de separar a órganos y personal infractor) a la más grave (ultima ratio) de la «disolución»; ver *ibidem*, p. E 51 y ss.

215 Incluso en un sistema no penal, que basara la imposición de «medidas accesorias» sobre la base de la «peligrosidad objetiva» del ente colectivo, es legítimable la imposición de una «multa», siempre que exista una proporción entre la medida y la finalidad buscada: la multa debe tener en cuenta el «significado económico» del monto impuesto para la persona jurídica; cfr. *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 372.

216 C. más refs. ver *Schünemann*, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 29, p. 1843; *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 55.

217 Cfr. CGPJ, «Informe...», p. 16 y s., 25 y s.

218 Ver las refs. en *Engisch*, 40. DJT, tomo 2, p. E 13 y s.

219 Cfr. *Bajo Fernández*, p. 728.

220 *Bajo Fernández*, p. 728.

221 Recomendada por *Bajo Fernández*, p. 728.

222 *Bajo Fernández*, p. 728.

223 Expresamente en contra, *Hartung*, 40. DJT, tomo 2, p. E 53.

bre todo en el Derecho contravencional, se recomienda su aplicación para los casos «graves», incluso antes de que la sentencia tenga efectos de cosa juzgada, siempre y cuando solamente se mencionen a las empresas y no a los individuos involucrados²²⁴.

Aquí se suele enfatizar también en la necesidad de introducir, adicionalmente a las sanciones, *medidas preventivas de control* o mejorarse las ya existentes para evitar las futuras infracciones²²⁵. P. ej., en graves riesgos sociales procedentes de la producción, puede disponerse la limitación de la producción como último recurso²²⁶. En caso de responsabilidad de la matriz existe aquí el problema práctico importante de que, en muchos casos, la filial que hubiera actuado cometiendo el delito, hubiera recibido de la matriz solamente un capital reducido. En tal caso, resultaría desproporcionado imponer a ésta una multa elevada, pero tampoco puede imputarse por ello, sin más, una responsabilidad penal (y una multa) a la matriz. En tal caso, deben presentarse los demás requisitos de responsabilidad penal de la matriz para que ésta, por sí sola o conjuntamente con la filial, sufra una pena de multa²²⁷.

Una modificación de la parte general, en el sentido de la admisión de la punibilidad de los entes colectivos, tiene que encontrar correspondencia también en el *proceso penal*. No debería haber problemas para hacer las modificaciones pertinentes en la ley procesal (o la introducción de disposiciones específicas dentro de una ley especial), no habría problemas para incluir como sujeto procesal a la persona jurídica²²⁸. En el Derecho alemán, por ejemplo, aunque no exista proceso penal para las personas jurídicas, aunque sí un «procedimiento contravencional». Y también en el Ordenamiento Procesal penal alemán (StPO) se ha previsto una regla específica para las «personas jurídicas» cuando, en el procedimiento judicial, se viera contra ellas un proceso contravencional (ver más abajo): el art. 444 StPO («Procedimiento para la fijación de multas contravencionales contra personas jurídicas y agrupaciones de personas»). Durante el proceso se han previsto también «medidas cautelares». En el proceso penal existe el «de-

comiso especial» aplicable también a las «personas jurídicas» en su calidad de representadas por la persona natural que hubiere cometido el delito (art.75, concordado con los arts. 74 y ss. StGB)²²⁹. Lo mismo existe en el proceso contravencional (ver abajo en 4.3.1). Ambas medidas son consideradas incluso por algunos autores como auténticas «sanciones penales» o «cuasipenales» contra personas jurídicas²³⁰.

Aquí también debe ubicarse la problemática referida a las maniobras de evasión de responsabilidad típicas de la naturaleza de una «persona jurídica»: su *transformación o desaparición* durante el proceso o después de la imposición de la sanción (penal, contravencional o cuasipenal). En la doctrina y la jurisprudencia del Derecho de contravenciones se discute sobre las consecuencias que tendría la «transformación de la empresa» durante un proceso en curso o, después, al tratar de ejecutarse una sanción ya impuesta. En el Derecho contravencional alemán se han discutido estos problemas. La doctrina concuerda en que tal transformación sólo tendría efectos excluyentes en la aplicación del art. 30 OWiG si se pudiese afirmar que ha habido un «cambio de identidad» de la empresa (mediante una interpretación económico-fáctica). Ello no ocurriría con el mero cambio de socios o al producirse ni tampoco con el cambio del nombre; pero sí podría ocurrir con el cambio de forma jurídica o en caso de una fusión o adquisición de empresas, dependiendo de si sigue habiendo identidad de empresas o, en el último caso, el patrimonio de la empresa anterior cumpliera similares funciones en la nueva o ha pasado a formar gran parte del nuevo capital²³¹. Y para la validez de multas contravencionales a la anterior empresa, debe verificarse si el hecho evaluado para la multa a la primera empresa sigue teniendo vinculación con la nueva²³². Algo similar ocurre en el Derecho comunitario, donde el tema de la «sucesión empresarial» ha ocupado a la jurisprudencia del TJCE, el cual impone la multa a aquella empresa sucesora que tuviere una «continuidad funcional y económica» con la empresa disuelta infractora²³³.

224 Cfr. *Tiedemann*, c. más refs. y jurisprud., «Derecho penal económico. Introducción y parte general», p. 269 y ss. n. marg. 290 y ss., esp. n. marg. 291.

225 Ampliamente, *Dannecker*, «Zur Notwendigkeit...», p. 127 y ss.

226 Cfr. *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 55.

227 Cfr. *Heine*, sugiriendo la posibilidad de introducir además «directrices» más precisas similares a las «Sentencing Guidelines» norteamericanas, «Modelos de responsabilidad ...», p. 59.

228 Entre otros, cfr. *Pieth*, basándose en la experiencia suiza, p. 602 y ss.; *Dannecker*, «Zur Notwendigkeit...», p. 129 y ss.; *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 56.

229 Cfr. *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 886, p. 256.

230 Cfr. *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 842, p. 243, n. marg. 904, p. 263.

231 *König* en *Göhler*, § 30, n. marg. 38, p. 264 y ss.; *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 780 y s., p. 224 y s.

232 *König* en *Göhler*, n. marg. 38b, p. 265..

233 Ver c. más refs. *Heine*, quien críticamente considera que, además de la continuidad funcional y económica, debería exigirse la «necesidad preventiva» (gravedad de la culpabilidad empresarial y evitabilidad futura de desarrollos organizativos defectuosos), «Modelos de responsabilidad ...», p. 60.

8. Ubicación de la responsabilidad «penal» dentro del C. P.

Sea que se opte por una auténtica punibilidad o un refuerzo de medidas administrativo-contravencionales existentes, y mientras dure la discusión, es imaginable también una solución intermedia, que hasta alcanzo a ver no ha sido evaluada aún por otros autores: la ubicación de la responsabilidad colectiva dentro del sistema de «faltas» (que aunque en algunos países se llaman «contravenciones»²³⁴ no deben ser confundidas con las «contravenciones alemanas») acompañada, por supuesto, de las modificaciones pertinentes en el Código penal (p. ej. en lo referente a la prescripción de la falta, el catálogo de sanciones, etc.)²³⁵. Y es que, a diferencia del Derecho alemán (que eliminó las faltas hace varias décadas y las refundió en su Ley Contravencional), las «faltas» existentes en España y muchos países latinoamericanos, están ubicadas dentro del Código penal, también son pasibles de «penas» y, por lo tanto, de un «reproche ético-social», y su procesamiento está en manos de la justicia penal ordinaria. Aunque suelen ser consideradas como infracciones cuantitativamente «menores» que los auténticos delitos, y por ello tienen regulaciones especiales de parte general (prescriben rápido, no incluyen la tentativa, etc.), por lo menos pueden ser vistas como «cualitativamente» más graves que las meras infracciones administrativas. Esta propuesta, de todos modos, solamente puede ser entendida como una solución urgente y transitoria de camino hacia una responsabilidad autónoma en un Derecho específico dedicado a los entes colectivos.

Considero que, por sus resultados, es similar la propuesta que hace *Adán Nieto Martín*, en cuanto a abrir una «tercera vía» dentro del Código penal (al lado de las penas y medidas de seguridad para los individuos)²³⁶. Esta opción, sin embargo, dejaría sin explicar, sistemáticamente, la existencia de las «faltas» dentro del Código penal. Por otro

lado, si se incluyeran también «faltas» de las personas jurídicas (lo cual me parece incluso más consecuente), tendría el problema ya explicado y acertadamente resaltado por los normativistas radicales, de las incongruencias en cuanto a la distinta naturaleza del «sujeto del Derecho penal»: ¿por qué tendrían que estar dentro del Código Penal dos regulaciones para dos «sujetos» distintos, para los cuales se prevén «sanciones» distintas? Más consecuente sería separar ambas regulaciones y hacer que cada una de ellas se guíe por sus propios principios y criterios de imputación.

Por lo demás, una regulación autónoma del ilícito grave de los entes colectivos en una ley especial (sancionadora o penal) amplía puede coexistir perfectamente con las leyes administrativas y contravencionales. Que ello es así, lo prueba la coexistencia de tales normas con las normas penales previstas para los individuos.

9. Derecho comparado

Aquí solamente se expondrán algunas de las soluciones legales ya vigentes, así como los proyectos en legislaciones más allegadas a las nuestras. Para una exposición más amplia se debe remitir a otro lugar²³⁷.

9.1. Experiencias vigentes

En el **Derecho anglosajón** la responsabilidad penal de «empresas económicas» constituye algo prácticamente «normal» debido a su vigencia desde principios del siglo XX, además de no presentar tampoco problemas dogmáticos: de manera pragmática, la jurisprudencia penal se basa allá básicamente en la doctrina (civil) de la responsabilidad de la empresa por los actos que sus empleados han ejecutado en el marco de sus actividades laborales, o que estos empleados hubieran ejecutado de manera general (en algunos estados solamente se puede tratar de altos empleados) y en la finalidad de «intimidar» a la empresa para que se

234 En Colombia, el C. P. del 2000 utiliza el término «contravenciones» a cambio de las «faltas» en el art. 19 sin que por ello haya adoptado el modelo alemán. Lo mismo ocurre en los arts. 2 y 15 del proyecto de la parte general del nuevo C. P. boliviano de 2009 (publicado en julio de 2009 en www.cienciaspenales.net).

235 Sugerí la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas (basada en la «organización defectuosa») ya antes de la vigencia de la moderna ley peruana de procedimientos administrativos (la Ley 27444) en abril de 2001; ver en «Derecho penal económico. Consideraciones...», p. 163; «Diez años...», p. 30 y allí también nota 22. Con la nueva ley administrativa se ha instaurado un auténtico «Derecho administrativo sancionador» similar al Derecho contravencional alemán que reconoce implícitamente la responsabilidad de las personas jurídicas a quienes considera «administrados» al igual que a las personas naturales (art. 50 Ley 27444) contra los cuales es posible seguir un procedimiento administrativo sancionador (art. 239, 234 y ss. Ley 27444).

236 En «La responsabilidad penal...», p. 322 y ss.

237 Ver la exposición de otras legislaciones penales en *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», p. 268 y ss.; *Tiedemann*, «Derecho penal económico. Parte general», p. 232 y s., n. marg. 242, con múltiples refs. en la nota 313; ídem, «Nuevas tendencias...», p. 10 y ss. (en III); *Silva Sánchez*, «La responsabilidad penal...», p. 146 y s. Ver también recientemente, desde un estudio de Derecho comparado entre las legislaciones penales alemana y francesa, *Hartan*, p. 114 y s., 251 y ss.; exponiendo los recientes desarrollos legislativos en Europa en el sentido de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Gómez-Jara*, «Grundlagen...», p. 291 y s. Hago una exposición más desarrollada del Derecho Comunitario, del Derecho contravencional alemán y del Derecho administrativo sancionador en las obras señaladas en la nota inicial.

abstenga de hechos futuros similares, mas no en la necesidad de un «reproche ético-social»²³⁸.

Muchas reformas penales europeas y proyectos actuales se han inspirado en las ya famosas «Sentencing Guidelines for Organizational Offenders» de 1991 de los EE.UU. Aunque ellas solamente constituyan pautas para los jueces (debido a la disparidad de criterios existentes anteriormente en el sistema de organización federal norteamericano), se han basado en una serie de estudios y experiencias previas sobre la naturaleza de las empresas. La ley parte de la idea de reforzar la autorregulación a través de la coacción de la ley (premios y castigos). Las empresas deben prever programas de «compliance» (cumplimiento) para impedir la comisión de infracciones en la empresa. Si no lo hicieren o esto fuera insuficiente y se produjere un delito, se le impondrá una pena por el simple hecho de ser «respondeat superior» (superior jerárquico) sin fundamentar dogmáticamente la culpabilidad. Recién para la fijación de la pena interesa la «culpabilidad». Para ello las «Guidelines» tienen una serie de disposiciones que con criterios preventivos (intimidación) basados en el tipo de empresa, su solvencia, etc., buscan fijar la «multa base», para luego establecer agravantes y atenuantes a esta «multa base» en función de la culpabilidad (culpability score). Resumidamente, se tienen como «agravantes» a la implicación en el delito o la tolerancia que hubiere manifestado el superior jerárquico, el historial criminal (reincidencia) de la empresa, la obstrucción a la administración de justicia en la investigación, el proceso y la ejecución; y como «atenuantes», el contar con programas éticos y de cumplimiento efectivo (compliance), la autodenuncia, la cooperación y la aceptación de responsabilidades²³⁹.

En **Europa** el avance de la responsabilidad contravenacional o administrativa de las personas jurídicas no se ha detenido. En muchos países de la Unión Europea (Francia, Suiza, Austria, Suecia, Holanda, etc.) se ha ido adoptando paulatinamente y de diversas formas una responsabilidad penal (amplia o estricta, directa o subsidiaria) de los entes colectivos. Aquí no se pueden revisar todos los avances²⁴⁰, pero se puede exponer por lo menos las soluciones legis-

lativas de los países más conocido y que pueden influir en las legislaciones hispanoparlantes.

En **Francia** existe en el C. P. de 1994 un modelo de responsabilidad penal del personal supervisor de la empresa conocida como «responsabilité du fait d'autrui». En el art. 121 se prevé, de manera general, dicha responsabilidad, aunque se excluyen de ella al Estado y a las corporaciones regionales. Tal responsabilidad «penal» del ente colectivo está vinculada con una acción de sus órganos y representantes (incluyendo los excesos) cometidos «por cuenta» de aquella, para lo cual no tiene que probarse una causalidad entre la violación del deber de control y el acto infractor²⁴¹. En estos casos, según el art. 121-2, los individuos también son punibles en calidad de «coautores». La pena prevista para el ente colectivo es la «multa» (art. 131) y para fijarla se toma como referencia la multa que correspondería a una persona natural por un delito correspondiente; luego para el ente colectivo la multa, en el caso normal, podrá llegar a un monto de hasta el quíntuplo de aquel que correspondería a una persona natural (art. 131-39); en caso de reincidencia, hasta el décuplo de tal cantidad (art. 131-12). Junto a la multa se pueden imponer algunas medidas como la publicación de la condena, el cierre de establecimientos, la prohibición de determinadas actividades, e incluso la liquidación de la empresa. Los delitos concretos por los cuales puede ser hecho responsable están previstos expresamente en la misma ley y van desde el homicidio culposo (art. 221-6) y las lesiones corporales culposas (art. 222-19, 222-20), la estafa y otros fraudes (art. 313-1 a 313-4), etc. hasta otros delitos económicos previstos fuera del Código penal (delitos ambientales, contra los trabajadores, delitos sociales, etc.). Debido a su evidente carácter de «responsabilidad objetiva» (tiende a la afirmación automática de la punibilidad), la doctrina alemana recomienda atenuarla («domesticarla») a través de una responsabilidad empresarial²⁴².

En **Suiza** con la reforma de octubre de 2003, y en el marco de la lucha contra el terrorismo, se introdujeron en el Código penal los artículos 100quater y 100quinquies²⁴³. En el art. 100quater se introdujeron dos modalidades de

238 Sobre el sistema anglosajón consultar, entre otros, *Eidam*, n. marg. 997 y ss., p. 290 y s. (Reino Unido), n. marg. 1015 y ss., p. 295 y ss. (EE.UU.), p. 295 y ss.; *Rogall* KK OWiG, § 30, n. marg. 246, p. 545 y s.; *Nieto Martín*, «La responsabilidad penal...», p. 178 y ss. En general sobre el Derecho anglosajón, *Aboso/Abrales*, p. 179 y ss.

239 Cfr. y con más detalles y referencias bibliográficas, *Nieto Martín*, «La responsabilidad penal ... Un modelo legislativo», p. 180 y ss.

240 Ver los análisis de Derecho comparado en *Schünemann*, LK StGB, § 14, n. marg. 82 y ss., p. 936 y ss.; *Rogall*, KK OWiG, § 30, n. marg. 233 y ss., p. 541 y ss.; *Tiedemann*, «Responsabilidad penal...», p. 25 y ss., y en «Nuevas tendencias...», en «Derecho penal y nuevas formas de criminalidad», p. 89 y ss.; *Heine*, «Kollektive Verantwortlichkeit...», p. 579 y ss. Un amplio panorama internacional al respecto ofrece *Eidam*, ver n. marg. 903 y ss., p. 263 y ss. También *Scholz* menciona ejemplos de legislaciones penales extranjeras para avalar la reforma que en el 2000 debía introducir (pero no lo hizo) la responsabilidad penal de personas jurídicas, ver p. 435 y s. Incluyendo, además, convenios e iniciativas internacionales, *Cramer/Heine* en *Schönke/Schröder*, vor §§ 25 ff., n. marg. 122 y s., p. 523.

241 Cfr. *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 969 y s., p. 284 y s.

242 Ver c. más refs., *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 54 y s.; *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 967 y ss., p. 284 y ss.; *Aboso/Abrales*, p. 123 y ss.

243 Al respecto, ampliamente, *Eidam*, «Unternehmen und Strafe», n. marg. 944 y ss., p. 278 y ss.; *Nieto Martín*, «La responsabilidad penal...», p. 266 y s.

responsabilidad de la «empresa»: una «responsabilidad subsidiaria» de la empresa cuando no pudiere imputarse a ningún individuo la comisión de un delito realizado en el marco de la actividad comercial de la empresa debido a una falta de organización interna (párrafo 1), y la «responsabilidad directa» de la empresa cuando se hubieren cometido determinados delitos (organización criminal, financiamiento del terrorismo, lavado de dinero, corrupción de funcionarios públicos suizos, cohecho activo propio, corrupción de funcionarios públicos extranjeros) y la empresa no hubiera adoptado las medidas organizativas necesarias y posibles para impedirlos (párrafo 2). En el primer caso se trata de una culpabilidad por defecto de organización que lleva a la *no-identificación* del individuo culpable, mientras que en la segunda modalidad se refiere a una culpabilidad por defecto de organización que *permite la comisión de delitos* de corrupción, terrorismo y blanqueo de capitales; aquí la responsabilidad colectiva es directa y cumulativa (o sea que también hay responsabilidad individual) y no importa que ella haya sido dolosa o imprudente. En el texto reordenado del C. P. suizo ahora este artículo 100quarter ha pasado a ser el art. 102 dentro del título específico denominado «responsabilidad de la empresa» y el supuesto segundo de la responsabilidad autónoma se refiere también a los delitos de «competencia desleal» previstos en una ley especial de 1986.

En **Italia** hace pocos años se ha reconocido la responsabilidad e los entes colectivos de manera similar al sistema anglosajón y alemán. A partir de 1990 se había adoptado una solución cuasi-penal en el ámbito del Derecho de la libre competencia, del mercado de título-valores y de audiovisuales. No se había adoptado una responsabilidad penal plena debido a la vigencia del principio constitucional, que se remonta a la Revolución francesa, de la «responsabilidad criminal personal» (art. 27°, 1 de la Constitución italiana)²⁴⁴. Ahora, bajo la vigencia de una compleja y detallada ley 231 de 08 de junio de 2001, es posible la responsabilidad (administrativa) de la empresa («ente») por delitos cometidos por empleados u órganos de ella que, «en interés y ventaja» de aquella hubieran cometido determinados delitos: básicamente se trata de delitos cometidos en perjuicio del Estado y la administración pública (apro-

piación indebida, estafa, delito informático, extorsión bajo abuso del poder público, cohecho propio, inducción a la corrupción, etc.) y delitos ambientales²⁴⁵.

A diferencia de su fuente inspiradora, las Sentencing Guidelines norteamericanas de 1991, la ley italiana sí precisa de la «culpabilidad» ya en la determinación de la responsabilidad penal (y no solamente en la fijación de la pena). Luego, aunque se reconoce la «responsabilidad cumulativa», puede haber casos en los cuales el ente colectivo o el individuo puedan quedar libres de pena por ausencia de culpabilidad: el primero cuando pueda probar (inversión de la carga de la prueba) que pese a contar con un efectivo programa de compliance, un subordinado defraudó estos programas para cometer el delito (art. 6); el segundo, cuando no se pudiere probar al subordinado la culpabilidad en el sentido tradicional, para lo cual no importa la existencia o no de programas de compliance. En el fondo, aunque se trate aún de una responsabilidad administrativa de la empresa por delitos cometidos por individuos, el hecho de que se la vincule con el Derecho penal de distintos modos hacen pensar en una «forma oculta de responsabilidad penal»²⁴⁶. Además, el D. Leg. 231 constituye la base para ir ampliando poco a poco la responsabilidad de la empresa. A partir del 2001, impulsado por normas internacionales, el legislador ha extendido una y otra vez el delito individual vinculante para la responsabilidad administrativa de la empresa: en el 2001, los delitos de falsedad de monedas y otros valores (art. 25 bis); el 2003, los delitos de terrorismo o subversión del orden democrático (art. 25 quarter); el 2005, los delitos de «abuso de mercado» (art. 25 sexies); el 2006, el uso de la empresa en el marco de la práctica de mutilaciones de los órganos genitales femeninos (art. 25 quarter, 1); el 2006, el empleo del ente para cometer delitos de esclavitud y prostitución (art. 25 quinquies), etc.²⁴⁷

En Latinoamérica destaca sobre todo en **Chile** la reciente ley 20393 sobre «Responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho» de 02 de diciembre de 2009²⁴⁸. Aquí, siguiendo en especial el modelo italiano del Decreto Legislativo 231²⁴⁹, se trata de obligar a las personas jurídicas de Derecho privado y a las empresas públicas

244 Cfr. *Tiedemann*, «Nuevas tendencias...», p. 91.

245 Al respecto ver *Castaldo*, p. 361 y ss.; también ampliamente *Eidam*, «Unternehmen und Strafrecht», n. marg. 1003 y ss., p. 292 y s.; *Nieto Martín*, «La responsabilidad penal ... Un modelo legislativo», p. 194 y ss., *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1188 y s.

246 *Castaldo*, p. 363, col. izq.; de manera similar, *Eidam* habla de una «ley cuasipenal», n. marg. 1003, p. 292.

247 Ver las refs. y más ejemplos en *Marinucci*, «La responsabilidad...», p. 1188 y s.

248 Ver el texto oficial en: www.leychile.cl/Navegar?id?Norma=1008668&idVersion=2009-12-02&idParte

Anteriormente existía otro Proyecto referido a la responsabilidad penal de personas jurídicas: el «Proyecto de Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de daños medio ambientales», proyecto número 6204-07 que ingresó a la Cámara de Diputados el 14 de diciembre de 2008, pero, según la información oficial, seguiría en tramitación (a enero de 2010, ver la página [www](http://www.leychile.cl))

249 Sobre los antecedentes, discusiones y recomendaciones del anteproyecto consultar, sobre todo, el «Informe de la comisión de constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica» (<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmid=12504&prmtipo=informepley> boletín n° 6423-07), p. 1 y ss. En la discusión (ibídem, p. 33 y ss.) hubo prácticamente pleno consenso en la necesidad de establecer sanciones auténticamente penales para las personas jurídicas y que se trate de una responsabilidad autónoma, aunque alguna discusión en los detalles.

creadas por ley (art. 2) a prevenir la comisión de delitos, en interés o provecho de la persona jurídica, por parte de sus empleados inferiores como superiores que tengan «deberes de dirección y supervisión», a través de la instauración de «modelos de organización, administración y supervisión» para prevenir delitos (art. 3, tercer párrafo). La persona jurídica quedará exenta de pena solamente en caso de contar con estos «modelos de prevención», en la forma prevista en el extenso art. 4 (que diferencia según la complejidad de la persona jurídica, señala los requisitos de estos modelos, entre otros, su «certificación» por empresas de auditoría externa). Pero la ley parece partir de una «responsabilidad subsidiaria» de la persona jurídica. Por un lado, excluye tal responsabilidad penal cuando «las personas naturales ... hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero» (art. 3, último párrafo). Pero, más allá de esta regulación razonable, más adelante se dice que la «responsabilidad autónoma» de la persona jurídica solamente existiría en casos (por lo demás evidentes) de extinción de la responsabilidad penal individual, del sobreseimiento temporal del proceso contra el imputado individual, y cuando pese a la comprobación de la existencia del delito, no se pudiere establecer responsabilidad individual (art. 5). En lo relativo a las penas, la ley establece una regulación muy detallada. Por un lado existen reglas generales (arts. 8 a 13), donde se definen las penas principales (disolución de personería jurídica, prohibición de contratar con el estado, pérdida de beneficios fiscales, multa), penas accesorias (publicación de la sentencia condenatoria, comiso de ganancias y efectos), por otro lado, también se tiene una serie de criterios para la determinación de la pena (arts. 14 y ss.): penas específica según se tratare de «crímenes» o «simples delitos», continuación de la responsabilidad penal en caso de transformación de la persona jurídica procesada o condenada, atenuantes y agravantes, etc. Por último también se prevén disposiciones específicas sobre el procedimiento penal (arts. 20 y ss.).

El Proyecto chileno había sorprendido tanto por su aparición sorpresiva en un medio donde no ha sido anteriormente mayor tema de discusión doctrinaria (a diferencia, por ejemplo de España, Alemania o incluso Argentina y Perú), como también de su supuesta motivación: el deseo del gobierno chileno de querer ingresar como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Esta organización exigiría a sus miembros una «sanción efectiva y disuasoria» a las personas

jurídicas en el marco de la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones internacionales, para lo cual no era por cierto necesario recurrir al Derecho penal²⁵⁰. Además se ha criticado, como argumento técnico, que el Proyecto, que prevé «penas» de «multa» para las personas jurídicas, colisionaría con el Derecho penal chileno vigente, el cual estaría hecho a la medida de la responsabilidad individual y que se caracterizaría por el hecho de que solamente prevé la «privación de la libertad» como pena autónoma; a diferencia del Derecho administrativo chileno, donde la «multa» sí constituye una sanción autónoma, en el Derecho penal chileno la «multa» solamente entra a tallar como «pena accesoria»²⁵¹. También se critica la redacción del articulado referido a las «penas» y a la «escala de penas» del Proyecto debido a su aparente falta de «claridad», tanto porque esto afectaría el principio constitucional de taxatividad (art. 19, número 3 de la Constitución chilena). P. ej. en la «paralización de actividades» y la «prohibición de realizar determinadas actividades» (actualmente, art. 10 del Proyecto) se exige mayor taxatividad porque habría dificultades interpretativas en los casos concretos y también porque se afectaría a terceros²⁵². Pero también se elogia que se haya incluido un «modelo de prevención voluntario», aunque se critica que se vuelva obligatorio a partir de ingresos anuales de 25 mil unidades de fomento, lo cual implicaría un elevado costo para sociedades sin fines de lucro y para las pequeñas y medianas empresas²⁵³. Esta crítica deberá haber perdido fuerza debido a que en la versión final del proyecto, aunque la obligatoriedad continúa, su cumplimiento es mucho más fácil para empresas con ingresos anuales menores de 100 mil unidades de fomento (art. 4, número 1, al final).

9.2. Proyectos de reforma

Es de especial interés para el ámbito hispanoparlante (y en especial para el Perú con su modelo de «consecuencias accesorias» similar al español) la **reforma penal española**. Ya en el 2003 se dio el primer paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos, cuando mediante la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre se introdujo un segundo párrafo al artículo 31 (que regulaba y regula aún el «actuar por otro») para hacer que la «persona jurídica» responda civilmente por el pago de la multa que se hubiera impuesto al autor individual, siempre que éste hubiera actuado «en nombre» o «por cuenta» de aquella²⁵⁴.

250 Observación hecha por el instituto «Libertad y Desarrollo» (LyD) en sus «Comentarios al Proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (Boletín 6.423-07)», p. 1 y s. (www.lyd.cl); ver también el «Informe de la Comisión de Constitución...», en su primera revisión al proyecto tras el mensaje de la presidenta chilena, p. 3 y ss. (antecedentes). Además, debe recordarse que el Código Penal chileno, a diferencia de otros como el peruano, ya ha previsto la sanción penal individual del cohecho activo transnacional (artículos 250 bis A y 250 bis B, introducidos por la Ley 19.829 de 8 de octubre de 2002).

251 Ver «Comentarios al proyecto ...», p. 3.

252 Ver «Comentarios al proyecto ...», p. 4 y s.

253 Ver «Comentarios al proyecto...», p. 6.

254 Al respecto ver ampliamente con múltiples referencias *Gómez-Jara*, «El nuevo artículo 31.2...», p. 239 y ss. Ver arriba en 3.2 sobre las críticas.

En el *Proyecto de 2007* (publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», de 15 de enero de 2007, serie A, número 119-1) había previsto la punibilidad general de las personas jurídicas. Junto con otras modificaciones y adiciones en la parte general y especial del CP de 1995, se había introducido el artículo 31bis que introducía, en lo básico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según un «modelo de imputación», de los delitos cometidos por sus directivos por cuenta o en provecho de ellas (párrafo primero, primera alternativa) y de los delitos cometidos por subordinados de estos directivos cuando estos hubieran violado su deber de control (primer párrafo, segunda alternativa).

El Proyecto del 2007 no fue promulgado debido a la cercanía de las elecciones generales que impidió la revisión y votación del proyecto. Pero el texto fue utilizado como nuevo Anteproyecto de 23 de noviembre (fechado el 14 noviembre) de 2008. El *Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008* no modifica nada sobre la punibilidad de las personas jurídicas (art. 31bis, art. 33, número 7) y ahora ha pasado a ser *Proyecto de 2009* (publicado el 27 de noviembre de 2009 en el BOE serie A, número 52-1).

Estos proyectos y anteproyectos (que están basados todos en la misma idea, salvo por diferencias mínimas) también han merecido fuertes críticas. No solamente, lo han criticado, como era de esperarse, los que están en contra de una responsabilidad penal de personas jurídicas, sino también quienes no se oponen a ella. El problema de la reforma penal está en que se crearía, adicionalmente a la responsabilidad del individuo que «actúa por otro» (art. 31, primer párrafo) y a la posibilidad de la «omisión del empresario» por violar un deber de cuidado proveniente de una posición de garante (art. 11) una responsabilidad adicional²⁵⁵. El Consejo General del Poder Judicial ha publicado a principios del 2009 un análisis del Anteproyecto del 2008. En lo referente al modelo adoptado de «responsabilidad penal de las personas jurídicas» se ha observado y criticado que no se trate de una «responsabilidad propia», sino que esté siempre vinculado a la «persona individual» (aunque no de manera extrema pues solamente exige un hecho punible de ésta)²⁵⁶. Esto tendería a una inconstitucional «responsabilidad objetiva», pues no se ha señalado ningún criterio de responsabilidad para la persona jurídica. Aunque esto pueda ser salvado de al-

guna manera por un esfuerzo interpretativo que incluya una «infracción del deber de control» (previsto en el Anteproyecto solamente en lo referente a los «empleados» y no a los «órganos»), se ha recomendado, siguiendo la doctrina más avanzada, mejorar la redacción para incluir un criterio en el sentido de una «ausencia de los mecanismos de control adecuados» o «defecto de organización»²⁵⁷. Además se aconseja señalar de manera expresa el ámbito en el cual habrían actuado los individuos (en el ejercicio de sus funciones)²⁵⁸, e incluir una cláusula que defina, para los efectos penales, quiénes son en concreto las «personas jurídicas» punibles evitando así problemas interpretativos derivados del distinto empleo normativo de los conceptos «asociaciones, fundaciones y sociedades» mencionados en el número 5 del art. 31 bis²⁵⁹. Por lo demás se trata de un modelo que no excluye la punibilidad de los individuos al interior de la empresa (doble incriminación) y que mantiene, con modificaciones, un sistema de «medidas» de carácter preventivo (art. 129), que reemplaza a las anteriores «consecuencias accesorias», y conlleva el peligro de eludir el respeto a principios penales básicos, aparte de permitir su amplia aplicación a todo tipo de ente colectivo («organizaciones»)²⁶⁰.

10. Resumen y revisión crítica

Solamente se puede superar la visión tradicional del *so-cietas delinquere non potest* si se cambia de perspectiva de una manera decisiva. Si se argumenta de manera tradicional, los argumentos en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden ser, dogmáticamente, desvirtuados. Y ello por una sencilla razón: no solamente la «capacidad de culpabilidad» sino incluso todas las categorías penales han sido construidas por y para la actividad individual. No es raro, entonces que el fenómeno de la «criminalidad» de los entes colectivos no armonice con ellas²⁶¹.

Entonces, se necesita un cambio de perspectiva para tratar aquellas «actividades colectivas (empresariales)» que desembocan en perjuicios para bienes jurídicos necesitados de protección. Por un lado, se ha destacado que los «sujetos» analizados son distintos: «individuos», tradicionalmente presupuestos por el Derecho penal y «entes colectivos» cuyos ilícitos quieren ser ahora incluidos

255 Cfr. c. más refs., refiriéndose al Proyecto de 2007, *Demetrio Crespo*, p. 52 y ss., 58.

256 Ver los comentarios de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial en el «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», de p. 5 y ss.

257 Cfr. CGPJ, «Informe...», p. 9 y s.

258 Cfr. CGPJ, «Informe...», p. 12 y s.

259 Cfr. CGPJ, «Informe...», p. 15.

260 Cfr. las observaciones y críticas del CGPJ, «Informe...», p. 23 y s., 25 y ss.

261 *Heine*, «Modelos de responsabilidad...», p. 32; *Jakobs*, «Punibilidad...», p. 86, 92; *Silva Sánchez*, «La responsabilidad penal...», p. 147 y s., 150; 464; *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p. 363; *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 98; *Abanto Vázquez*, «Derecho penal económico. Consideraciones...», c. más refs. p. 155.

dentro de aquél²⁶². Pero también se debe tener en cuenta, como se ha expuesto más arriba, que las «conductas imputables» mismas de ambos sujetos presentan diferencias sustanciales. Mientras que el Derecho penal tradicionalmente ha sido construido para que conductas individuales, tras un proceso de subsunción, deban encajar en un tipo penal determinado que describa aquella acción u omisión que, dolosa o culposamente, atentare contra determinado bien jurídico representado en un objeto determinado de la acción (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.); en los entes colectivos ya no se trata de una «conducta» determinada, sino de un «desarrollo» que ha llevado a que exista una «organización» de la cual emanan conductas perjudiciales para bienes jurídicos. El reproche de la ley se tendrá que dirigir a tal «organización defectuosa» o «defectuosa administración de riesgos», y el «daño» concreto a los bienes jurídicos tendrá un lugar distinto dentro de la dogmática pertinente de este «Derecho sancionador de empresas»; p. ej. como «condición objetiva de punibilidad».

Ahora bien, para dar una adecuada protección a bienes jurídicos importantes no se tiene por qué violentar las categorías y las leyes penales tradicionales para hacer que éstas armonicen con un fenómeno de naturaleza distinta a las conductas individuales que las inspiraron. Es cierto que en la actualidad, prácticamente ya no hay discusión sobre la necesidad y posibilidad de hacer responder a la persona jurídica por los delitos cometidos a través de ella. En esto se ha producido un cambio sustancial en la discusión doctrinaria, la cual antes, mayoritariamente, negaba todo tipo de responsabilidad de la empresa, dejando que tal responsabilidad solamente se produjera para las personas individuales que actuaran por la empresa²⁶³. El hecho

de querer hacer encajar dentro del Derecho penal la responsabilidad de los entes colectivos tiene que llevar forzosamente a contradicciones metodológicas que no puede salvarse siquiera mediante un paralelo funcional de los conceptos construidos para los individuos²⁶⁴. Si se quiere llevar coherentemente estas ideas al Derecho penal «duro» (el tradicional), se tendría que partir necesariamente de una distinta idea del *sujeto de Derecho penal* para poder colocar en un mismo saco tanto al sujeto individual como también al colectivo. Y esto llevaría a reelaborar todas las categorías dogmáticas desarrolladas hasta ahora partiendo del individuo como sujeto de Derecho penal²⁶⁵. Esto sería posible del lado científico. Propuestas al respecto ya existen sobre todo sobre la base del normativismo radical. Del lado político solamente faltaría la decisión vertida en una correspondiente norma legal que incluyere al ente colectivo expresamente dentro del sistema de imputación penal.

Pero la vía penal no es la única posibilidad ni tampoco, a mi parecer, la más razonable y práctica. A esto se alude (aunque no en los términos que utilizo) en la discusión actual cuando se plantea la *forma cómo* debe darse la responsabilidad de la persona jurídica: ¿dentro del Derecho penal (p. ej. como una «coautoría» tal como ha propuesto *Tiedemann*, como autoría de los superiores jerárquicos mediante «aparatos organizados de poder», como «consecuencias accesorias», etc.), o fuera de él (en el Derecho administrativo, en el civil o en un Derecho sancionador ad-hoc de las personas jurídicas)²⁶⁶. Un importante sector de penalistas sigue avalando la «solución penal»: introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de una reforma penal, sea dentro del Código penal, sea fuera de él pero dentro de una ley penal especial²⁶⁷. Las venta-

262 Esta situación ha llevado a *Bacigalupo Saggese* a afirmar que habría actualmente una «crisis de la filosofía del sujeto individual autoconsciente» en el Derecho penal, lo cual se superaría a través de una «nueva fundamentación de la teoría del Derecho» a través de la «teoría de sistemas»: la sociedad como sistema social compuesto por unidades comunicativas, el Derecho penal como medio para la solución de controversias sociales y el sujeto del Derecho penal que además del individuo incluiría también a los entes colectivos; cfr. p. 30, 32 y s.

263 Entre otros argumentos, se afirmaba que se castigaría con ello a «inocentes» (los accionistas o socios de las empresas) o que habría «doble sanción»; constata este cambio *Silva Sánchez*, c. más refs., «La responsabilidad penal...», p. 148 y s. Pero ahora ha quedado claro que no puede haber una doble sanción pues se trata de personas distintas: la persona jurídica, por un lado, la persona individual por el otro; ver *Tiedemann*, «Derecho penal económico. Parte general», p. 236, n. marg. 245; *Silva Sánchez*, *ibidem*, p. 158 y s.

264 En ese sentido es válida la crítica de *Gómez-Jara* a los que, empleando conceptos de la teoría de sistemas, abogan por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al lado de una responsabilidad individual no basada en esta teoría; cfr. «El modelo constructivista...», p. 101. Pero un nuevo «Derecho sancionador de empresas» podría construirse, sin problemas sobre la base de la «teoría de sistemas» y otros conceptos, para construir su propia dogmática.

265 Como manifiesta *Bacigalupo Saggese*: «... la elaboración de una teoría del sujeto de Derecho penal no es posible a partir de las categorías dogmáticas preelaboradas, sino que es una cuestión *previa* que se debe determinar a partir de conceptos pre-dogmáticos...»

266 Ver un resumen de todas estas tendencias en *Roxin*, «Strafrecht. AT», tomo 1, p. 264, n. marg. 63.

267 Así, entre otros, *Tiedemann*, c. más refs. «Derecho penal económico. Parte general», p. 233 y s., n. marg. 243; *Silva Sánchez*, «La responsabilidad penal...», p. 147 y s.; *Baigún*, p. 27 y ss. *Achenbach* resalta el vacío («solución asimétrica») de la regulación vigente (solamente existe una «multa administrativa» contra la persona jurídica en caso de la comisión de delitos); ver «Zur aktuellen Lage...», p. 572. Consultar también últimamente la evaluación de *Hartan*, p. 228 y ss., 252 y s. Desde la perspectiva funcionalista, últimamente *Gómez-Jara*, desde un normativismo más apegado a Luhmann, considera a la empresa como «sistema autopoiético» y como «persona activa de Derecho penal», ver en «Grundlagen...», p. 306 y ss.

jas supuestamente insuperables de mantener la imputación penal de los entes colectivos dentro del Derecho penal estaría en que, por un lado la solución extrapenal perdería el «efecto simbólico» que tiene la ley penal, contradiría el «principio de igualdad» y no ofrecería las garantías que sí tiene el Derecho penal²⁶⁸. Otro sector, que se acerca más a la solución realista del problema propugna la solución extrapenal, pero en el Derecho administrativo (o contravencional), basándose en la responsabilidad de la empresa por «defecto de la organización». Y finalmente, otro grupo, dentro del cual me incluyo, considera que se necesitará un nuevo *Derecho sancionador de los entes colectivos*.

Por otro lado, aunque la fundamentación del «hecho propio» aportada por el Derecho contravencional alemán resulte adecuada para la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, la cuestión sin responder consiste en si bastaría con una sanción contravencional para cumplir con las finalidades preventivas. El hecho mismo de la persistencia en la comisión de graves contravenciones tras años de experiencia con la Ley alemana de contravenciones y sus órganos aplicadores parece dar a entender que el Derecho contravencional carecería de efectos preventivos. No solamente se trata de la falta de reproche «ético-social» en la multa contravencional, sino de algo más: la concepción misma del sistema contravencional (y del administrativo sancionador) está basada en el «control», es un sistema reactivo, no tiene en cuenta la naturaleza de los entes colectivos y, por ello, no inciden en la organización misma. A esto se suma el que el Derecho contravencional, en comparación con el penal, implica una tratamiento «privilegiado» e injusto a los entes colectivos frente a los individuos por los mismos hechos: no solamente la sanción contravencional es cualitativamente (por el contenido ético-social) menor sino también está sujeta al principio de oportunidad²⁶⁹. Las recientes experiencias alemanas con las medidas de «compliance», «códigos de buena conducta» y otras²⁷⁰ parecen sostener este diagnóstico. No ha sido raro (y el actual escándalo al interior de varias empresas alemanas lo demuestra; p. ej. el caso «Siemens») que una empresa tenga un «código de (buena) conducta» así como una sección de control, que regularmente haga participar a sus trabajadores en cursos de Derecho y de ética, y que incluso realicen controles dentro de la empresa, pero que

internamente dispongan o toleren actos de corrupción²⁷¹. Y en esto la prueba de la «violación del deber de control» sería prácticamente imposible pues exige probar la causalidad de procesos internos de la empresa, de las medidas de control adoptadas y omitidas, en relación con una infracción (contravencional o penal). Y esto es extremadamente difícil en empresas con estructuras complejas donde, para comprobar la violación del deber, se tendría que penetrar en el verdadero sistema de la empresa y conocer los procesos de decisión y delegación²⁷². Por cierto que todavía es prematuro para determinar si en realidad, estas medidas «autorreguladoras», que para algunos serían inevitables y constituirían más bien una característica propia del mundo moderno²⁷³, bastarían para remplazar la «punibilidad» de los entes colectivos y fundamentar sólo una responsabilidad extrapenal (civil, administrativa o contravencional) o, si pueden coexistir con un Derecho penal de empresas y, más bien, servir para hacerlo más efectivo²⁷⁴. En todo caso, su ubicación (indirecta) dentro del Derecho penal no es acertada, pues se basan en una percepción distinta de distintos sujetos del Derecho: los entes colectivos.

Entonces, aunque se ha constatado que la solución «contravencional» para la responsabilidad de personas jurídicas funciona relativamente bien en los países que la contemplan, cabe aún la pregunta de si, por razones de «política criminal», esto sería suficiente; de si sería lo mismo una «contravención» del ente colectivo que una conducta «penal» o «cuasipenal» de éste. En el Derecho contravencional alemán existe también discusión sobre la distinta gravedad de las infracciones, sobre todo cuando son atribuibles a las grandes empresas. Así, se ha sugerido alguna vez «criminalizar» las «grandes contravenciones», especialmente las infracciones de cárteles que provocan graves daños. Precisamente estas «grandes contravenciones» demuestran la existencia de ilícitos de entes colectivos, cuyo contenido de injusto, por su dañosidad social, sería equivalente al de los delitos y que no debería ubicarse dentro del Derecho contravencional (o del Derecho administrativo sancionador). En este ámbito no rige la llamada diferencia meramente «cuantitativa» entre contravención y delito.

Por ello, ya por razones de sistemática, se plantea la cuestión de si no sería preferible prever los principios básicos de las infracciones cometidas por entes colectivos,

268 Resumiendo así ventajas y desventajas, Baigún, p. 29 y s.

269 Cfr. Hirsch, p. 616; similar Hurtado/Meini, p. 76.

270 Sobre las distintas medidas y modelos autorreguladores, con mayor o menor intervención estatal y en especial sobre «compliance», ver Sieber, «Compliance-Programme...», p. 449 y ss.; también Schneider, «Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung», Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), p. 645-650. En el campo previo al Derecho penal, se discute, de manera más amplia, acerca de la efectividad de medidas de adecuado control externo e interno de empresas («Corporate Governance»). Sobre algunos conocidos escándalos en los EE.UU. y las nuevas regulaciones estadounidenses tendentes a reforzar el control, ver Schwarz/Holland, «Enron, WorldCom... und die Corporate-Governance-Diskussion», Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), p. 1661-1672.

271 Cfr. Nell, p. 150, columna izquierda.

272 Cfr. Nell, refiriéndose al caso «Siemens» (en el cual por ello no habría podido aplicarse el art. 130, sino solamente el 30, primer párrafo, número 4, segundo y tercer párrafos OWiG), p. 150, columna izquierda.

273 Cfr. Heine, «Modelos de responsabilidad...», p. 36.

274 En este sentido, la propuesta de Sieber, «Compliance-Programme...», p.

así como el contenido de cada uno de estos ilícitos dentro de un solo cuerpo normativo distinto de la ley penal y de la ley contravencional. Para esto se necesitaría recurrir a un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas, una «segunda vía» fuera del Derecho penal o sea un *Derecho sancionador de las empresas*²⁷⁵. Solamente esta alternativa superaría las inconsistencias que surgen cuando se quiere hacer encajar la «responsabilidad jurídica» de la persona jurídica dentro del Derecho penal, pues por más que se pretenda allí una «tercera vía», al lado de las penas y las medidas de seguridad, las regulaciones sobre entes colectivos, en realidad, no tienen que ver con el Derecho penal debido a la distinta naturaleza de los destinatarios de la norma (o si se quiere: los «sujetos»). Y esto me parece ser más consecuente que, tras verificar las peculiaridades de las «organizaciones» y construir para ellas un sistema de imputación propio mediante un método analógico-funcional, persistir en la «solución penal»²⁷⁶. Por último, una responsabilidad propia y autónoma de ésta no tiene por qué basarse en la «culpabilidad» en el sentido penal tradicional, ni tiene por qué llamarse «pena» (con todo lo que esto presupone) a la medida que se le imponga; pero tampoco tiene por qué recurrirse a los mismos principios que en el Derecho penal tradicional si no directamente a aquellos en los cuales también se basa éste: los principios de un Estado social y democrático de Derecho, los principios constitucionales.

Y por supuesto que la creación de esta «segunda vía» fuera del Derecho penal, destinada a la regulación de la responsabilidad sancionadora de los entes colectivos frente a graves perjuicios a bienes jurídicos importantes, plantearía el desafío de organizar la interrelación de ambos sistemas de imputación, tanto en lo material como en lo procesal. Esta tarea ciertamente no puede ser llevada a cabo en este estrecho marco.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, Manuel A.*: «Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas», Lima, 1997; «Criminalidad económica y transnacionales», Revista de la Academia Diplomática del Perú, N° 47 (1997), p. 112-128; «Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance», Revista Peruana de Ciencias Penales, números 11-12, Lima, 2002, p. 21-76; «Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios», Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales», N° 7 (2007), p. 181-233; «Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas», Revista Penal (España), N° 21 (2008), p. 3-23; «Participación punible de personas en grupos de delinquentes y redes» (Informe de Perú), presentado al Instituto Max Planck de Derecho extranjero e internacional, próxima publicación bajo la dirección de Ulrich Sieber.
- Aboso, Gustavo E./Abraldes, Sandro F.*: «Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal», Montevideo-Buenos Aires, 2000.
- Achenbach, Hans*: «Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik 'großer' Wirtschafts- Ordnungswidrigkeiten», Goldammer Archiv (GA), 2008, p. 1-17; «Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland», GA 2004, p. 559 y ss.
- Achenbach, Hans/ Ransiek, Andreas*: «Handbuch Wirtschaftsstrafrecht», 2da. ed., Heidelberg, 2008.
- Arroyo Zapatero, Luis*: «Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España», en Arroyo Zapatero y otros (eds.), «La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia», Elcano (Navarra), 2006, p. 17-30.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*: «La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho penal», CPC N° 67 (1999), p. 11-36.

275 Ver c. más refs. de la literatura alemana, *Cramer/Heine*, en Schönke/Schröder, vor § 25, n. marg. 125 y ss., p. 523 y s.; *Baigún*, con una propia propuesta de «doble imputación», p. 27 y ss.; *Abanto Vásquez*, «Derecho penal económico. Consideraciones...», c. más refs., p. 162. Últimamente remito a mi trabajo «Hacia un nuevo Derecho penal...», p. ; en el mismo sentido, recepcionando la propuesta, *Demetrio Crespo*, «Responsabilidad penal por omisión del empresario», p. 64; *Ramón Ribas*, en Quintero Olivares/Morales Prats, p. 684 y ss. La reciente propuesta de *Gómez-Jara* parece también tender a esta solución desde que admite la aplicación del «principio de autonomía» y la responsabilidad penal, por separado, de personas individuales y personas jurídicas; ver «Responsabilidad penal...», p. 150 y ss.; «Grundlagen...», 306 y ss., 315 y ss. *Aboso/Abraldes* también insinúan al final de su extensa monografía la necesidad de discutir «... en el seno de un hipotético Derecho penal de las personas jurídicas, probablemente algo distinto del derecho penal en sentido estricto...», p. 195. Y también parece ir en este mismo sentido, *Gracia Martín* quien observa agudamente que sería posible («no sólo lógico, sino, conveniente») que, en el futuro Derecho español, un mismo órgano aplique todas las consecuencias que se deriven del mismo suceso»; es decir, en la vía penal la responsabilidad penal (individual) y la pena, y en la vía administrativa, las «medidas accesorias» para las personas jurídicas, tales como las que están previstas en el art. 129 del C. P. español actual, y otras ya vigentes en el área extrapenal (p. ej. la «multa coercitiva» en el Derecho de la libre competencia); «Las llamadas...», p. 235. Hay que aclarar aquí que en el ámbito hispanoamericano (con algunas excepciones como *Baigún* y *Abanto*; ver arriba ibídem) se suele hablar más bien de una «tercera vía» aludiendo a un Derecho adicional al penal y al de las «medidas de seguridad» (por todos *Mir Puig*, «Una tercera vía...», p.) mientras que en el Derecho penal alemán se habla con más frecuencia de una «segunda vía» en alusión precisamente a algo diferente al Derecho penal (que incluye ya penas y medidas de seguridad); entre otros ver *Roxin*, «Strafrecht AT», tomo 1, p. 263, n. marg. 62; en España sigue esta terminología *Gómez-Jara*, «El modelo constructivista...», p. 97, nota al pie 9, con más refs. sobre el empleo de ambos términos.

276 Como por lo visto sugiere *Heine*, ver «Modelos de responsabilidad...», p. 46 y ss.; ver también arriba, en 3.3.2.

- Baigún, David*: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», Buenos Aires, 2000.
- Bajo Fernández, Miguel*: «Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas», en: García Valdés y otros (coords.), «Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat», tomo 1, Madrid, 2008, p. 719-732.
- Bohnert, Joachim*, Kommentar zum OWiG, 2da. ed., München 2007.
- Castaldo, Andrea*, «Die aus Straftaten entstehende verwaltungsrechtliche Haftung der Unternehmen nach der italienischen Rechtsreform vom Juni 2001», *Wistra* 2006, p. 361 y ss.
- Consejo General del Poder Judicial — Comisión de Estudios e Informes*— (se cita: CGPJ): «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», publicado en la página web del Poder Judicial Español (www.poderjudicial.es) el 26 de febrero de 2009.
- Dannecker, Gerhard*: «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *Gottdammers Archiv (GA)*, Alemania 2001, p. 101-130.
- Demetrio Crespo, Eduardo*: «Responsabilidad penal por omisión del empresario», Madrid, 2009.
- Eidam, Gerd*: «Unternehmen und Strafe», 3ra. ed., Colonia, 2008;
- Engisch, Karl*: ponencia en «Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages», tomo II, Sitzungsberichte (informes de las sesiones), Hamburgo, 1953, p. E 7-E 41.
- Fischer, Thomas*: «Strafgesetzbuch und Nebengesetze», 56ta. ed., München, 2009.
- García Caveró, Percy*: «Derecho penal económico. Parte general», 2da ed., tomo 2, Lima, 2007.
- Gohler, Erich* (ed.): *Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2006, 14. ed.
- Gómez-Jara Díez, Carlos*: «Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuld begriffes», *ZStW* 119 (2007), S. 290 ff.; «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en: ídem (ed.) «Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Elcano (España), p. 93-161; «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda», *ibídem* p. 239-309; «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *CPC* 2006-I, S. 119 ff.
- Gracia Martín, Luis*: «Las llamadas ‘consecuencias accesorias’ en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 17 (2005), p. 195-244.
- Hartan, Cora C.*: «Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich», Hamburgo, 2006.
- Hartung, Fritz*: ponencia en «Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages», tomo II, Sitzungsberichte (informe de las sesiones), Hamburgo, 1953, p. E 43-E 60.
- Heine, Günter*: «Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», en: Gómez-Jara (ed.) «Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial», Elcano (España), 2006, p. 25-67; *ibídem*, «La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea», p. 163-189; «Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung», en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, Berlín, 2003, p. 577-596.
- Heinitz, Ernst*: «Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», 40. Deutscher Juristentag, tomo 1, Tubinga 1953, p. 65-90.
- Hirsch, H.-J.*: «Die Frage der Straffähigkeit von Person-verbänden», en: «Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten», Berlín, 1999, p. 597-622.
- Hurtado Pozo, José/ Meini Méndez, Iván*: «Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano», en *Hurtado/ del Rosal/ Simons*, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada», p. 73-107, Valencia, 2001.
- Informe del instituto «Libertad y Desarrollo» (LyD) en sus «Comentarios al Proyecto de ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (Boletín 6.423-07)», p. 1 y s. (www.lyd.cl).
- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica (www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmlD=12504&prmlTIPO=INFORMEPL EYBOLETIN) N° 6423-07
- Jakobs, Günther*: «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 2da. ed., berlín 1996; «Strafbarkeit juristischer Personen», *Festschrift für Klaus Lüderssen*, p. 559-575; «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», en: García Caveró (coord.), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes», p. 63-97, Lima, 2002.
- Kleszczewski, Diethelm*: «Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag. Versuch über die Rechtsnatur der Verbandsgeldbuße», en: *Festschrift für Manfred Seebode*, Berlín, 2008, p. 179-196.
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio*: «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 19 (2007), p. 325-372.
- Mazuelos Coello, Julio*: «La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del ‘actuar por otro’», en: García Caveró (coord.), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes», Lima, 2002, p. 453 y ss.
- Marinucci, Giorgio*: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático», en: García Valdés y otros (coords.), «Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat», Madrid, 2008, p. 1173-1199.
- Mir Puig, Santiago*: «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: «XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología», Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004, p. 355-374.
- Mitsch, Wolfgang*: «Grundzüge des Ordnungswidrigkeitenrechts», en: *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Alemania,

- 2008, p. 241-320 (primera parte) y 409-413 (segunda parte).
- Muñoz Conde, Francisco/ García Arán, Mercedes*: «Derecho penal. Parte general», 6ta. ed., Valencia 2004.
- Nell, Mathias*: «Korruptionsbekämpfung ja —aber richtig!— Reformüberlegungen zur Unternehmenshaftung nach OWiG», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, Alemania, 2008, p. 149 y ss.
- Nieto Martín, Adán*: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal» en Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo, «Cuestiones actuales de Derecho penal económico», Madrid, 2008, p. 131-160.
- Ott, Walter*: «Jenseits von Fiktions- und Realitätstheorie: Die juristische Person als institutionelle Tatsache», en: *Festschrift für Peter Forstmoser*, Zürich, 2003, p. 3-13.
- Pieth, Mark*: «Strafverfahren gegen das Unternehmen», en *Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, p. 599-616.
- Ramón Ribas, Eduardo*: comentarios al art. 129 del C. P. español, en: Quintero Olivares/Morales Prats, «Comentarios al Nuevo Código Penal», 4ta. ed., Elcano 2005, p. 674 y ss.
- Rogall, Klaus*: comentarios a los arts. 9, 30 y 130 de la Ley alemana sobre contravenciones (OWiG), en «*Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*», 3ra. ed., München, 2006, p. 149-180 (§ 9), 482-549 (§ 30), p. 1672-1705 (§ 130).
- Roxin, Claus*: «Strafrecht. Allgemeiner Teil», tomo 1, 4ta. edición, München, 2006; tomo II, München, 2003.
- Scholz, Rupert*: «Strafbarkeit juristischer Personen?», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, p. 435-440.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (eds.): «Strafgesetzbuch», 77ta. ed., München, 2007.
- Schünemann, Bernd*: en «*Leipziger Kommentar*» (LK), tomo 1 (Einleitung, §§ 1-31) 12da. ed., Berlín, 2007; «*Unternehmenskriminalität*», en *Festgabe aus der Wissenschaft. 50 Jahre BGH* (FG-BGH), tomo IV, München, 2000, p. 621-646; «La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea», en: «*Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*», Madrid, 1995, p. 572 y ss.
- Sieber, Ulrich*: «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», LH a Klaus Tiedemann, Colonia-München, 2008, p. 449-484.
- Silva Sánchez, Jesús*: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español», en: García Caveró (coord.), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes», Lima, 2002, p. 141-212.
- Spolansky, Norberto E.*: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: García Valdés y otros (coords.), «*Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*», tomo II, Madrid, 2008, p. 1631-1646.
- Tiedemann, Klaus*: «*Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*», 3ra. edición, Colonia, 2010 (traducción de la 2da edición: «*Derecho penal económico. Introducción y parte general*», Lima, 2009); «Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas», en: Tiedemann, «*Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*», 2da. ed., Lima, 2007, p. 253-278; «*Derecho penal administrativo y Estado de Derecho. Un panorama sobre el Derecho alemán de contravenciones*», en: Tiedemann, «*Constitución y Derecho penal*», Lima, 2003; *Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils*», en: Tiedemann (ed.), «*Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Freiburg-Symposium*», Colonia, 2002, p. 3 y ss.; «*Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado*», en: Luis Flávio Gomes (coord.), «*Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*», Sao Paulo, 1999, p. 25-45.
- Tiedemann, Klaus/ Nieto Martín, Adán* (edits.): «*Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*», Cuenca (España), 2003.
- von Freier, Friedrich*: «*Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen*», *Goldtamers Archiv (GA)*, 2009, p. 98-116.
- von Liszt, Franz*: «*Das deutsche Reichsstrafrecht*», Berlín/Leipzig, 1881, «*Das deutsche Strafrecht*», 25ta. ed. (trabajada por Eberhard Schmidt), Berlín/Leipzig, 1927.
- Wabnitz, Heinz-Bernd/ Janovsky, Thomas*: «*Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*», 3ra. ed., München, 2007.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, principales problemas de imputación», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 20 (2008), p. 465-510.