

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de las Personas Jurídicas: ¿Un Problema del Derecho Penal? *

Manuel A. Abanto Vásquez**

1. Introducción

Hasta mediados de los años 90 del siglo XX no había mayores dudas en la discusión teórica sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos; el aforismo “societas delinquere non potest” dominaba en la doctrina penal de los países con influencia europeo-continental¹. Además, de lege lata la conclusión no podía ser otra pues los sistemas penales de estos países estaban claramente basados en una responsabilidad penal individual. La ya existente responsabilidad civil y administrativa de empresas o personas jurídicas era, por lo demás, considerada suficiente para controlar las nuevas formas de criminalidad.

Pero la situación comenzó a cambiar a medida que ha ido ganando reconocimiento legislativo la responsabilidad penal de los entes colectivos en distintos países, a la vez que diferentes instrumentos de Derecho internacional público han incrementado la presión a los legisladores nacionales con la recomendación expresa de introducir disposiciones pertinentes para luchar mejor contra una serie de delitos de gran trascendencia y actualidad. En aquellos países que todavía no han adoptado la figura, de todos modos se ha reavivado la discusión dogmático-penal y se puede observar, además, que están ganando terreno paulatinamente los defensores de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Por cierto que, tanto en estos recientes desarrollos legislativos como en la discusión teórica son muy variados los modelos propuestos. Estos van desde una responsabilidad tenue y accesoria hasta una plena y cumulativa responsabilidad penal del ente colectivo. Además, la regulación puede estar prevista en la ley penal (dentro de la parte general o en una ley penal especial) o fuera de ella a la manera de una ley cuasipenal específica para los entes colectivos.

A continuación se verá con más destalle estos desarrollos para tratar resumir el estado actual de la discusión y llegar a conclusiones que podrían resultar de interés para el futuro legislativo de legislaciones que no hubieren aún previsto una regulación sancionadora de los entes colectivos o, si lo hubieran hecho ya, para interpretar con mayor conocimiento de causa la regulación existente.

2. Estado de la Discusión hasta los Años 90 del siglo XX

2.1 Argumentación en Contra de la Punibilidad de Entes Colectivos

La dogmática penal dominante, sobre todo en Alemania, admite en la actualidad que no es posible *de lege lata* una responsabilidad penal estricta de las personas jurídicas². Las razones tradicionalmente argumentadas son, en

* Artículo basado en las conferencias dictadas en: la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Viña del Mar (Chile), el 23 de setiembre de 2009, en Punta Arenas (Chile), el 26-09-09, Río Grande (Argentina), el 01-10-09 y en Huaraz (Perú) el 09-10-09.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en derecho por la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo, Alemania.

1 En la discusión dogmática penal y en el análisis del Derecho contravenacional se utiliza el término persona jurídica (juristische Person) o agrupaciones (Verbände). En ambos casos se reconoce que el término “persona jurídica” sería equivalente al utilizado en el Derecho civil y comercial.

2 Cfr. la exposición de esta discusión en Schönemann, LK StGB, vor § 25, n. marg. 20 y ss., p. 1835 y ss.; Eidam, n. marg. 902, 904, p. 263 y s.; Cramer/Heine en Schönke/Schröder, vor § 25, n. marg. 119; 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. Consideraciones”, p. 155 y s.

realidad, las que siempre se han esgrimido y que se refieren a la naturaleza distinta de la persona jurídica³: su inexistencia como “persona” en el sentido penal, su falta de capacidad de acción (obra a través de los individuos que la integran), su incapacidad de culpabilidad, la imposibilidad de ser sujeto de una “pena” (p. ej. no es pasible de privación de libertad ni de la “prevención especial” derivada de ella), y su incapacidad procesal.

Aunque mayoritariamente las leyes penales de los países con un sistema europeo-continental no hayan rechazado de manera expresa tal responsabilidad penal, sus instituciones y conceptos han sido evidentemente contruidos a partir de la acción y la responsabilidad individual⁴. Es por eso que, para negar la responsabilidad penal autónoma de los entes colectivos, pueden invocarse muchos principios y reglas que a todas luces han tomado por presupuesto la irresponsabilidad penal de las empresas⁵: la prohibición de la “responsabilidad objetiva”, la “función resocializadora de la pena”, la regla del “actuar por otro”. Por cierto que esto tampoco es escollo para que pueda admitirse de lege ferenda la responsabilidad penal de las personas jurídicas. También se pueden reinterpretar estos principios y regulaciones para comprender la actividad de las empresas, o, mejor aún, acompañar la decisión político-criminal de sancionarlas (penalmente) con la introducción de principios específicos adecuados a los entes colectivos.

El Derecho penal alemán, que ha servido de modelo en variados aspectos en la legislación penal de muchos países, muestra aquí un sorprendente atraso. En la actualidad, en el país germano solamente existe una *responsabilidad contravencional* de los entes colectivos. En este Derecho contravencional, similar pero no idéntico al “Derecho administrativo sancionador”, se prevén los tipos contravencionales (*Ordnungswidrigkeiten*) que engloban a las despenalizadas “faltas” (*Übertretungen*) y a los “ilícitos administrativos”. El “Derecho

contravencional” es entendido por la doctrina, por sus consecuencias jurídicas (que consisten en multas a veces muy elevadas) como Derecho penal en “sentido amplio”⁶. Más adelante se expone con más detalle este Derecho contravencional y el sistema sancionador allí previsto para las personas jurídicas.

Pese a la presión existente por la *legislación comunitaria e 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 hasta ahora que sería suficiente la punibilidad contravencional ya existente porque -sostiene- ya con ella se estaría empleando Derecho penal con lo cual se satisfirían los compromisos internacionales, aparte de que no sería posible superar las serias dificultades dogmático-penales que implicarían la introducción de la responsabilidad penal plena de las personas jurídicas⁷.

2.2 Vacíos de Punibilidad

La doctrina y la jurisprudencia critican los vacíos de punibilidad derivados de la actuación de las empresas en la realización de muchos delitos⁸. Una de las críticas más frecuentes saca a relucir un fenómeno típico de las empresas modernas: 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. Es así que, por un lado, los miembros de las empresas pueden escapar a la persecución penal escudándose, de distinta manera, en 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)⁹. A diferencia de lo que ocurre con las acciones individuales que pueden fácilmente imputarse jurídica y penalmente

3 Estos argumentos fueron esgrimidos ya desde antiguo. Así después de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Federal Alemán (BGH St, tomo 5, p. 28 y ss., 31) admitió una responsabilidad penal de personas jurídicas solamente en vinculación con la vigencia del Derecho de la ocupación (norteamericano) y enfatizó que ella era incompatible con el pensamiento jurídico alemán pues contradiría los conceptos ético-sociales de culpabilidad y de pena; 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. Últimamente, aunque se reconozca a veces que es posible construir una “acción de la empresa” en el sentido penal, se sigue dudando de su “culpabilidad” con distintas argumentaciones; ver von Freier (destacando también la punición de terceros inocentes a través de la pena a la persona jurídica), p. 102 y ss., 114 y ss.; Jakobs, 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.

4 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 Vázquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 156 y s.; también en Tiedemann, “Nuevas tendencias...”, p. 10 del manuscrito (punto III).

5 Se observa todavía un rechazo mayoritario a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina alemana; ver amplias refs. en Gómez-Jara, “Grundlagen...”, p. 290 y s.

6 Por eso, se entiende que entre ambas disciplinas no existiría, básicamente, una diferencia “cualitativa” sino solamente “cuantitativa” derivada del principio de proporcionalidad y mínima intervención. Cfr. Roxin, “Strafrecht AT”, p. 31 y s., n. marg. 60 y ss., p. 58 y s., n. marg. 131 y s.; Mitsch, “Grundzüge...”, p. 241, columna izquierda. Solamente en el ámbito reducido del núcleo del Derecho penal (delitos violentos) existiría una diferencia “cualitativa”; por ese motivo se suele hablar, en total, de una “diferencia cualitativa-cuantitativa” entre ambas disciplinas. Roxin, c. más referencias sobre esta teoría “cualitativa-cuantitativa”, p. 59, n. marg. 132 y s.; c. más refs. Stree en Schönke/Schröder, comentarios previos (Vorbemerkungen) a los arts. 38 y ss., n. marg. 35. Achenbach hace una diferenciación según 3 grupos de contravenciones: tipos de pura desobediencia a la administración, lesiones de bagatela a bienes jurídicos y “grandes contravenciones” de gran dañosidad social; ver “Ahndung...”, p. 9 y ss. Pero en lo referente a las “consecuencias jurídicas” sí podría hablarse de una diferencia claramente “cualitativa”: si bien las multas contravencionales pueden ser mucho más elevadas que las penales, aún así ellas en ningún caso conllevan el reproche ético-social inmanente a las auténticas penas. Cfr. Abanto Vázquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 64 y s.

7 Cfr. Eidam, n. marg. 905, p. 264. Más refs. sobre los intentos legislativos fallidos para introducir en Alemania la responsabilidad penal de las personas jurídicas ver en Abanto Vázquez, “La responsabilidad penal de los entes colectivos...”, LH a Tiedemann en 8.1 y 8.3.

8 Cfr. Pieth, p. 10.

9 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, 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 Vázquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 160.

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. 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 persona¹⁰. 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 intermeditado 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 culpable), 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 del hecho 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).

Un Derecho (penal) anclado en una perspectiva individualista (que toma por base a acciones u omisiones individuales, con un momento determinado de ejecución y con una causalidad dañosa para bienes jurídicos constables) es impotente para cumplir con las finalidades político-criminales que le corresponden. El resultado es la impunidad de una serie de conductas provenientes de entes colectivos pese a serias afecciones a bienes jurídicos (especial aunque no exclusivamente económicos).

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 empresas¹¹. 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 una descarga excesiva de las empresas que las alientan a preservar una mala organización, o a la tentación de querer solucionar las cosas de manera arbitraria¹².

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 a las posibilidades de la tecnología actual como al acceso y poder que ostentan las grandes empresas. Estas han alcanzado tal magnitud y complejidad que no puede cerrarse los ojos más tiempo a la importancia que ellas, como ente autónomo, tienen, 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 Penal dirigido a los individuos¹³.

Ahora bien, la dogmática penal, desde hace algún tiempo, ya tiene en cuenta la naturaleza de las conductas empresariales y las infracciones que derivan de ellas para construir una "responsabilidad empresarial penal" de manera distinta aunque paralela a la responsabilidad penal individual. Pero en la discusión dogmático-penal también se ha argumentado que no bastaría con adecuar los conceptos penales tradicionales sino que sería mejor una metodología basada en teorías que describan adecuadamente la realidad empresarial, con las cuales se pudieran crear los instrumentos jurídicos (eventualmente penales) que comprendiesen y regulasen la actuación de las empresas y la reacción legal ante aquellas actividades empresariales lesivas a 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

10 Esta problemática es destacada por prácticamente todos los autores; ver entre otros, Heine, "Modelos de responsabilidad...", p. 27; Zúñiga Rodríguez, p. 489 y s.

11 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.

12 Cfr. c. más refs. Heine, "Modelos de responsabilidad...", p. 29.

13 Destacan esto, entre otros, Zúñiga Rodríguez, p. 465 y ss. 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.

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” conceptos de esta teoría (las empresas como sistemas autopoieticos), combinándolos también con conocimientos provenientes del análisis económico del Derecho, para analizar la delincuencia empresarial o proponer respuestas legales adecuadas¹⁴.

2.3 Soluciones de Transición a los Vacíos de Punibilidad

De todos modos, el legislador penal y la jurisprudencia, pese a no admitir de lege lata la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tampoco han quedado inactivos. De distinto modo han tratado de llenar los vacíos de punibilidad.

Así, se tuvo que dar solución a problemas prácticos derivados de los tipos penales que describen delitos especiales. En estos los elementos personales previstos en el tipo para la autoría pueden recaer en un tercero (persona natural o jurídica) que no sea precisamente quien ejecuta personalmente el delito. Como para determinar la “autoría” también en estos delitos se suele aplicar la teoría del “dominio del hecho”, surgen aquí problemas de punibilidad cuando el poseedor de la cualidad exigida por el tipo (el intráneo, en nuestro caso: la persona jurídica) no hubiera “dominado el hecho”, o cuando el ejecutor (el extráneo, empleado de la empresa o cualquier otro que actúe en su interés) no poseyera la cualidad exigida por el tipo (p. ej. “comerciante”, “accionista”, etc.).

Para solucionar este problema, siguiendo el modelo alemán (actual art. 14 StGB) algunas legislaciones suelen prever una **cláusula del actuar por otro**, mediante la cual se extiende la autoría para abarcar 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”¹⁵. En la doctrina no hay discusión en interpretar que la finalidad 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 tuvieran una relación de representación (legal, empresarial) con la representada (persona natural, persona jurídica, agrupación con capacidad jurídica)¹⁶. Pero sí hay discusiones en cuanto a la interpretación y aplicación de la norma. Es así que, 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). Pero como estos elementos son interpretados según el Derecho Civil (en el cual sí es posible la analogía); se producen una serie de vacíos penales cuando se trata de penar al representante y a los titulares de la empresa¹⁷: la responsabilidad del representante se restringe al ámbito empresarial, se exige un 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”).

Por otro lado, también plantean problemas **las decisiones colegiadas** que, usualmente en las empresas, son tomadas por mayoría simple. Como las decisiones colegiadas (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), y penalmente la imputación solamente podrá hacerse de manera individual a cada uno de los miembros del órgano¹⁸, se tiene que evaluar y fundamentar la responsabilidad penal de los participantes en tal toma de decisión. 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 colegiada¹⁹, pues la doctrina dominante suele considerar que los que votaron a favor y conformaron

14 Anteriormente he postulado este “aprovechamiento” selectivo de la teoría de sistemas para el Derecho penal económico, cfr. Abanto Vázquez, “¿Funcionalismo radical o funcionalismo moderado?”, en Revista Penal (España), N° 16 (2005), p. 3-35. esp. p. 34. 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 Botke, quienes emplean conceptos sociológicos para analizar a la empresa y su eventual responsabilidad penal; ver ibidem, p. 113 y ss.

15 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.

16 Cfr. Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 241b, p. 135; Schünemann, en LK StGB, § 14, n. marg.

17 Cfr. Schünemann en LK StGB, § 14, n. marg. 83, p. 939; Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”,

18 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.

19 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 accesoría”; 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.

así la mayoría que llevó a la decisión con consecuencias penales habrían constituido, todos ellos, una causa del resultado y serían "coautores"²⁰.

En los últimos años, la jurisprudencia suprema alemana ha pretendido abarcar a los superiores jerárquicos de las empresas empleando la teoría de la **autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**²¹. Luego, sería posible sancionar penalmente como "autor mediato" a los directivos de una empresa que hubieran dado instrucciones a sus subordinados (incluso si se tratare de instrucciones generales) para realizar hechos que constituyeren delitos. En la doctrina esta solución jurisprudencial es muy polémica pues extendería abusivamente el concepto de "autor mediato"²², y se suele proponer considerar la "coautoría" o la "inducción" para estos casos²³. De todos modos, 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).

Con finalidad de evitar injusticias y tras agotar todo el instrumental técnico que ofrece la dogmática penal tradicional basada en la responsabilidad individual, también se ha propuesto (y en parte ha sido admitido por la jurisprudencia) construir una **responsabilidad penal por omisión del empresario**²⁴. 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 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 definidoras de esta posición de garantía empresarial²⁵. 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" 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")²⁶. 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 últimamente 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 pública²⁷.

Ahora bien, la doctrina alemana discute si también podrían incluirse dentro del concepto de "agrupaciones

20 Se argumenta la "naturaleza" de la "decisión colectiva", en la cual la fórmula de la "conditio sine qua non" no podría ser aplicable a cada uno de los sujetos que formaron la mayoría, sino a todos en su conjunto (p. ej. el caso del "aerosol de cuero"), o sea, se renuncia a la causalidad individual. Cfr. Roxin, "Strafrecht AT"; tomo II, § 3, p. 67, § 25, n. marg. 241; Tiedemann, "Derecho penal económico. Parte general", comentando el famoso caso del "aerosol de cuero", n. marg. 177 y s. Este autor prefiere fundamentar la "coautoría" en este caso a través del criterio de la "pertenencia a la misma empresa", ibidem, n. marg. 179a, 241.

21 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. Su aplicación está destinada a abarcar aquellos casos en los cuales el aparato de poder está organizado fuera del Derecho y "dominara" a sus subordinados, los cuales serían piezas intercambiables dentro de él; básicamente está destinado a las dictaduras estatales, grupos terroristas, mafias. 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.

22 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. jurisp., n. marg. 7 y ss., p. 235 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.

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

24 Al respecto puede consultarse la reciente monografía, con más refs. y jurisp. de Demetrio Crespo, "Responsabilidad penal por omisión del empresario"; allí esp. p. 159 y ss.

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

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

27 Al respecto me remito al trabajo "Participación punible de personas en grupos de delinquentes y redes" presentado al Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, E.3.

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 del C. P. alemán (cuando la finalidad delictiva constituyera una de segundo orden)²⁸. Si no se tuviera este asidero legal, de todos modos podría buscarse algún criterio de distinción entre "criminalidad organizada" y "criminalidad económica empresarial", tal como la "finalidad lucrativa ilícita" o el "uso de la violencia"²⁹.

Sea lo que fuere, en estos casos de todos modos 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, apoyaren, etc. una organización criminal; es decir, todos ellos son considerados como autores, algo que, por sus resultados, equivale a una "autoría unitaria"³⁰.

3. Modelos Existentes para el Problema de la Actuación Empresarial

3.1 Irresponsabilidad Penal Directa o Indirecta

En general se reconoce ahora que las "personas jurídicas" tienen "capacidad de acción" (son "destinatarias" de las normas penales) y por lo tanto también podrían "cometer" delitos, pero se discute todavía la *capacidad de culpabilidad* con lo cual, aun cuando se constatare una necesidad de protección de bienes o normas, se suele sugerir evitar el Derecho penal³¹.

También de *lege ferenda* una parte de la doctrina sigue estando en contra de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y cree que bastaría con

reforzar la responsabilidad contravencional ya existente o con hacer cambios en la cláusula del actuar por otro. Así, buena parte de la doctrina penal alemana encuentra dificultades en los modelos de "responsabilidad penal" de la empresa, pues ellos constituirían solamente una "imputación ficticia" dado que el Derecho penal alemán vigente exigiría que la imputación penal se refiriese a "acciones" cometidas por el propio responsable, y porque los conceptos de injusto y culpabilidad del sistema penal alemán no serían compatibles con estos modelos³². Para solucionar los constatados déficits de punibilidad cuando participan entes colectivos en actos delictivos, se sugieren diferentes soluciones. Para algunos bastaría la ya existente responsabilidad contravencional, la cual podría ampliarse. Otros, en cambio, se contentan con sugerir el refuerzo del control preventivo para evitar que de empresas "mal organizadas" provengan hechos individuales que constituyan delitos: prevención antes que represión³³.

3.2 Responsabilidad Mediante "Consecuencias Accesorias"

Como solución intermedia, en algunas legislaciones penales se han introducido las llamadas consecuencias accesorias para aquellas personas jurídicas en cuyo marco se hubiesen cometido delitos. 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. Este modelo se ha impuesto en parte en alguna legislación penal como la española (art. 129) y la peruana (art. 105). Pero no existe, por lo menos no en esa forma específica, en otra legislaciones como la alemana y la chilena.

Esta previsión legal, sin embargo, ha generado 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 práctica³⁴. Lo

28 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).

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

30 Cfr. Schönemann en LK StGB, vor § 25, n. marg. 15, p. 1828.

31 Así 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 encajan en 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 había admitido la responsabilidad penal de personas jurídicas), en Gómez-Jara, "Grundlagen...", p. 296 y ss. También Roxin, remitiéndose a éste, "Strafrecht. AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63. 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). 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.

32 Roxin, exponiendo diferentes modelos propuestos en la doctrina, "Strafrecht AT", tomo II, p. 264, n. marg. 63, allí también más refs. sobre doctrina alemana en este sentido. Recientemente ver también von Freier, p. 98 y ss., 116. 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"; el principio de culpabilidad presupondría siempre una "identidad de la persona a través de su conciencia"; ver, p. "Strafbarkeit...", p. 559 y ss., 570 y ss., 575. Considera esta posición como doctrina actualmente mayoritaria Eidam, n. marg. 892 y ss., p. 257 y ss., n. marg. 902, p. 263; este autor está, sin embargo a favor de la punibilidad de las personas jurídicas, ver *ibidem*, p. 258, nota 1326.

33 Von Freier, c. más refs., p. 116.

34 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 Vázquez, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 158 y s., 206.

cierto es que las “medidas” están previstas en el Código penal, dependen de la verificación de responsabilidad individual y, además son facultativas (por lo menos en el C. P. español), pero constituyen recortes de libertades tan fuertes como las verdaderas penas³⁵; todo esto parece abogar por la tesis de que se trataría de “medidas sui generis”.

Al igual que al modelo de la simple responsabilidad administrativa y contravencional, también se critica al de las “consecuencias accesorias” por sus limitadas posibilidades preventivas y su escasa practicabilidad. Lo primero apunta a la falta de reproche ético-social que implica la simple imposición de una “medida”, así como a la falta de garantías que rodean al Derecho penal. El problema de la practicabilidad se produce por la inseguridad que implica la imposición de las medidas, las dificultades de coordinar la responsabilidad administrativa de la empresa con la penal de los individuos (suspensión de procesos, alegación del “ne bis in idem”) y las dificultades de investigación y persecución frente a organizaciones complejas³⁶.

Por esta razón en España, el Anteproyecto de 2008 ha previsto la introducción de una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas en el futuro art. 31 bis (ver al respecto abajo en 5.2), mientras que la reforma penal peruana³⁷ persiste aún en mantener el modelo de las consecuencias accesorias. El Anteproyecto peruano tiene como mejora el nuevo art. 110, el cual especifica ahora los criterios de “peligrosidad objetiva para la aplicación de la medida. Y también puede valorarse como una mejora la regulación más extensa (en el nuevo título VIII) de las “medidas aplicables a las personas jurídicas”. Pero ya aquí existe el grave defecto de haber olvidado prever de manera específica el “comiso de ganancias” para las personas jurídicas, el cual sí está previsto en el título anterior, referido al “decomiso” en los supuestos generales de las personas individuales (art. 104). Tampoco se ha previsto la “publicidad de la sentencias” ni la “prohibición de contratar con el Estado” dentro del listado de medidas del futuro art. 109. Y si bien se regula expresamente el “levantamiento del velo corporativo” en el último párrafo del art. 109 para los casos de “transformación” de la persona jurídica (ya previsto en el último párrafo del vigente art. 105), se ha omitido precisar algún criterio para determinar la aplicación de las medidas en caso de que hubieran intervenido empresas que conforman un “consorcio”. En estos casos se tiene la dificultad práctica de determinar la dependencia o la autonomía de la filial con respecto a la matriz, la cual suele ser una

transnacional ubicada en otro país. Aunque el criterio (p. ej. el criterio de la “unidad económica” empleado en la jurisprudencia comunitaria) puede ser aún desarrollado por la jurisprudencia, en un medio como el nuestro hubiera dado mayor seguridad jurídica su previsión legal expresa.

3.3 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 se basa en la construcción ya vigente en el Derecho contravencional alemán según el art. 30 OWiG (ver más detalles abajo en 6). 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 puede apreciar, no se “castiga” al ente colectivo por un hecho propio, sino por el que han cometido otras personas (individuales) que hubieran actuado 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 mundiales³⁸, tienen serios problemas prácticos. En su aplicación tienden a limitar demasiado la responsabilidad, pero también suelen extenderla excesivamente³⁹. Limitan demasiado la aplicación del Derecho penal debido a que se necesita identificar primero 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, tras esta identificación individual, se tiende a ampliar en demasía la responsabilidad (penal) porque luego ya no se necesitará nada más para imputar los hechos a 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 propia y no a una ajena⁴⁰. Es por eso que se ha tratado luego de construir una “responsabilidad propia” de la persona jurídica aunque partiendo de hechos ajenos (los de sus miembros), tal como se verá a continuación.

35 Ver, c. más refs. Abanto Vásquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 158 y s., 206.

36 El resumen de las críticas proviene de Silva Sánchez, “La responsabilidad penal...”, p. 155 y ss.

37 Ver el “Anteproyecto de Ley de Reforma del Código penal. Título preliminar (principios generales) y Libro Primero (parte general)”, publicado por el Congreso de la República, Lima, 2009.

38 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.

39 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.

40 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. 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.

3.4.- Responsabilidad Penal Plena (“Responsabilidad Propia”)

En la situación actual en la que van en aumento las legislaciones penales que reconocen “responsabilidad penal” a las personas jurídicas, todo parece indicar que solamente será cuestión de tiempo para que también ésta sea reconocida en otras legislaciones penales importantes como la alemana, la española o las sudamericanas; y que, en buena cuenta “... la introducción de una auténtica punibilidad de la empresa ... sea más bien una cuestión de decisión de valoración política antes que de lógica constructiva”⁴¹. Es por eso que en la dogmática penal se está incrementando cada vez más el grupo de los que están a favor de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para esto se propone distintos modelos.

Por un lado, se observa un gran grupo de penalistas autores⁴² que proponen introducir una responsabilidad auténticamente penal de las personas jurídicas. Ellos sostienen que las categorías penales tradicionales no se opondrían, tras una modificación apropiada (p. ej. del régimen de sanciones), a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “acción” de la “persona jurídica” sería normativamente real⁴³ en el sentido de que ella, como sujeto de Derecho, además de 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 si el legislador, recogiendo lo vigente desde hace mucho en la realidad social, introdujera la regulación correspondiente (esta realidad social también es válida para el reproche social de la culpabilidad por delitos “cometidos” por personas jurídicas)⁴⁴. En este grupo también se ubican civilistas y mercantilistas (p. ej. los alemanes), quienes, cuando analizan las posibilidades penales, afirman la posibilidad, de lege ferenda, de que pueda 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”⁴⁵. Aquí también se ha sugerido crear tipos penales específicos para las “personas jurídicas” en el sentido de una tipificación expresa de la llamada “irresponsabilidad organizada” (defecto de organización como responsabilidad originaria) y de la comisión de delitos (básicamente económicos) a través de “representantes” faltando al deber de control⁴⁶.

En un segundo grupo, en el cual se quiere una solución distinta de la penal, paradójicamente confluyen aquellos que no creen en la responsabilidad penal de la persona jurídica y los que sí creen en ella pero dudan que, por razones prácticas, sea bueno mezclarla con la responsabilidad penal individual en el 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 de intervención, etc.) con carácter “punitivo” sui generis (segunda vía)⁴⁷. 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, por ejemplo, la imputación se podría basar, sin problemas, en un “defecto de organización” y no en una “afección de bienes jurídicos”⁴⁸.

Pese a estas diferencias sustanciales entre los dos grupos, entre la mayoría de sus autores hay por lo menos consenso en el sentido de que una posible **responsabilidad autónoma** (penal) de la persona jurídica no atentaría contra el “ne bis in idem”, debido a que ella debe ser distinguida de las personas individuales que actúan al interior de su seno⁴⁹. También ha quedado claro que ésta debe consistir en una “responsabilidad acumulativa”, es decir, no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos⁵⁰.

41 Tiedemann, “Gründerfordernisse...”, p. 17.

42 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 actuaran por ella; así Rogall, KK OWiG, § 30, n. marg. 255, p. 549. Eidam considera posible cualquiera de los dos modelos, p. 258.

43 Como dice Ott, desde la perspectiva civil pero refiriéndose a la posibilidad de punibilidad de las personas jurídicas: “...también un realidad normativa es una realidad”; p. 12.

44 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.

45 Así Ott, quien propone además una teoría propia llamada de la “persona jurídica como hecho institucional”, tanto porque tiene una existencia real en la conciencia 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.

46 Así, Scholz, p. 439; Tiedemann, c. más refs., “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 244a, p. 137. Más refs. y exposición de esta doctrina todavía dominante, Cramer/Heine en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 127, p. 524.

47 Así, p.ej. Schünemann propone 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.; Heine, p. 584 y ss.; Cramer/Heine en Schönke/Schröder, vor §§ 25 ff., n. marg. 129, p. 524 y s. Igualmente Jakobs, “Strafbarkeit...”, insinúa la posibilidad de “sanciones no punibles” para las personas jurídicas, p. 573 y ss.

48 En este sentido, Heine, p. 589 y s.

49 Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht. Einführung...”, p. 122 y s., n. marg. 245.

50 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, “Nuevas tendencias...”, p. 110; Silva Sánchez, “La responsabilidad penal...”, p. 153 y s.; Tiedemann habla de una “responsabilidad paralela” a la individual; ver “Nuevas tendencias...”, p. 16 y s. (en IV)

4. Otros Problemas Específicos de la Actuación Empresarial

4.1 Consorcios

En el mundo empresarial, en especial en aquél en el que actúan grandes y poderosas empresas, no se trata ya de empresas nacionales que limitan sus actividades a un territorio nacional determinado. En muchos casos, las empresas son filiales de otra que tiene su sede principal en otro país. Esto es conocido como un consorcio. Y, aunque civilmente la filial puede estar constituida como una persona jurídica "autónoma", en la práctica no pocas veces está sometida a la política empresarial y decisiones de la matriz. Por lo tanto, los hechos cometidos por la filial, y que derivaren en delitos, también podrían ser de *responsabilidad de la empresa matriz*.

La responsabilidad de la sociedad matriz (Muttergesellschaft) por hechos de la filial (Tochtergesellschaft) está prevista de manera expresa en el caso de los contravenciones contra la libre competencia. Allí es de aplicación 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. Es más discutible la responsabilidad contravencional de la matriz fundada en 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)⁵¹, pero otros la rechazan tajantemente debido a la "base insegura" que ofrecería esta solución, pero 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 casos⁵².

En el Derecho penal estricto, en el marco del reconocimiento de "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. Es así que se 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 filial⁵³.

También la jurisprudencia del TJCE considera la unidad económica como criterio para imponer sanciones a la 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.)⁵⁴. 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 filial⁵⁵. 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)⁵⁶.

Esta problemática tiene incluso alcances políticos en el marco de las relaciones internacionales entre países desarrollados y países "en vías de desarrollo". Estos últimos suelen ser "países huéspedes" en los cuales actúa el consorcio. Estas empresas transnacionales 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

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

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

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

54 Al respecto cfr. Tiedemann, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 241, p. 134 y n. marg. 271 y ss., p. 171 y s.

55 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.

56 Tiedemann, "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 274, p. 152 y s.; Schünemann, FG-BGH, p. 643 y s.

prueba de los ilícitos que las transnacionales hubieran cometido⁵⁷. En los países más débiles (frecuentemente los subdesarrollados 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 monopolísticas u oligopólicas en los países huéspedes y de mantener tal posición a través de abusos de poder económico⁵⁸. 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, lo cual tiende a la monopolización⁵⁹. 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 países⁶⁰. 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 penal⁶¹. 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 imponible⁶². Esta difícil problemática no tiene una solución meramente penal, pues involucra una serie de medidas extrapenales para controlar la evasión tributaria. En el caso concreto de las “transnacionales”

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 participe 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, etc.⁶³. La propuesta de la “autorregulación” de las propias empresas, de “códigos de buena conducta” como la visión de un control mundial de ellas, resulta hasta ahora poco realista⁶⁴.

4.2 Transformación de la Persona Jurídica

En la práctica podrían producirse 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”. Solamente tendría efectos excluyentes en la aplicación del art. 30 OWiG si se puede 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

57 Ver la exposición de esto con refs. en Abanto Vázquez, “Criminalidad económica y transnacionales”, p. 115 y ss.; “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 163 y ss.

58 Ver con refs. en Abanto Vázquez, exponiendo el caso de Latinoamérica, “Criminalidad económica y transnacionales”, p. 116 y ss.

59 Este peligro existió desde el inicio de la legislación antimonopólica en Latinoamérica y ha persistido hasta ahora; ver Abanto Vázquez, 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 Vázquez, “Delitos contra el mercado...” (proxima publicación), en. 2.2, 3.2, 3.3 y 5.

60 Ver, c. refs. en Abanto Vázquez, “Criminalidad económica y transnacionales”, p. 120 y s.

61 Una evaluación al respecto de la legislación penal peruana que contiene algunos avances pero también mantiene defectos, puede verse en Abanto Vázquez, “Vacíos en la legislación...” p. 131 y ss.

62 Ampliamente al respecto Tiedemann, “Empresas multinacionales...”, p. 253 y ss.

63 Cfr. c. más refs. Abanto Vázquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 169; “Criminalidad económica y transnacionales”, p. 123.

64 Ver con refs. Abanto Vázquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 167 y ss.

adquisición de empresas, dependiendo de si hay una “continuidad de la identidad de las empresas” o, en el último caso, si el patrimonio de la empresa anterior cumpliera similares funciones en la nueva o ha pasado a formar gran parte del nuevo capital⁶⁵. 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 nueva⁶⁶.

De manera similar se puede aplicar la teoría civil y comercial del “levantamiento del velo de la persona jurídica” (disregard on legal entity). Las disposiciones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas suelen contener una regla específica que prevé el “levantamiento del velo” de la personería jurídica (p. ej. en el art. 19 del proyecto chileno de setiembre de 2009). También el legislador penal peruano se ha “adelantado” a estos desarrollos y ha introducido esta doctrina del “disregard” (levantamiento del velo) para la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas (art. 105, último párrafo, introducido por el D. Leg. 982 de 22 de julio de 2007).

4.3 Sanciones y Procedimiento

En la discusión teórica todavía se discute sobre el tipo de sanciones que se podrían prever de manera específica para las personas jurídicas. Aparte de las medidas ya conocidas bajo la denominación de “consecuencias accesorias” o sanciones contravencionales, y que, entre otras, consisten en las clásicas multas y prohibiciones de contratar (o de participar en licitaciones), también en la doctrina y legislación comparada se encuentran “penas” como la disolución de la empresa, el cierre temporal de la empresa, la publicidad de la sentencia, etc. así como novedosas propuestas como la “curatela de la empresa” (orden judicial de administración forzosa) para evitar perjudicar a terceros inocentes (accionistas, acreedores, etc.)⁶⁷. 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 infracciones⁶⁸.

En caso de una amplia regulación de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, al liberarse del corset que significa la estructura penal tradicional, se incrementan las posibilidades prever una mayor variedad de penas y vincularlas a distintos fines en función del hecho cometido. Un ejemplo de ello es la regulación italiana (Decreto Legislativo 231) y

el Anteproyecto chileno, así como las “Sentencing Guidelines” norteamericanas de 1991. En este sentido podría hacerse una clasificación de las sanciones en función de la finalidad que cada una de ellas persiga⁶⁹: “reparadoras” (intervención de la empresa para garantizar la reparación, trabajo en beneficio de la comunidad, publicación de la sentencia), “preventivo-generales” (multa, curatela), “rehabilitadoras” (intervención judicial para garantizar cambios al interior de la empresa), “inocuidadoras” (disolución de la empresa, paralización de actividades, intervención para garantizar cambios estructurales).

En cuanto al Derecho procesal (penal), tras las modificaciones pertinentes de 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 jurídica⁷⁰. Por ejemplo, en el Derecho alemán, en el cual no existe “proceso penal” para las personas jurídicas, aunque sí un “procedimiento contravencional”, se ha tratado de coordinar ambas áreas jurídicas. 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 en 6, número 7): 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 “decomiso 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)⁷¹. Lo mismo existe en el proceso contravencional. Ambas medidas son consideradas incluso por algunos autores como auténticas “sanciones penales” o “cuasipenales” contra personas jurídicas⁷².

5. Derecho comparado

5.1 Experiencias Vigentes

En el **Derecho anglosajón** la responsabilidad penal de “empresas económicas” constituye algo prácticamente “normal” debido a su vigencia desde hace ya más de un siglo, 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 de sus empleados ejecutados, en el marco de sus actividades

65 König en Göhler, § 30, n. marg. 38, p. 264 y ss.; Eidam, n. marg. 780 y s., p. 224 y s.

66 König en Göhler, n. marg. 38b, p. 265..

67 C. más refs. ver Schönemann, LK-StGB, vor § 25, n. marg. 29, p. 1843. En general, sobre las sanciones y medidas específicas para los entes colectivos, ver 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.; Abanto Vásquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 206 y ss.

68 Ampliamente, Dannecker, “Zur Notwendigkeit...”, p. 127 y ss.

69 Clasificación propuesta por Nieto Martín, “La responsabilidad penal... Un modelo legislativo”, p. 318 y ss.

70 Así Pieth, basándose en la experiencia suiza, p. 602 y ss.; Dannecker, “Zur Notwendigkeit...”, p. 129 y ss.

71 Cfr. Eidam, n. marg. 886, p. 256.

72 Cfr. Eidam, n. marg. 842, p. 243, n. marg. 904, p. 263.

laborales, por sus empleados en general (en algunos Estados, solamente se puede tratar de altos empleados) y en la finalidad de "intimidar" a la empresa para que se abstenga de hechos futuros similares, mas no en la necesidad de un "reproche ético-social"⁷³.

En muchas reformas penales europeas y proyectos actuales las "Sentencing Guidelines for Organizational Offenders" de 1991 de los EE.UU. han influido de manera decisiva. Aunque estas "directrices" 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 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. En cambio, sí interesa la culpabilidad en la fijación de la pena. Para ello las "Guidelines" tienen una serie de disposiciones que, además de tener en cuenta el tipo de empresa, su solvencia, etc. para fijar la "multa base", establecen luego agravantes y atenuantes a esta "multa base" en función de la culpabilidad (culpability score). Resumidamente, se tienen como "agravantes" 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 responsabilidades⁷⁴.

En los últimos años, en muchos países de la Unión Europea (Francia, Suiza, Austria, Suecia, Holanda, etc.) se ha introducido, de diverso modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aquí no se pueden revisar todos los avances⁷⁵, pero se puede exponer por lo menos las soluciones legislativas de los países más conocidos y que pueden influir en las legislaciones hispanoparlantes.

En Suiza es interesante el art. 100quarter del C. P., introducido a través de una reforma del 2003 con motivo de la lucha contra el terrorismo. Allí se prevén

dos modalidades de responsabilidad del ente colectivo: una "responsabilidad subsidiaria" de la empresa cuando no pudiese 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 (art. 100quarter 1), y la "responsabilidad directa" de la empresa. 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 imprudente⁷⁶.

En Italia hace pocos años se ha reconocido tal responsabilidad, de manera similar al sistema anglosajón y alemán. Ya 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)⁷⁷. Ahora, bajo la vigencia de una compleja y detallada ley 231 de 08 de junio de 2001, es posible la responsabilidad de la empresa ("ente") por delitos cometidos por empleados u órganos de ella que, "en interés y ventaja" de aquélla hubieran cometido determinados delitos: básicamente se trata de delitos cometidos en perjuicio del Estado y la administración pública (apropiación indebida, estafa, delito informático, extorsión bajo abuso del poder público, cohecho propio, inducción a la corrupción, etc.) y delitos ambientales⁷⁸. En el fondo, aunque se trate aún de una responsabilidad administrativa de la empresa por delitos cometidos por individuos, el hecho de que se vincule con el Derecho penal de distintos modos hacen pensar en una "forma oculta de responsabilidad penal"⁷⁹.

En Alemania, estos desarrollos no pasan desapercibidos. Aunque actualmente no existe ningún proyecto o anteproyecto que prevea la introducción de la figura y la discusión es hasta ahora solamente dogmática desde que el legislador alemán ha rechazado enfáticamente, una y otra vez, la posibilidad de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas, no

73 Sobre el sistema norteamericano consultar, entre otros, Eidam, n. marg. 1015 y ss., p. 295 y ss.; Rogall KK OWiG, § 30, n. marg. 246, p. 545 y s.

74 Cfr. y con más detalles y referencias bibliográficas, Nieto Martín, "La responsabilidad penal... Un modelo legislativo", p. 180 y ss.

75 Ver los análisis de Derecho comparado en Schönemann, 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, 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.

76 Al respecto, c. más refs. Nieto Martín, "La responsabilidad penal... Un modelo legislativo", p. 266 y s.; también Eidam, p. 278 y ss., n. marg. 944 y ss.

77 Cfr. Tiedemann, "Nuevas tendencias...", p. 91.

78 Al respecto ver Castaldo, p. 361 y ss.

79 Castaldo, p. 363, col. izq.

obstante, no se descarta, que a largo plazo, se haga realidad la "punibilidad" de los entes colectivos⁸⁰. La presión de estos modelos extranjeros muy fuerte y gana cada vez más influencia en la doctrina alemana, aunque los contrarios a la responsabilidad penal de personas jurídicas consideren que este "positivismo internacional" podría ser errado o, por lo menos, solamente válido para la realidad de los países que lo han adoptado⁸¹.

En otras áreas jurídicas como el Derecho civil o el Derecho administrativo existe responsabilidad de las personas jurídicas. Y también en el Derecho penal de algunos países que siguen el modelo europeo-continental, se ha introducido en los últimos años distintas formas de responsabilidad penal de los entes colectivos⁸². También existen propuestas para modelos comunitarios como en el Corpus Juris para Europa (art. 14), el Nuevo Código Penal Tipo para Latinoamérica (art. X) y las recomendaciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Particularmente en el artículo 13 del "Corpus Juris", siguiendo el modelo francés (art. 121-2 del Code Pénal de 1994), se prevé la responsabilidad penal por algunos delitos que cometan los órganos, representantes u otras personas, a favor de la empresa. Sin embargo, aunque en el texto no se ha aclarado expresamente si deba verificarse una "culpabilidad organizacional" adicional de la persona jurídica (p. ej. un "defecto de organización")⁸³, la práctica de la Comisión Europea muestra que se admite cada vez más esta culpabilidad propia del órgano colectivo y, por tanto, su desligamiento de la culpabilidad de la persona natural (que puede quedar sin ser probada)⁸⁴.

5.2 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 aquélla⁸⁵.

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 31 bis, que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrando el modelo de la "imputación"⁸⁶.

Y también se preveía una modificación del actual art. 33 CP (referido a las penas para individuos) para incluir un número 7 con las "penas aplicables a las personas jurídicas": multa, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades de hasta 5 años, clausura de locales por hasta 5 años, prohibición de determinadas actividades temporal o definitivamente, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con las

80 Así evalúa la situación actual en Alemania también Rogall, en KK OWIG, § 30, n. marg. 229, p. 540; von Freier, citando los trabajos más representativos sobre la discusión actual, p. 99

81 Von Freier, p. 100; Jakobs, "Strafbarkeit...", p. 560, y en la nota 6. Pero tanto estos como los que están a favor de la punibilidad creen que, a largo plazo y debido a la creciente europeización del Derecho penal, Alemania también adoptará el modelo de la punibilidad; Dannecker en Wabnitz/Janovsky, n. marg. 124, p. 63; Scholz, p. 440.

82 Al respecto ver Tiedemann, "Wirtschaftsstrafrecht AT", p. 121, n. marg. 242, con múltiples refs. en la nota 313; idem, "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.

83 Útimamente ver sobre esto en Hartan, p. 241 y ss.

84 Ver c. más refs. Tiedemann, "Wirtschaftsstrafrecht AT", p. 134, n. marg. 270.

85 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.

86 Artículo 31 bis:

"1.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizarlos hechos o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente.

4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.

c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades."

administraciones públicas y obtener otros beneficios, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores por hasta 5 años.

Al haber fracasado el Proyecto del 2007 por la cercanía de las elecciones generales (que impidió la revisión y votación del proyecto), se ha vuelto a un nuevo Anteproyecto de 23 de noviembre (fechado el 14 noviembre) de 2008 (últimamente denominado "Proyecto de 2009"). El Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008 no modifica nada sobre la punibilidad de las personas jurídicas (art. 31 bis, art. 33, número 7).

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, quienes 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 una responsabilidad "adicional" 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)⁸⁷. 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 la responsabilidad colectiva esté siempre vinculada a la "persona individual" (aunque no de manera extrema pues solamente se exige un "hecho punible" de ésta)⁸⁸. Esto tendría a una inconstitucional "responsabilidad objetiva", pues no se ha señalado ningún criterio de responsabilidad para la persona jurídica. Aunque esto pueda ser salvado de alguna 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"⁸⁹. Además se aconseja señalar de manera expresa el ámbito en el cual habrían actuado los individuos (en el ejercicio de sus funciones)⁹⁰, e incluir una cláusula que defina, para los efectos penales, quiénes serían 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 bis⁹¹. 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")⁹². Mediante Ley Orgánica 5/2010 (BOE N° 152 de 23-06-2010, Sec. I, p. 54811 y ss.) se ha aprobado las modificaciones y, entre otras modificaciones importantes, se ha hecho la realidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley penal hispana. Es previsible que este modelo influirá muy pronto en la reforma penal latinoamericana.

En Latinoamérica destaca sobre todo en Chile el reciente proyecto de Ley sobre "Responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho" de setiembre de 2009. Aquí, siguiendo en especial el modelo italiano del Decreto Legislativo 231⁹³, se trata de obligar a las personas jurídicas de Derecho privado y a las empresas públicas creadas por ley (art. 2) a prevenir la comisión de delitos que, en interés o provecho de ella, pudieren realizar empleados inferiores o superiores que tengan "deberes de dirección y supervisión". Para ello se obliga a estos entes colectivos a instaurar "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 y señala los requisitos de estos modelos, entre otros, su "certificación" por empresas de auditoría externa). La ley parece partir de una "responsabilidad subsidiaria" de la persona jurídica porque si bien, 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). Por otro lado, más allá de esta regulación razonable, se dice luego 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 pudiese establecer responsabilidad individual (art. 5). En lo relativo a las penas, la ley establece una regulación muy detallada. Así, existen primero reglas generales (arts. 9 a 14), donde se definen las penas principales (disolución

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

88 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.

89 Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 9 y s.

90 Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 12 y s.

91 Cfr. CGPJ, "Informe...", p. 15.

92 Cfr. las observaciones y críticas del CGPJ, "Informe...", p. 23 y s., 25 y ss.

93 Sobre los antecedentes y con una primera interpretación de este texto ver, Soto Piñeiro, "La responsabilidad penal de la propia persona jurídica en el Derecho penal chileno", en: "Segundo Encuentro de Derecho penal en la Finis Terrae. Homenaje en La Patagonia al profesor Claus Roxin", Punta Arenas 2009.

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). A esto sigue una serie de criterios para la determinación de la pena (arts. 15 y ss.): penas específicas según se trate 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. 21 y ss.).

5.3 Derecho Comunitario

El modelo comunitario aplica desde el inicio una responsabilidad propia de personas jurídicas (empresas)⁹⁴. La Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) vienen produciendo, desde hace muchas décadas, una jurisprudencia comunitaria interesante e ilustrativa. Ésta se refiere, sobre todo, a prácticas colusorias y abusos de posición dominante en el mercado (actuales artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea), y, en muchos casos, ha llevado a imponer multas millonarias a las empresas. La doctrina alemana considera que est multas equivaldrían a sanciones de Derecho penal en sentido amplio, pero se discute si serían equivalentes a las contravenciones alemanas⁹⁵.

En la Unión Europea, también hay propuestas para introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la legislación penal supranacional de la Unión Europea que podría llegar a regir para todos los Estados miembros. Se trata de una especie de Código Penal tipo aunque limitado (por lo menos, al principio) a la protección de bienes jurídicos comunes y relacionados con “intereses financieros” de los países miembros. El Corpus Juris, una propuesta de unificación de Derecho penal y procesal penal para la protección de los intereses financieros de Europa que fuera presentada en 1999, y que tuviera su versión final el año 2000 ha previsto, además de una “responsabilidad penal del empresario y de personas que ejerzan potestades de decisión y de control dentro de una empresa” (art. 12, junto con la responsabilidad penal de funcionarios públicos), una “responsabilidad penal de agrupaciones” (art. 13)⁹⁶. Se critica al art. 12 del Corpus Juris (regla del actuar por otro) que solamente haya

previsto la responsabilidad del titular de la industria, mas no la responsabilidad general del representante⁹⁷. Pero, en lo que aquí interesa, es más criticable que la responsabilidad penal de “agrupaciones” del art. 13, constituya una simple “responsabilidad vicarial”.

Otra propuesta conocida es la denominada Eurodelitos, que fuera realizada por el grupo de trabajo integrado por prestigiosos penalistas europeos y presidido por el profesor Klaus Tiedemann en el año 2002. La propuesta final, con una parte general y una parte especial, prevé solamente una regulación de la “responsabilidad por comportamientos ajenos” de los “superiores jerárquicos” tanto en la administración pública como en empresas⁹⁸; se ha omitido conscientemente proponer una regulación de la “responsabilidad penal de las personas jurídicas” para no añadir otro modelo más frente a los ya aportados por el “Corpus Juris” (en donde también participaron los autores de la propuesta de “eurodelitos”) y por legislaciones de países como Francia e Italia⁹⁹.

6. Derecho Administrativo Sancionador y el Modelo Contravencional Alemán

En la actualidad se observa un interesante proceso de delimitación y acercamiento entre el Derecho penal tradicional y el llamado Derecho administrativo sancionador. Se ha reconocido finalmente el parentesco que existe entre ambas áreas. Pero mientras que en España y los países hispanoparlantes, este desarrollo parte del mismo Derecho administrativo, en Alemania, se ha independizado como Derecho contravencional (Ordnungswidrigkeitenrecht). Por sus resultados, sin embargo, hay muchas similitudes entre ambas áreas jurídicas. Pero también hay diferencias interesantes como el hecho de que en Alemania las “faltas” (Übertretungen) hubieran pasado a formar parte del Derecho contravencional mientras que en nuestros países todavía son mantenidas (con poco éxito práctico) en los Códigos Penales.

En España existe desde mediados del siglo XIX un Derecho administrativo sancionador que conoce la responsabilidad de las personas jurídicas junto a la de los individuos. En los últimos años este Derecho se ha aproximado, en cuanto a su judicialización y vinculación con garantías, al Derecho penal¹⁰⁰. La jurisprudencia

94 Ver refs. en Rogall, KK OWiG, n. marg. 115, p. 1704; Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 270, p. 150 y s.

95 Sobre la problemática ver Tiedemann, c. más refs., “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 251 y s., p. 142 y s. La posibilidad de imponer directamente sanciones penales por parte de las autoridades comunitarias todavía no existe aún (aunque podría cambiar) debido a la falta de delegación de facultades específicas por parte de los Estados miembros; al respecto Tiedemann, c. más refs. ibidem, n. marg. 250, p. 141 y s.

96 “Artículo 13: responsabilidad penal de agrupaciones (antiguo artículo 14)

1.- También las agrupaciones podrán ser responsables de los hechos previstos en los artículos 1 a 8 cuando ellas fueran personas jurídicas o tuvieran capacidad jurídica y la capacidad de poseer un patrimonio propio, y cuando el hecho hubiere sido realizado en beneficio de la empresa por un órgano, un representante u otra persona que hubiere actuado en nombre de la agrupación y hubiere tenido un poder jurídico o real de decisión.

2.- La responsabilidad penal de las asociaciones no excluirá la de las personas naturales, quienes serán autoras, inductoras o cómplices por los mismos hechos”.

La traducción de esta versión de 2000 ha sido efectuada por Abanto Vásquez (su publicación está prevista dentro del libro de Klaus Tiedemann, “Derecho penal económico. Introducción y parte general”, 2da. edición, Lima, octubre 2009); hay una traducción de la versión de 1999 efectuada por Nicolás García Rivas y publicada en la Revista Penal, España, N° 3 (1999), p. 89.

97 Cfr. Schünemann en LK StGB, § 14, n. marg. 85, p. 939 y s.

98 Puede verse el texto publicado en Tiedemann/Nieto Martín, “Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea”, Cuenca (España), 2004, p. 142 y s.

99 Cfr. Tiedemann, en Tiedemann/Nieto Martín, “Eurodelitos...”, p. 18 y s.

100 Arroyo Zapatero, p. 18 y ss.

constitucional española ha aclarado además dos cuestiones importantes y de gran trascendencia para la responsabilidad auténticamente penal de las personas jurídicas. Por un lado no ha considerado la existencia de una violación al principio "ne bis in idem" cuando, por los mismos hechos se llegare a sancionar administrativamente a la persona jurídica, por un lado, y penalmente a la persona física, por el otro (STC 77/1983, ATC 1479/1991)¹⁰¹. Pero además, tras haber reconocido la vigencia de las garantías del Derecho penal para el derecho administrativo sancionador ya en los años 80 del siglo XX (STC 18/1987)¹⁰², se ha exigido a continuación la aplicación del principio de "culpabilidad" para fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas (STC 246/1991 de 19 de diciembre de 1991), para lo cual parece postularse también un sistema de responsabilidad propia y un reproche de "falta de organización", y no vincular esta "culpabilidad" con una imputación de conductas de individuos¹⁰³.

En este Derecho administrativo sancionador nadie discute la responsabilidad de las empresas por la comisión de algún ilícito. Se admite claramente una "capacidad infractora" de la empresa, legitimada sobre una "culpa" construida de manera distinta que para la persona natural: una "reprochabilidad directa" derivada del atentado contra el bien jurídico, necesitado de protección efectiva y el "riesgo asumido" por la persona jurídica sujeta a las normas protectoras de dicho bien¹⁰⁴. En el Perú, p. ej., es particularmente notoria la actividad del "Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual" (INDECOPI) que desde hace más de 15 años viene imponiendo sanciones administrativas (multas, publicidad de las sentencias, cierre del negocio, etc.) a empresas infractoras de leyes especiales referidas a la "libre competencia", la "competencia leal", la "publicidad comercial", la "propiedad industrial", la "propiedad intelectual", etc. Los tipos administrativos son plenamente identificables con muchos tipos penales vigentes casi de manera paralela a la actividad de esta autoridad administrativa.

Algo similar ocurre en el Derecho contravencional alemán, basado en la Ley de Contravenciones (Ordnungswidrigkeitengesetz) de 1952 (reformada básicamente en 1968 y 1975)¹⁰⁵. Este Derecho es considerado por la doctrina alemana como parte

del Derecho penal "en sentido amplio" por distintas razones, entre otras debido a la misma finalidad de protección de bienes jurídicos, estructuración similar, similar origen legislativo, etc.¹⁰⁶. Pero también se consideran elementos cualitativos diferenciadores (para algunos serían diferencias adicionales, para otros, diferencias cuantitativas) por lo menos entre la sanción contravencional y la penal. La característica cualitativa diferenciadora más importante se presenta con el núcleo del Derecho penal: el llamado "reproche ético-social" de la pena, reproche que no existe en la multa contravencional¹⁰⁷. Esto hace que la responsabilidad contravencional sea considerada menos grave que la responsabilidad por un "delito", y no tanto por la generalmente menor gravedad de sus sanciones (comparadas con la privación de libertad y las interdicciones; en cambio, las sanciones pecuniarias contravencionales pueden ser superiores). Esta "falta de estigmatización" de las multas contravencionales destaca porque no genera tampoco "antecedentes" y no son inscritas en ningún registro, ni siquiera en los casos de contravenciones graves (aunque sí puedan inscribirse en un "registro industrial")¹⁰⁸.

En lo que importa para la responsabilidad contravencional de los entes colectivos, el sistema creado por la OWiG y experimentado ya durante muchos años, puede resumirse de la siguiente manera:

1.- Rige la teoría unitaria de la autoría (art. 14): todos los participantes en la comisión (u omisión) de una contravención son "autores" de ella. Luego, es posible la responsabilidad contravencional de una persona natural y de un ente colectivo por la misma contravención, pero cada una de ellas será "autora" de la misma contravención. Y si se hubiera cometido un delito, aunque rijan las normas penales (que no reconocen una responsabilidad penal del ente colectivo), la agrupación o persona jurídica siempre podrá ser considerada "autora", sea de una contravención derivada del delito (art. 30), sea de una contravención por una falta del "deber de vigilancia" (art. 130).

2.- Se prevé una regla de responsabilidad mediata del ente colectivo (art. 30 OWiG) a través de

101 Ver la ref. en Arroyo Zapatero, p. 19.

102 Ver en Arroyo Zapatero, p. 19; en relación con los delitos tributarios ver también, c. refs. Abanto Vásquez, "Derecho penal económico. Parte especial", Lima, 2000, p. 489 y ss.

103 Cfr. Arroyo Zapatero, p. 19 y s.

104 Así la jurisprudencia constitucional española citada por Silva Sánchez, "La responsabilidad penal...", p. 144 y s.

105 Sobre el desarrollo del Derecho contravencional alemán ver, ampliamente, en Göhler, "OWiG", n. marg. 1 y ss., Bohnert en KK zum OWiG, n. marg. 1 y ss.; de manera resumida, Mitsch, "Grundzüge...", op. cit.; Achenbach, "Ahndung...", p. 1 y ss.; Tiedemann, "Derecho penal administrativo" en "Constitución y Derecho penal", p. 91 y ss., 103 y ss. (también en "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", p. 39 y ss., 47 y ss.).

106 Roxin, "Strafrecht AT", p. 32, n. marg. 62; Mitsch, "Grundzüge...", p. 241.

107 Stree en Schönke/Schröder, p. 724, n. marg. 35; Tiedemann, "Wirtschaftsstrafrechte AT", n. marg. 51, p. 27; Mitsch, "Grundzüge...", p. 409, columna izquierda. Ver la discusión sobre la naturaleza de la "multa contravencional" en Tiedemann, en "Constitución y Derecho penal", p. 117 y ss., 120 y s. (también en "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", p. 57 y ss., 59 y s.).

108 Achenbach, citando jurisprudencia, "Ahndung...", p. 16.

aquellas personas naturales que hubieran actuado por ella y cometido un delito o una contravención: sus órganos, su directorio, su representante legal, mandatario, etc.¹⁰⁹. Estas multas contravencionales contra el ente colectivo, además de las multas contra las personas individuales, se basan en una relación de “cercanía entre el delito y el ente colectivo”¹¹⁰: violación de deberes del ente colectivo a través de la contravención o el delito, el enriquecimiento efectivo del ente colectivo a través del hecho o la mera finalidad de enriquecimiento (art. 30, párrafo 1, in fine). Se trata de una responsabilidad propia del ente colectivo pero por un hecho ajeno (el de sus representantes); no depende de una sanción efectiva contra la persona individual ni condiciona o excluye la sanción autónoma de ésta¹¹¹.

En resumen, los requisitos para esta responsabilidad propia (aunque por un hecho ajeno de un individuo) del ente colectivo según el art. 30 OWiG, son: el destinatario de la multa es la “persona jurídica” o la “agrupación de personas” (no cualquier ente colectivo como los “clubes” y las “sociedades previas”, pero sí la “sociedad defectuosa”¹¹²); el actuante debe tener una posición jerárquica dentro de la persona jurídica o “poderes de dirección” (es discutible el caso del llamado “gerente fáctico”, pero hay consenso en incluir aquí el caso de los “consorcios”¹¹³); y la conducta del que actúe por el ente colectivo debe, por un lado,

constituir una “contravención” o “delito”, es decir, debe existir un proceso penal o contravencional contra los “representantes” (procedimiento vinculado)¹¹⁴, y esta conducta, por otro lado, debe o bien violar deberes propios del ente colectivo (tanto los previstos en leyes administrativas como los “deberes generales” que fundamenta posición de garantía de la empresa), o conseguir un enriquecimiento de éste de manera efectiva o potencial (p. ej. a través de actos de corrupción o de estafa)¹¹⁵.

3.- Para la responsabilidad individual de los órganos de representación del ente colectivo se ha previsto una regla de actuar por otro (art. 9 OWiG), que por su contenido es casi idéntica a la regla penal del art. 14 StGB. La única diferencia lógica consiste en que el art. 9 OWiG, en vez de referir la conducta del representante a un tipo legal que fundamentara la “punibilidad” (Strafbarkeit) lo hace en relación con un tipo que fundamenta la “posibilidad de represión” (Möglichkeit der Ahndung). Luego los órganos de representación de menor jerarquía (p. ej. directores de la filial o jefes de departamento¹¹⁶) también podrán responder por sí mismos cuando el tipo contravencional previere “elementos personales especiales” que recayeren en una “persona jurídica” (juristische Person) o en el “titular de la industria” (Betriebsinhaber), y no en el órgano que ha realizado el tipo. En la doctrina se

109 Artículo 30 OWiG [traducción libre]

“(1) Quien,

1. en su calidad de órgano de representación legítimo de una persona jurídica o miembro de tal órgano,
2. como presidente de una asociación sin capacidad jurídica o miembro del directorio de ella,
3. como socio representante legítimo de una sociedad de personas con capacidad jurídica,
4. como apoderado general o, en posición directriz, como mandatario o con poder de actuar por una persona jurídica o por una agrupación de personas según los números 2 o 3, o

5. como cualquier otra persona que actúe respondiendo por la dirección de la industria o empresa de una persona jurídica o de las agrupaciones de personas mencionadas en los números 2 o 3, dentro de cuyas responsabilidades también se encontrare el control de la dirección de la industria o el ejercicio de cualquier otras potestades contraloras en posición directriz, cometiere un delito o una contravención, a través de los cuales se hubieren lesionado deberes que alcancen a la persona jurídica o agrupación de personas, o si la persona jurídica o agrupación de personas se hubieren enriquecido o hubieren querido enriquecerse, se podrá imponer una multa sancionadora contra ellas.”

“(2) La multa sancionadora comprenderá,

1. en caso de un delito doloso, hasta un millón de euros,
2. en caso de un delito imprudente, hasta quinientos mil euros.

En caso de una contravención, el máximo de la multa sancionadora se determinará según la medida máxima de la multa sancionadora prevista para la contravención. La oración 2 regirá también en caso de un hecho que constituyere al mismo tiempo delito y contravención, cuando la medida máxima de multa sancionadora prevista para la contravención sobrepasare la medida máxima según la primera oración.”

“(3) El artículo 17, párrafo 4 [n. d. T.: se refiere al máximo del monto de la multa, la cual debe superar las ventajas alcanzadas con la contravención, pudiendo incluso sobrepasar el máximo legal] y el art. 18 [n. d. T.: se prevén facilidades para el pago de la multa] se aplicarán en lo pertinente.”

“(4) Si no se iniciare un proceso penal o contravencional por un delito o contravención o si se archivare o si se eximiere de pena, la multa sancionadora podrá ser fijada de manera autónoma. Mediante una ley se podrá determinar que la multa sancionadora también podrá ser aplicada de manera autónoma para otros casos. No obstante, se excluye la fijación autónoma de una multa sancionadora contra la persona jurídica o la agrupación de personas cuando el delito o la contravención no pudieren ser perseguidos por razones de Derecho; esto no afecta la validez del art. 33, primer párrafo, oración 2 [n. d. T.: se refiere a un caso de interrupción de la prescripción].”

110 Mitsch, “Grundzüge...”, p. 409, columna derecha.

111 C. más refs. Mitsch, “Grundzüge...”, p. 410, columna izquierda.

112 Cfr., c. más refs. Rogall, KK OWiG, § 30, n. marg. 41 y s., p. 501; König en Göhler, § 30, n. marg. 6 y s, p. 251 y s.

113 Ver el análisis de cada uno de estos conceptos en Rogall, KK OWiG, § 30, n. marg. 51 y ss., p. 502 y ss.; König en Göhler, § 30, n. marg. 250 y ss., p. 250 y ss.; Eidam, n. marg. 783 y ss., p. 225 y ss.

114 Si no se iniciare o se archivare tal proceso, se podrá seguir un procedimiento autónomo a la persona jurídica o agrupación de personas e imponérsele una multa contravencional (párrafo cuarto del art. 30 OWiG). Este procedimiento autónomo también existirá en caso de que se tratase de una responsabilidad contravencional del ente colectivo por un hecho propio (la infracción del “deber de vigilancia” del art. 130; ver más adelante en el número 4) Eidam, p. 236, n. marg. 816. En la doctrina se ha aclarado que esta regla regirá solamente cuando se tratase de “razones de hecho” (p. ej. la falta imposibilidad de identificar al directivo de la empresa que ordenó la infracción) o por aplicación del principio de oportunidad; es decir, cuando no se hubiera iniciado un procedimiento civil o penal o estos hubieran sido archivados por “razones de derecho” (impedimentos procesales como la prescripción de la acción, la cosa juzgada, la inmunidad, amnistía, la extraterritorialidad, etc.) tampoco podrá seguirse un procedimiento contravencional autónomo contra el ente colectivo; cfr. Rogall en KK OWiG, § 30, n. marg. 141 y ss., p. 523 y ss., esp. n. marg. 169, p. 529; König en Göhler, § 30, n. marg. 39 y ss., p. 266 y s., esp. n. marg. 42, p. 267; Eidam, p. 235 y ss., n. marg. 815 y ss.

115 Cfr. König, en Göhler, § 30, n. marg. 19 y ss., p. 256 y s.

116 Bohnert, n. marg. 1 y ss.

discute (y mayoritariamente niega) las responsabilidades contravencional de la “representación fáctica” o sea aquel actuar “a nombre de la empresa” o “en interés de la empresa” sin que el actuante hubiera recibido instrucciones para ello (o éstas no hubieran podido probarse), o cuando no hubiere estado facultado u obligado por la ley para ello¹¹⁷.

4.- Existe un tipo legal específico que fundamenta la *responsabilidad autónoma*, por un *hecho propio ante una violación del deber de control* (art. 130 OWiG¹¹⁸) al interior del ente colectivo que, de manera imprudente o dolosa, no hubiera impedido o dificultado considerablemente la comisión de la infracción. Aquí el destinatario de la norma es el “titular” de una “industria” (Betrieb) o “empresa” (Unternehmen)¹¹⁹. A través de esta disposición, las empresas mismas (y también los que actúen por ellas, en aplicación del § 9 OWiG, o sea directores, gerentes, socios, etc. según el caso¹²⁰) pueden ser sancionadas con una multa contravencional sin que sea necesario probar que habían estado directamente involucradas con el hecho delictivo o contravencional. El reproche contravencional se basa aquí en la omisión del deber de control, dolosa o culposamente, deber cuyo cumplimiento hubiera evitado o dificultado mucho la comisión de aquel hecho delictivo o contravencional. Se trata de una omisión propia que por sí misma constituye una infracción de deberes al interior de la empresa y que, por ello, legitima la imposición de una multa contravencional¹²¹. Aunque de esto la doctrina dominante deduce que bastaría con omisiones que generaran peligros abstractos, otra parte, de manera más restrictiva pero garantista aclara que no cualquier “omisión” de prever medidas de control podría justificar

la imposición de la multa, sino solamente aquella que constituyere un peligro concreto de que tales omisiones faciliten la producción de infracciones: el destinatario de la norma se hace merecedor de una sanción contravencional cuando hubiera omitido adoptar las medidas necesarias para impedir que surjan peligros de infracciones empresariales de un tipo determinado, o cuando no haya eliminado este peligro¹²². Como consecuencia de la restricción de las infracciones de deberes a aquellos que crearan “peligros concretos”, para que pueda existir la imputabilidad contravencional, se tiene que probar la idoneidad de la medida para evitar la realización del riesgo (de infracción o delito), su “necesidad” ante la ineffectividad de medidas menos graves, y su “exigibilidad” (p. ej. se descartan los “excesos”)¹²³. Aunque aquí la casuística es amplísima según la organización de cada tipo de ente colectivo y de la legislación pertinente; en general se admite que usualmente serían “medidas de control” necesarias p. ej. contratar personal adecuado para el control, escoger cuidadosamente a personas encargadas de control, estar atento a los nuevos desarrollos jurídicos y encargarse de difundirlos al interior de la empresa, llevar a cabo controles al azar frecuentes e instalar una sección encargada de la supervisión¹²⁴. La producción de la infracción concreta constituirá entonces, como realización de un riesgo derivado de la omisión, una “condición objetiva de la represión”, la cual, por ello, no tiene que ser abarcada por el dolo o la imprudencia del titular de la empresa o de otros destinatarios del art. 130; bastará con que estos sepan o, imprudentemente, desconozcan que están omitiendo una medida de control destinada a evitar la producción de infracciones del tipo como las que se han producido¹²⁵. En la doctrina

117 Cfr. König en Göhler, § 9, n. marg. 9a, p. 73 y s., quien si bien reconoce la necesidad político-criminal de llenar el vacío de la legalidad de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia que admite la responsabilidad contravencional de la “representación fáctica”; Rogall en KK OWiG, § 9, n. marg. 83, p. 177. Consultar este último (c. más refs.) también para los casos de la “nulidad del acto de representación” y la “arrogación de potestades”. Ampliamente sobre estos problemas en el “actuar por otro” penal, Schüenemann, LK StGB, § 14, n. marg. 69 y s., p. 926 y ss.

118 Artículo 130 OWiG [traducción libre]

“(1) Actuará contravencionalmente quien como titular de una industria o empresa, dolosa o imprudentemente, omitiere adoptar medidas de control que fueren necesarias para impedir que en la industria o empresa se infrinjan deberes que correspondan al titular por sí mismo y cuya lesión estuviere conminada con pena o multa contravencional, siempre que la infracción cometida hubiera podido ser impedida o dificultada de manera considerable mediante un control adecuado. También forman parte de las medidas necesarias de control la contratación, elección cuidadosa y supervisión de las personas encargadas del control.”

“(2) También constituyen industria o empresa, en el sentido del párrafo 1, las empresas de Derecho público.”

“(3) Cuando la violación del deber estuviere conminada con pena, la contravención podrá ser reprimida con multa sancionadora de hasta un millón de euros. Si la violación del deber estuviere conminada con multa sancionadora, el máximo de la multa por violación del deber de control se determinará según la medida máxima de la multa sancionadora prevista para la violación del deber. La segunda oración regirá también en caso de una violación del deber que estuviere conminada simultáneamente con pena y multa sancionadora, cuando la medida máxima de multa sancionadora prevista para la violación del deber sobrepasare la medida máxima según la primera oración.”

119 En la doctrina se interpreta que “industria” y “empresa” serían términos sinónimos. El “titular” (Inhaber) que menciona la ley o el “dueño del negocio” (Geschäftsherr) que emplea la doctrina, no se refiere a cada persona en particular que figure como propietaria de la empresa (p. ej. cada accionista de una sociedad anónima) sino a quien estuviere obligado a cumplir con los deberes de ésta (p. ej. el conjunto de accionistas); luego, el “titular” de una persona jurídica sería la “persona jurídica” misma. Cfr. c. más refs. Rogall en KK OWiG § 130, n. marg. 23, p. 1681.

120 La regla del “actuar por otro” (§ 9 OWiG) está prevista para todas las contravenciones, incluyendo también a la “violación del deber de control”; cfr. König en Göhler, § 130 OWiG, n. marg. 4, p. 1243.

121 Rogall, KK OWiG, § 130, n. marg. 15, p. 1679, n. marg. 36, p. 1683 y s.; König en Göhler, § 130, n. marg. 9, p. 1244 y s.; Nell, p. 149, columna derecha, Bohnert, n. marg. 41. La conducta reprochable (la violación del “deber de control”), según la doctrina dominante, no atendería contra un bien jurídico específico (el “orden empresarial” de la jurisprudencia civil antigua) sino contra los distintos bienes jurídicos protegidos por las disposiciones penales y contravencionales que hubieran sido afectadas por la infracción del deber de control. Cfr. König en Göhler, § 130 OWiG, n. marg. 3a, p. 1243.

122 Rogall, KK OWiG, c. más refs. sobre ambas posiciones, § 130, n. marg. 17, p. 1679 y s.; también en este sentido König en Göhler, § 130, n. marg. 9, p. 1244 y s. Esta interpretación más restrictiva que la tesis del “peligro abstracto” permite también rechazar las antiguas críticas sobre la constitucionalidad del art. 130 OWiG, basadas en su supuesta falta de taxatividad y violación del principio de culpabilidad; en este sentido, c. más refs. Rogall, ibidem, n. marg. 19, p. 1680.

123 De manera muy amplia analiza aquí estos requisitos Rogall, KK OWiG, § 130, n. marg. 42 y ss., p. 1686 y ss.

124 König en Göhler, § 130, n. marg. 10 y ss., p. 1245 y ss.; Nell, p. 149, columna derecha, Bohnert, n. marg. 20; ampliamente Rogall, KK OWiG, § 130, n. marg. 51 y ss., p. 1689 y ss.; Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 248, p. 139.

125 Rogall, c. más refs. de la doctrina y jurisprudencia, KK OWiG, § 130, n. marg. 18, p. 1680; n. marg. 36, p. 1684; n. marg. 73, p. 1693 y s.; König en Göhler, § 130, n. marg. 17, p. 1249; Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 249, p. 139 y s.

se discute sobre la naturaleza del deber relacionado con la empresa cuya violación por “representantes” desencadenaría la responsabilidad según el art. 130 OWiG. Para la doctrina dominante la disposición aludiría básicamente a delitos especiales que en la descripción del tipo se refieren a deberes dirigidos precisamente al obligado según el art. 130 OWiG (“comerciantes”, “directivos”, “empleadores”, “distribuidores”, etc.) y que, mediante las reglas de los arts. 9 OWiG o 14 StGB (actuar por otro) son imputados (como delito o contravención) a otros que no reúnen tal cualidad pero que actúan “representando” al ente colectivo que tiene el deber¹²⁶.

Para establecer la relación relevante para la multa según el § 130 entre la “infracción del deber de control” del ente colectivo y la producción de un “delito o contravención” por parte de su “representante” (que no tiene que ser miembro de la empresa sino solamente “actuar por ella” en el sentido del art. 9 OWiG o el art. 14 StGB¹²⁷) el texto legal ofrece una fórmula que consagra de lege lata la teoría penal del incremento de riesgo (o, al contrario, de la “disminución del riesgo” en caso de cumplir con el deber)¹²⁸: si no se hubiera infringido el deber de adoptar medidas de control no se hubiera producido o se hubiera dificultado considerablemente el delito o la contravención por parte del “representante”. Mientras en la primera alternativa, de manera similar a la omisión impropia, para determinar la causalidad hipotética de la producción del resultado (el delito o la contravención de otro) se utiliza sin mayores problemas la fórmula de la “probabilidad cercana a la seguridad”¹²⁹, en la segunda alternativa se presenta el problema práctico de determinar la medida de riesgo incrementado por la violación del deber de control para poder afirmar la responsabilidad contravencional del infractor. Como la ley exige que la medida de control hubiera “dificultado de manera considerable” (no que la hubiere impedido), unos exigen, bajo un “pronóstico objetivo posterior desde la perspectiva ex ante del infractor” la “idoneidad” de la medida para eliminar el peligro¹³⁰; otros quieren guiarse en porcentajes de la reducción del riesgo¹³¹. Además, no basta con cualquier “relación causal” entre deber de control y realización del peligro, sino debe existir una relación específica de fin de protección de la norma en el sentido de la teoría de la imputación

objetiva¹³²: la omisión del deber de control debe haber elevado considerablemente el riesgo de producción de delitos o contravenciones que estén en relación con tal deber de control; p. ej. que el personal contratado hubiera sido inidóneo o insuficiente para evitar delitos cuya evitación debían controlar (p. ej. contaminación ambiental) y no otros (p. ej. lesiones corporales u homicidios cometidos).

El § 130 fue concebido para llenar vacíos de punibilidad como tipo residual o sea que entra en acción cuando no pudiera hacerse responsable a los destinatarios de la norma según el § 30 OWiG¹³³, el cual, como se dijo arriba, para sancionar a la persona jurídica o agrupación de personas, presupone siempre una conducta punible o contravencional (por lo menos con dolo eventual o imprudencia) del “representante” del ente colectivo (a diferencia del § 130 que solamente exige un “violación del deber de control” de la empresa).

5.- El monto de la multa para las personas jurídicas y agrupaciones de personas puede llegar a ser muy elevado. Al igual que la multa para sus representantes (en función de las reglas del “actuar por otro”), las finalidades de la multa para el ente colectivo son las mismas¹³⁴: privar de las ventajas obtenidas con el ilícito (finalidad represiva) y motivar a los representantes legales del ente colectivo a que eviten en el futuro nuevas infracciones a través de la organización (finalidad preventiva)¹³⁵. La multa puede alcanzar también a empresas extranjeras siempre que exista un “hecho vinculante” (según los principios de aplicación penal en el espacio) y su forma jurídica equivalga a la persona jurídica o agrupación de personas en el sentido de las leyes alemanas; pero, en la práctica se suele imponer sanciones solamente cuando la empresa tenga domicilio o patrimonio en Alemania¹³⁶.

El *máximo de la multa contravencional* para los entes colectivos, cuando la vinculación del hecho (la acción u omisión del “representante”) constituyere un delito, puede ser de hasta 1 millón de euros cuando se viera involucrada en la comisión de un delito doloso y de hasta medio millón de euros si se tratara de un delito culposo; en el caso de que el hecho vinculante se

126 Ver la amplia exposición de Rogall que incluye también las posiciones divergentes, c. más refs., KK OWiG, § 130, n. marg. 78 y ss., p. 1694 y ss., König en Göhler, § 130 OWiG, n. marg. 18, p. 1249 y s. Se discute si, aunque de manera mucho menos frecuente, tal deber sería posible también en relación a “delitos comunes” en tanto existiere una estrecha relación con la dirección de la empresa (p. ej. delitos imprudentes en accidentes de tráfico provocados por empleados de la empresa en el desarrollo de sus actividades regulares). Ver, negando esta posibilidad, Rogall KK OWiG, § 130, n. marg. 89 y s., p. 1697; afirmandola, König en Göhler, § 130, n. marg. 18, p. 1250; Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, n. marg. 249, p. 140.

127 König en Göhler, § 130 OWiG, n. marg. 19, p. 1250.

128 Rogall, KK OWiG, § 130, n. marg. 100 y s., n. marg. 1699 y s.; König en Göhler, § 130, n. marg. 22, p. 1252.

129 Cfr. Rogall, KK OWiG, § 130, n. marg. 99, p. 1699.

130 König en Göhler, § 130 OWiG, n. marg. 22a, p. 1253.

131 Según Rogall, tendría que haber, por lo menos un 25% de probabilidad reducción del riesgo; ver, c. más refs. y criticando la posición contraria que exigiría “demasiado”, en KK OWiG, § 125, n. marg. 101, p. 1700.

132 Esto es doctrina dominante; ver Rogall en KK OWiG, n. marg. 102, p. 1700 y s.; König en Göhler, § 130, n. marg. 22b, p. 1253 y s.

133 Rogall, KK OWiG, § 130, n. marg. 108, p. 1702; König en Göhler, c. más refs., § 130 OWiG, n. marg. 3, p. 1243, n. marg. 26, p. 1254.

134 Como se reconoce en la doctrina, el art. 9 (actuar por otro) y el art. 30 (responsabilidad de la persona jurídica o asociación de personas) están estrechamente vinculados (vinculación que también existiría con la regla penal de autoría del art. 25 StGB); cfr. Rogall, KK OWiG, § 30, n. marg. 16, p. 493.

135 Rogall, KK OWiG, § 30, n. marg. 16 y s., p. 493 y s.; Eidam, n. marg. 773, p. 222, n. marg. 826, p. 238; König en Göhler, § 30, n. marg. 263 y s.

136 Rogall en KK OWiG, § 30, n. marg. 30, p. 498; König, en Göhler, § 30, n. marg. 1, p. 250.

tratarse de una contravención, el monto será el previsto para ellas en la ley pertinente (art. 30 párrafo 2). Pero estos montos pueden ser superados al sumarse a ellos la "confiscación de ganancias" (art. 30, párrafo 3, concordado con el art. 17, párrafo 4 OWiG), dentro de la misma multa. Aquí el problema consiste en fijar el monto de la "ventaja económica" obtenida y que debe ser confiscada: la doctrina favorece mayoritariamente el principio de la "ganancia neta" (descontando costos y gastos), a diferencia del de la "ganancia bruta" empleada para fijar el monto del decomiso o de la confiscación como figuras independientes, pero esto es discutido¹³⁷. Además, en leyes especiales se pueden prever otros montos de la misma multa. P. ej., en la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia, donde, fuera de medidas complementarias (como la confiscación de las ganancias) el máximo de multa, para los individuos, llega al millón de euros para individuos y, para las empresas o agrupaciones de empresas, este monto puede superarse fácilmente porque para ellas el máximo consiste en el 10 por ciento de la cifra total de ventas del ejercicio anterior (art. 81, párrafo 4 GWB, en la versión de 18-12-2007).

6.- Para evitar infringir el principio de ne bis in idem, la multa para el ente colectivo y para las personas naturales por el mismo hecho es fijada dentro de un solo proceso penal (proceso vinculado). No se considera que se viola el principio por el hecho de sancionar al órgano y también a la misma persona jurídica pero si, después de sancionar a una persona jurídica, se iniciare un proceso contra el órgano de ésta (que participara en el capital de la empresa), se deberá tener en cuenta en qué medida éste ha sufrido menoscabos patrimoniales con la sanción derivada del primer procedimiento contra el ente colectivo¹³⁸. Cuando se introdujo el párrafo 4 en el art. 30 de la OWiG en 1986 se discutió si con esto se atentaba contra el principio "ne bis in idem"; pero esto ha sido finalmente deshechado debido a que, con la multa autónoma a la persona jurídica, se sancionaría a un sujeto distinto de aquél contra quien se ha archivado el proceso (la persona natural)¹³⁹.

7.- En lo procesal, el ente colectivo es un "participante accesorio" un coprocesado en el proceso (contravencional o penal) contra las personas individuales (art. 88, párrafo 1 OWiG, art. 444, párrafo 1, primera oración StPO), pero también es posible

un proceso autónomo contra el ente colectivo (art. 30, párrafo 4 OWiG, art. 88 párrafo 2 OWiG, art. 444, párrafo 3 StPO).

7. ¿Un nuevo Derecho penal de la empresa?

Aunque se ha avanzado mucho en el campo de la "responsabilidad penal de las personas jurídicas", si se mira bien, los argumentos tradicionales en contra de esta "responsabilidad penal" no han podido ser desvirtuados desde la perspectiva de la dogmática penal; 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 empresarial" no armonice con ellas¹⁴⁰. Pero tampoco se trata de hacer que las categorías (y las leyes penales) armonicen, sea como fuere, con un fenómeno de naturaleza distinta. 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 empresa¹⁴¹. Actualmente, las diferencias sólo se presentan a la hora de proponer 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)¹⁴². Un importante sector de penalistas sigue avalando la "solución penal": introducir una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea expresamente a través de una reforma penal, sea a través de una (re-) interpretación de la base legal existente¹⁴³. 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".

137 Cfr., Eidam, n. marg. 826 y s., p. 239. En contra del principio neto, König en Göhler, c. más refs, quien destaca la contradicción de valoraciones sobre todo en relación con la imposición de la multa (donde no se descuentan las "perdidas"), n. marg. § 17, n. marg. 38 y ss.; c. más refs., Rogall, quien favorece el principio neto, en KK OWiG, § 30, n. marg. 122, p. 520

138 Cfr. König en Göhler, § 30, n. marg. 29, p. 259.

139 Cfr. Tiedemann, haciendo valer este argumento, en general, para el caso de una responsabilidad penal de los entes colectivos (además de la de las personas naturales), c. más refs. "Wirtschaftsstrafrecht AT", n. marg. 245, p. 138; también Scholz, p. 439, columna izquierda; Dannecker, "Zur Notwendigkeit...", p. 124.

140 Jakobs, "Punibilidad...", p. 86, 92; Silva Sánchez, "La responsabilidad penal...", p. 147 y s., 150; Abanto Vázquez, "Derecho penal económico. Consideraciones...", c. más refs. p. 155.

141 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, "Wirtschaftsstrafrecht AT", p. 122, n. marg. 245; Silva Sánchez, *ibidem*, p. 158 y s.

142 Ver un resumen de todas estas tendencias en Roxin, "Strafrecht. AT", tomo 1, p. 264, n. marg. 63.

143 Así, entre otros, Tiedemann, c. más refs. "Wirtschaftsstrafrecht AT", p. 121, n. marg. 243; Silva Sánchez, "La responsabilidad penal...", p. 147 y s. 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.

El concepto defecto de la organización, acogido en los arts. 30 y 130 de la OWiG alemana¹⁴⁴ y empleado también en el Derecho anglosajón (management failure)¹⁴⁵, explica de manera satisfactoria la legitimidad de una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas: la persona jurídica es por sí misma responsable del hecho que ha derivado en un delito (o una contravención), independientemente de la comprobación de una responsabilidad individual. Y si los hechos son responsabilidad con “dominio del hecho” de alguien que se ampara en un “error” o “inexigibilidad”; la persona jurídica seguirá siendo responsable por “defecto de la organización”, pues el “punto de contacto” para su responsabilidad será la comisión de un “injusto” (penal o contravencional) proveniente de su organización y que ella toleró o, por una omisión reprochable, permitió o favoreció. El “hecho propio” de la empresa, que legitima la responsabilidad (penal) de ella, no puede ser otro que una “vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial”, pero siempre que esto hubiera sido determinante para la producción del delito cometido por algún individuo¹⁴⁶.

Podría ciertamente dudarse si este modelo también es suficiente pues presenta el problema teórico de determinar cuándo ha habido esta organización defectuosa¹⁴⁷. Por razones de legalidad la crítica no parece desacertada aunque la experiencia alemana demuestra que es posible elaborar una amplia casuística en la práctica (p. ej. no destinar personas idóneas encargadas del control, no regular bien las competencias de tareas, control del cumplimiento de las órdenes, etc.)¹⁴⁸.

Pese a que, con esta fundamentación puede darse una solución “contravencional” a la responsabilidad de personas jurídicas, cabe aún la pregunta de si, por razones de “política criminal”, esto es suficiente. De hecho, las nuevas monografías al respecto han trasladado las reflexiones sobre la “organización defectuosa” y proponen legitimar una “responsabilidad penal” de las personas jurídicas basándose en ella. Ya por razones

metodológicas (diferenciación sobre la naturaleza de los destinatarios de la norma que también admiten los que proponen la responsabilidad penal basada en un “defecto organizativo”) surge la pregunta de si no es preferible recurrir a una vía distinta de la penal. Y es que los conceptos penales de “pena” y “culpabilidad” están tradicionalmente e indisolublemente ligados a los individuos. Pero tampoco la solución administrativo- sancionadora convence debido a su déficit preventivo-general: a las multas contravencionales, por carecer del un fuerte “reproche social” les falta fuerza motivadora (o si se quiere: “intimidadora”). Por ello no parece descabellado postular por una nueva vía: un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas, o sea un *Derecho sancionador de las empresas*¹⁴⁹ que eluda el problema terminológico, por un lado, pero que también sea suficientemente preventivo, por otro lado. Solamente esta alternativa superaría las inconsistencias que surgen cuando se quiere hacer encajar la “responsabilidad jurídica” de la persona jurídica dentro del Derecho penal. 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. La base teórica está en plena construcción a través de los conocimientos sociológicos aportados por las teorías de la organización y que algunos penalistas han incluido en sus modelos (penales) de responsabilidad de los entes colectivos. Por cierto que el carácter preventivo de esta nueva área estaría todavía por demostrar. Esto dependerá, sin duda de la forma cómo se configure esta nueva área jurídica, de su ejecución, de su aceptación social, etc.

La cuestión sigue, en todo caso, abierta a la vista de las distintas respuestas legislativas que se han dado hasta ahora, de entre las cuales el modelo italiano (y el proyecto chileno, convertido en ley desde diciembre de 2009) son los que más se aproximan al modelo ideal aquí propugnado.

144 Al respecto ver Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, p. 121 y ss., Achenbach, “Zur aktuellen Lage...”, p. 569 y s.; Abanto Vázquez, c. más refs. “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 159 y ss. Últimamente, de una manera amplia y bajo una comparación con el sistema francés, Hartan, p. 73 y ss.

145 Cfr. Silva Sánchez, “La responsabilidad penal...”, p. 166 y ss., 170 y ss.

146 Así en la doctrina alemana, en relación con la comisión de delitos por empleados subordinados, se admite la violación del “deber de vigilancia” de la persona jurídica; ver Tiedemann, c. más refs., “Wirtschaftsstrafrecht AT”, p. 123, n. marg. 248. Al respecto, analizando esta posibilidad para legitimar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, Silva Sánchez, “La responsabilidad penal...”, p. 167 y s., 178 y s.

147 Silva Sánchez se hace eco de algunas observaciones de la doctrina alemana; “La responsabilidad penal...”, p. 50, 179 y s. El autor español sugiere como criterio el “poder organizarse de otro modo”, pero critica que esto llevaría a una “responsabilidad por una conducción de la vida o del carácter”; ver *ibidem*, p. 179.

148 Ver en Tiedemann, “Wirtschaftsstrafrecht AT”, p. 123 y s., n. marg. 248.

149 Ver c. más refs. Cramer/Heine, en Schönke/Schröder, vor § 25, n. marg. 125 y ss., p. 523 y s.; en similar sentido Gómez-Jara, “Responsabilidad penal...”, p. 150 y ss., y “Grundlagen...”, p. 306 y s., 315 y ss.; Abanto Vázquez, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, c. más refs., p. 162, y últimamente en “Hacia un nuevo Derecho...”, p. 3 y ss., 17 y ss. Ver más refs. en Abanto Vázquez, “La responsabilidad penal de los entes colectivos...” en la nota 222.

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: ¿Resulta el *Compliance* una medida suficiente y útil para el sistema judicial peruano?

JOSÉ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Estudios en el Institute of Social Studies, The Hague, Holanda.
Especialización en Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca.
Ex Procurador Ad-Hoc de la República.
Profesor Principal de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ

Abogado por la Universidad Católica de Santa María.
Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María.
Máster en Derecho de la Empresa por la Universidad Católica de Santa María.
Máster en Gestión Pública por la Universidad ESAN.
Fiscal Provincial Titular del Primer Despacho de la Fiscalía Supraprovincial
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios- Equipo Especial.

MARCOS TAPIA RIVAS

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.
Máster en Derecho Penal por la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Federico.
Profesor de Derecho Penal de la Universidad César Vallejo.
Abogado Adscrito a la Procuraduría Pública Especializado en Tráfico Ilícito de
Drogas del Ministerio del Interior.

RICHARD CONCEPCIÓN CARHUANCHO

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.
Máster en Derecho de Empresas por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Estudios de Doctorado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Juez Titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional.



RESUMEN:

El *Compliance* es un término bastante familiar entre las empresas norteamericanas e incluso en países de Europa. Sin embargo, es un concepto nuevo que se viene manejando en el Perú. La principal función del *Compliance* es garantizar la integridad de la compañía y para ello identifica riesgos y establece mecanismos que permitan que los mismos no se conviertan en un problema. Atendiendo a ello, **ADVOCATUS** tuvo la oportunidad de entrevistar a cuatro especialistas en la materia para que nos compartan sus reflexiones sobre *Compliance* en nuestro marco normativo, así como en el contexto social que nos encontramos.

ABSTRACT:

Compliance is a fairly familiar term among American companies and even in European countries. However, it is a new concept that is being handled in Peru. The main function of *Compliance* is to guarantee the integrity of the company and for this it identifies risks and establishes mechanisms that allow them not to become a problem. In response to this, **ADVOCATUS** had the opportunity to interview four specialists in the field to share their reflections on *Compliance* in our regulatory framework, as well as in the social context we are in.

1. ¿Cuál es el marco teórico que subyace a la responsabilidad penal de la persona jurídica?

José Ugaz (JU): La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas se introdujo mediante la Ley 30424 —vigente desde el primero de julio del 2017—. Hasta antes de esa ley las personas jurídicas solo podían responder patrimonialmente como tercero civilmente responsable, en caso alguien de la empresa hubiera cometido un delito. A partir de esa fecha, primero para el delito de soborno transnacional y luego se fue ampliando para otros delitos como lavado de activos y corrupción se asume que las personas jurídicas pueden ser involucradas en investigaciones penales como sujetos activos, como autores y, por lo tanto, ser pasibles de sanciones penales, al igual que las personas físicas.

José Pérez (JP): La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una novedad en el derecho penal peruano. El Código Penal incorporó sanciones de carácter penal o del proceso penal para las personas jurídicas a las cuales denominó “consecuencias accesorias”. Esto ha sido una decisión político-criminal del legislador, porque procuraba establecer una respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde se encontraba vinculada o involucrada la persona jurídica por la comisión del hecho punible por parte de su directivo, administrador o representante.

Es por eso que el artículo 105 del Código Penal regula las consecuencias accesorias de la persona jurídica. Esta es una suerte de responsabilidad subsidiaria —que estaba definida en ese entonces— para el caso que la persona natural o física, como ya lo había indicado, el representante o quien actúa en nombre de la persona jurídica cometa los delitos. Es por eso que en su oportunidad se estableció en el Acuerdo Plenario 7-2009, que no eran una especie de penas accesorias, como vendría a ser la inhabilitación, sino un complemento dependiente o accesorio de una pena principal que se le deba imponer al autor del delito.

Por ello que se hace referencia de que tienen una condición accesorio, vicaria, o paralela a la ley. Es decir, que es una condición exigida de la ley, una exigencia normativa que, para su imposición, se debía identificar la comisión del hecho por parte de la persona natural como autora del hecho punible, y luego conectar esta responsabilidad a la persona jurídica.

La pregunta es, ¿Cuál es la base teórica actualmente?, pues más allá de esta pequeña introducción, la Ley 30424 es la que finalmente establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, Ley del 21 de abril de 2016; el Decreto Legislativo 1352, que amplía el tema de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, del 06 de enero de 2017; la Ley 30835, que modifica la Ley 30424,

que va regulando esta responsabilidad administrativa; el Reglamento publicado mediante Decreto Supremo 02-2019, del 09 de enero de 2019, que establece los componentes de un modelo de prevención de delitos, mecanismos necesarios para que los fiscales puedan investigar y solicitar sanciones en estas medidas administrativas contra las personas jurídicas, el marco legal para la determinación de la persona jurídica en caso se solicite algún tipo de eximente de responsabilidad administrativa o atenuación de la misma.

Toda esta base legal viene actualmente regulando la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. En preciso señalar que, no es que se adopte un tipo de responsabilidad penal, sino responsabilidad administrativa derivada de la comisión de un delito, que tiene consecuencias netamente administrativas.

Esto no es una novedad, definitivamente en nuestra legislación ha tenido determinadas denominaciones, como lo he indicado. Si debe establecerse la comisión de un delito, ahora se puede solicitar la sanción por la comisión del hecho a la persona jurídica.

Asimismo, quiero hacer mención a lo que César San Martín señaló en una conferencia del 30 de mayo de 2019, a propósito de la pregunta. Él ha indicado que, sea se denomine responsabilidad administrativa o penal, es un “tema de etiquetas”. Él cree que debe ser denominada responsabilidad administrativa y no penal; sin embargo, al ser un tema de etiquetas, sea administrativa o sea penal, finalmente son los criterios de atribución, en ambos casos, iguales.

Si es un tema denominado administrativo, es porque tenemos un antecedente italiano o alemán, y si lo considera penal, es porque es un tema francés, español o argentino.

Marcos Tapia (MT): El pilar fundamental de cualquier investigación, análisis, experimento o propuesta de desarrollo de un trabajo resulta ser el marco teórico. El marco teórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene que ver con el objeto de la Ley 30424 —Ley

que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional; ampliado a los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo—, y su modificación, por medio del Decreto Legislativo 1352. Ambas son formas de asegurar que se aplique la responsabilidad penal, civil o administrativa a las personas jurídicas involucradas en los delitos en mención, en consonancia con las políticas del Estado en materia de lucha contra la corrupción.

Richard Concepción (RC): La responsabilidad de las personas jurídicas comprende dos áreas plenamente diferenciadas, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por un lado, la responsabilidad administrativa de la persona jurídica se encuentra regulada en la Ley 30424, con su modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1362, la cual se aplica a una pluralidad de delitos, entre ellos, a los delitos de cohecho internacional, lavado de activos, terrorismo, y minería ilegal, en la medida que hayan sido cometidos a nombre de la persona jurídica y en beneficio de la misma, en cuyo caso podría imponérsele medidas administrativas como multa, inhabilitación, cancelación de derechos reconocidos a su favor, clausura de locales y la disolución.

Por el otro lado, tenemos la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La misma se encuentra regulada en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, para lo cual se exige su incorporación formal al proceso penal, en cuyo caso se requerirá que se identifique a la persona jurídica, se precise la cadena de atribución existente en su contra y la fundamentación legal correspondiente, a fin de que el seno del proceso penal puede defenderse de los cargos que se le atribuyen, para finalmente decidirse si es viable o no la imposición de una consecuencia accesoria en contra de la persona jurídica, como la multa, dictado de prohibiciones, suspensión de actividades, disolución y liquidación de la sociedad y clausura de locales o establecimientos —siendo una suerte de sanción especial a la persona jurídica—.

2. ¿Qué es un programa de cumplimiento normativo o *Compliance* penal? Y, ¿Es suficiente con la tenencia, diseño y/o implementación de un programa de cumplimiento para que se atenúe o exima de responsabilidad penal a la empresa?

JU: Los programas de cumplimiento son modelos que se implementan al interior de las empresas para evitar riesgos que puedan terminar en la comisión de actos delictivos. Esos programas de cumplimiento tienen ciertos estándares universales en estos tiempos e incluso pueden ser objeto de certificación; por ejemplo, para obtener el ISO 37001 que es el ISO antisoborno. Sin embargo, de acuerdo a la Ley y su Reglamento, no vas a tener el programa de cumplimiento para ser exonerado o atenuada la responsabilidad penal; sino que se tiene que hacer un programa de primer nivel que sea consistente y cuente con una opinión favorable de la Superintendencia de Mercado de Valores —en adelante, la “SMV”—, que es el ente supervisor que ha establecido la Ley.

JP: *Compliance* es un anglicismo, que en español vendría a ser “cumplimiento a la norma” —un modelo de cumplimiento, técnicamente nuestra legislación nos indica “prevención”— y en buena cuenta se define como la regulación interna que debe adoptar la persona jurídica en su organización, con el fin de garantizar la ética empresarial y prevenir la comisión de actos delictivos.

Un programa de cumplimiento lo que pretende es afianzar o identificar los valores éticos de la empresa para el desarrollo de sus procesos, para la toma de decisiones. Técnicamente es un elemento legal, es el marco legal que ha impuesto el legislador para el desarrollo empresarial. En ese sentido, hay que tomar en cuenta que es una intervención del estado en la esfera privada porque para la responsabilidad administrativa, acordémonos ha establecido como sanciones: la multa, la inhabilitación, la disolución y la intervención. Asimismo, al establecerse un modelo de cumplimiento o prevención como una exigencia empresarial lo que está indicándonos el poder estatal es

que, el privado, dentro de su autonomía tiene que establecer cuál es el mejor modelo para determinar la naturaleza de la actividad que realiza, los riesgos en los cuales pueden darse la comisión de hechos con contenido penal, la necesidad de prevenir u organizarse en cumplimiento de la norma y cuáles van a ser las mejores medidas de vigilancia y autocontrol que puedan tener.

Un modelo de prevención, definitivamente a la pregunta que me realiza, no va a suponer definitivamente que no vaya a cometerse ningún tipo de hecho con contenido penal por parte de los trabajadores o de alguno de los directivos. Definitivamente sí va a ayudar a que todos los niveles empresariales adopten las decisiones más correctas; sin embargo, resalto no podría garantizarse que no podría haber algún tipo de actuación indebida por dentro de la autonomía de una persona que forma parte de la empresa, debido a que podría incumplir el modelo de prevención.

Ahora el modelo de prevención o de cumplimiento definitivamente tiene que cumplir con las necesidades o el modelo que ha adoptado la organización, no es lo mismo una empresa grande que una empresa pequeña, no es lo mismo el modelo de prevención, de cumplimiento que supone realizar una auditoría interna para determinar cuál es el proceso o los procesos que realiza la empresa que, simplemente, adoptar un modelo sin haber realizado el análisis o el estudio de las actividades que realiza.

MT: El *Compliance* o programa de cumplimiento normativo es un conjunto de reglas y procedimientos que la persona jurídica adopta e implementa en su organización como modelo de prevención. Este modelo es adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, y consiste en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos en mención o para reducir significativamente el riesgo de su comisión —esto de conformidad a lo señalado por artículo 17 de la Ley—.

No es suficiente la tenencia de este programa de cumplimiento normativo ya que, de ser el

caso, este debe ser supervisado por un tercero — tal cual lo menciona el artículo 19 de la Ley—. Siguiendo este orden de ideas, el plan debe contener lo siguiente:

- a) Mapa de riesgos
- b) Manual de cumplimiento
- c) Revisión operativa
- d) Información
- e) Auditorias de cumplimiento
- f) Cultura de transparencia
- g) Revisiones periódicas
- h) Canal de denuncias
- i) Procedimientos de investigación
- j) Código de ética¹

RC: El programa de cumplimiento que se implementa al interior de una empresa puede ser de dos tipos:

- 1) El programa de cumplimiento efectivo apunta al cumplimiento efectivo del Derecho, de tal suerte que la propia estructura organizativa de la empresa deberá implementar un programa encaminado a evitar la comisión de delitos.
- 2) El *Compliance* penal exige la identificación de riesgos penalmente relevantes para la empresa, el diseño de reglas específicas para hacerlas frente y la aplicación efectiva de las mismas.

Es claro que la tenencia o implementación de un programa de cumplimiento servirá para establecer el grado de responsabilidad administrativa de la persona jurídica de la empresa frente a la comisión de delitos, sea para eximirlo o atenuarle su responsabilidad frente a la concretización de riesgos de carácter penal, así tenemos que:

- a) En el caso que la empresa haya cometido delito y se acoge a un programa de cumplimiento, ello servirá para atenuar su responsabilidad.

- b) Distinto es el caso, en donde la empresa de manera antelada se haya acogido a un programa de cumplimiento de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos, en cuyo caso, la persona jurídica estará exenta de responsabilidad.

3. ¿El *Compliance* o programa de cumplimiento normativo aplicable en las empresas, contribuye a combatir la criminalidad?

JU: Es un elemento preventivo más, no es una vacuna definitiva. Sin embargo, no hay duda alguna que, disminuye o elimina en algunos casos los riesgos, pero lo importante no es tanto que se tenga formalmente un programa, sino que haya un cambio de cultura en los niveles más altos directivos y gerenciales de la empresa para que efectivamente se apliquen las mejores prácticas de gobierno corporativo y se reduzcan los espacios que puedan dar pie a que se cometan actos de corrupción, delitos, fraudes u otras irregularidades.

JP: Ciertamente sí, porque parte de la política criminal del Estado y en cumplimiento de la legalidad, el Estado establece mecanismos para poder reducir o adelantarse a la comisión de hechos con contenido penal como son el lavado de activos, crímenes de corrupción, para el tema también de financiamiento del terrorismo —este último no es el tema al que me aboco, sino al lavado de activos y corrupción de funcionarios—.

Obviamente, el Estado lo realiza siguiendo recomendaciones de las organizaciones internacionales que ven por conveniente establecer obligaciones a la organización privada de las personas jurídicas, por eso no es extraño si seguimos esa tendencia mundial de que el Estado ingrese a la esfera privada a través de este modelo para prevenir esta comisión de hechos, sobre todo porque en una sociedad o en un mercado actual en donde el Estado contrata

1. Cfr. Economistas Reigosa & Varela, España.

con el privado, continuamente el Estado tiene que buscar estos mecanismos para prevenir la comisión de hechos delictivos más que buscar simplemente sancionarlos.

Es por eso que, en el derecho comparado, podemos establecer diversas modalidades de programas de cumplimiento que son de vital importancia, precisamente, para los grupos empresariales porque es una manera de autorregularse y esta manera de autorregularse para lo que permite ayudar, es que es una contribución del privado a la actividad pública, porque el privado está asumiendo este compromiso de lucha contra la corrupción, prevención de actividades de lavado de activos y financiamiento del terrorismo y de esta manera se suma a políticas públicas que son estas que te digo: la lucha contra la corrupción, la impunidad de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo.

MT: Teniendo en cuenta que la criminalidad organizada —Ley 30077— tiene un ámbito de acción mucho mayor a lo que pretende la Ley 30424 —y su modificatoria, Decreto Legislativo 1352—, considero que regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas involucradas en los delitos en mención, solo es un paliativo en la lucha contra la criminalidad organizada que abarca un número mayor de tipos penales —artículo 3 de la Ley 30077—, siendo este programa estrictamente preventivo en salvaguardar el patrimonio empresarial particular o estatal.

RC: El programa de cumplimiento normativo contribuye a combatir la criminalidad, en la medida que la persona jurídica cuente con un modelo preventivo frente a los riesgos jurídicos penales relevantes que se presenten como consecuencia de su desempeño de actividades comerciales, entre ellos tenemos:

- 1) La existencia de un órgano de la empresa que se encargue de la función de auditoría interna de prevención, debiendo contar para tal efecto, con recursos humanos, logística y prerrogativas funcionales para cumplir dicha función.

- 2) Diseño y aplicación de medidas encaminadas a la identificación de las actividades que generen riesgos en la comisión de delitos, para lo cual se requerirá contar con:

- i) programas que prevengan la comisión de delitos;
- ii) programas que eviten la utilización de la empresa para la comisión de delitos;
- iii) la existencia de sistemas de denuncia y recepción de información sobre la comisión de delitos, con el carácter de reservado y protección de datos del denunciante.

- 3) Supervisión interna sobre la aplicación del programa de cumplimiento normativo a la persona jurídica, con el objeto de identificar sus fallas, y con ello prevenir de manera eficiente la comisión de delitos futuros.

4. ¿Cuáles son los efectos del *Compliance* en el derecho penal sustantivo y en ámbito del derecho procesal penal?

JU: En el ámbito del Derecho Procesal Penal tienes por mandato de la Ley la posibilidad de ser una causa atenuante o eximente de responsabilidad penal; siempre y cuando tenga una opinión favorable para esos efectos y tenga una evaluación positiva de la SMV.

Desde el punto de vista del Derecho Penal sustantivo, es un elemento modificador de la responsabilidad penal, en la medida que se puede haber cometido el delito del uso de la empresa; no obstante, si la empresa contaba con un modelo consistente y fue burlada por las personas físicas que cometieron los delitos, entonces eso tiene un impacto sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

JP: Esto está establecido en la Ley 30424, una persona jurídica que tenga un modelo adecuado de un modelo de prevención, de un programa de cumplimiento antes de la comisión de delitos que señala la norma: de corrupción de funcionarios, de lavado de activos, de financia-

miento de terrorismo, puede ser eximida la responsabilidad administrativa; es decir, no habrá multa, no habrá inhabilitación y no habrá las otras medidas que debería aplicarse a la persona jurídica. Ahora si es que este modelo de prevención no es adecuado, pero se tuvo antes de la comisión del hecho delictivo; la Ley 30424 señala que la responsabilidad puede ser atenuada, entonces ya vemos una cierta injerencia dentro del derecho penal.

Ahora, ¿Quién determina que este modelo sea el adecuado? Según la Ley, la Superintendencia del Mercado de Valores, es lo que señalaba la Ley. Y, se tendría que establecer en base a varios indicadores: análisis y corrección de los riesgos; compromiso de los órganos de gobierno; autonomía y recursos; políticas y procedimientos; evaluación de riesgos; etcétera. Pero, es ahí donde entramos al tema del Derecho Procesal Penal; porque, definitivamente, si es que se inicia una investigación y el fiscal recibe la denuncia y cita a los representantes de la persona jurídica y estos, en el desarrollo de la investigación, demuestran de que tenían un programa de prevención adecuado; entonces, el fiscal no tendría por qué proseguir con el proceso respecto a la persona jurídica.

Seguidamente, ¿Cómo el fiscal determinaría que este es un programa de cumplimiento o programa de prevención adecuado? Lo que ya dice la Ley 30424; es decir, a través del informe que tendría que dar la Superintendencia de Mercados de Valores. Es decir, se introduce ese informe como una pericia institucional. ¿Y qué es una pericia institucional? La pericia que se actúa fuera del proceso. Es decir, la que te proviene de un ente público. En ese sentido, si el fiscal tiene ese elemento de corroboración o de investigación y de convicción para determinar de que la persona jurídica tenía un modelo de prevención adecuado, no tendría por qué continuar con la causa y, por lo tanto, podría archivar respecto a la persona jurídica. Eso es más o menos la intervención que tiene el Programa de Cumplimiento y de Prevención en estos dos aspectos.

MT: Considero que tiene un efecto mínimo en el derecho penal, en razón que la Ley solo se cir-

cunscribe a cuatro tipos penales —cohecho activo transnacional, corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo—. De acuerdo a la estadística de criminalidad, las personas jurídicas tienen un mínimo de participación en comparación con la responsabilidad personal, pero cuando se debe aplicar como medida administrativa desde una multa hasta llegar a una posible disolución o uso de las medidas cautelares, entonces esta medida resulta acertada.

En el derecho procesal penal, por tener directa relación con la norma sustantiva, sus efectos deben ir de la mano entre ambos. El derecho penal sustantivo describe el precepto prohibitivo con su respectiva sanción, por lo que el derecho procesal regula las formas de aplicación, en cuanto a la investigación y al procesamiento, teniendo en cuenta que el Código Procesal Penal regula a las personas jurídicas desde el artículo 90 al artículo 93.

RC: El *Compliance* criminal debería tener incidencia en el campo del derecho penal y en el campo del proceso penal, a propósito de incorporación de una persona jurídica al proceso penal y al momento de decidirse la imposición o no de consecuencias accesorias a la persona jurídica —suerte de sanción a las personas jurídicas—, por lo siguiente:

- 1) En cuanto al tópico de la incorporación de las personas jurídicas al proceso penal, encaminado al emplazamiento de la persona jurídica, a efectos que dentro del marco del proceso penal pueda defenderse de la cadena de atribución que se ha formulado en su contra —tema procesal—, existe controversia respecto a los presupuestos procesales exigidos para ello:
 - i) Una primera postura jurisprudencial sostiene que debe evaluarse el pedido de incorporación de la persona jurídica al proceso penal, verificándose la identificación de la persona jurídica, la existencia de una cadena de atribución —hechos que relacionen a la persona jurídica con los delitos investigados— y la fundamentación legal correspondien-

te; sin ingresar al análisis sobre la relevancia penal o no de la cadena de atribución —soporte probatorio o no de la cadena de atribución— por tratarse de asuntos que deberán ventilarse al interior del proceso penal, se entiende a través de los mecanismos procesales que correspondan;

- ii) Una segunda postura jurisprudencial que exige que los hechos imputados en contra de la persona jurídica hayan sido señalados previamente en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, postura bastante discutible, por los siguiente: i) establece un requisito procesal no previsto en el propio artículo 91 del Código Procesal Penal; ii) se entiende que la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria es para imputar cargos en contra de la persona natural como imputado, y no contra la persona jurídica, que tiene su propio mecanismo procesal de imputación, a saber el requerimiento de incorporación de la persona jurídica y la resolución judicial constitutiva que lo aprueba —tal como lo sostiene Caro Coria—; iii) exigir que la imputación en contra de la persona jurídica conste en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria haría innecesario transitar por el mecanismo procesal de la incorporación de la persona jurídica al proceso penal.
- iii) Una tercera postura planteada por Caro Coria, según el cual para decidir la incorporación de una persona jurídica al proceso penal, además de cumplirse los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario 7-2009, debe analizarse la existencia de defectos en la organización o la deficiente administración de riesgos, en cuyo caso, importará verificar una hipótesis de no implementación de programas de *Compliance* para prevenir delitos, de donde se sigue que la tenencia o no de un programa de *Compliance*

criminal será un requisito a verificar para decidir la incorporación de una persona jurídica al proceso penal.

- 2) En lo que toca a la imposición de consecuencias accesorias en contra de una persona jurídica dentro del marco de un proceso penal —tema de derecho penal sustantivo—, del mismo modo, importará si la persona jurídica se acoge o no a un programa de *Compliance* criminal, pues ello podrá invocarse para eximirle o atenuarle su responsabilidad, de cara a la adopción de consecuencias accesorias en su contra.
- 5. **¿Considera que es importante que los estudios jurídicos implementen un área dedicada al *Compliance* penal para prevenir potenciales actos de corrupción?**

JU: Los estudios jurídicos tomaron con mucho entusiasmo la vigencia de la norma; algunos de ellos incluso ampliaron sus áreas de prestación de servicios, contrataron profesionales, pero luego se ha quedado a determinar la realidad de que los abogados no necesariamente son los primeros llamados a trabajar en programas de *Compliance*. Esto tiene que ver, más que con temas jurídicos —sin dejar de mencionar que tiene que ver con temas jurídicos—, pero en primer orden tiene que ver más con sistemas de riesgos, monitoreo de procesos, análisis de sistemas y, por lo tanto, requiere de un profesional de otro perfil.

Los profesionales del Derecho somos complementarios al trabajo que hacen, a quienes diseñan los procesos de *Compliance* y, establecen las áreas de riesgo de las empresas.

JP: La pregunta es bastante compleja. Si es que debería tener dentro de su área, para brindar ese servicio, va a depender del Estudio, a qué actividad se dedica. Si ofrece un servicio corporativo, entiendo que parte de ello va a ser el ofrecimiento de un programa de cumplimiento.

Ahora, si la preguntas que los Estudios Jurídicos, como empresas, deberían tener también

un programa de prevención o un programa de cumplimiento para el propio estudio o como una entidad privada; entonces un claro ejemplo que yo te podría decir, sin antes primero mencionar y recalcar que la respuesta es “sí”. Yo creo que sí, es necesario.

En seguida, te tendría que poner el claro ejemplo de lo que fue la investigación en el caso Orellana; es decir, estábamos hablando de un estudio de abogados que supuestamente brindaba servicios, pero que ya incurrió en la comisión de hechos delictivos. Entonces, un programa de cumplimiento o de prevención, entiendo de que pudo haber advertido o puede advertir en condicional o a futuro, no solamente sometíendome a este caso, podría sí ayudar a un estudio jurídico a orientar adecuadamente los fines de su organización.

MT: Creo que sí, ya que la obligación de la implementación de este programa de cumplimiento normativo es para las personas jurídicas que generen bienes y servicios que podrían involucrarse en actos de criminalidad vinculados en mayor escala a actos de corrupción y de lavado de activos, dejando abierta la posibilidad en el marco normativo de que podrían ser todo tipo de personas jurídicas, sean particulares, estatales, reguladas por el Código Civil o por la Ley General de Sociedades, entre otros.

Es preciso indicar que, no se encuentra nada en la normativa vigente que impida a los estudios jurídicos ofrecer los paquetes de implementación de cumplimiento normativo a través de asesorías.

RC: Considero que sí es importante que los estudios jurídicos cuenten con un área dedicada a prevenir potenciales actos de corrupción. Esto claro está, en la medida que exista un ente regulador que los fiscalice, en cuanto al cabal cumplimiento de los programas de *Compliance* criminal en las empresas; de lo contrario, se podría llegar al escenario —que nadie desea— de que el acogimiento formal a dichos programas constituya una licencia para cometer delitos, bajo el entendido que su simple acogimiento

signifique que no se active consecuencia jurídica alguna en su contra.

6. En el supuesto de una pequeña empresa y partiendo del elevado costo de la implementación de un programa de cumplimiento ¿Qué tanto puede compensar la implementación de dicho programa preventivo?

JU: Las pequeñas empresas, efectivamente, no tienen la capacidad de costear procesos de *Compliance* muy costosos, pero como su estructura corporativa también es bastante más simple se pueden hacer algunos ajustes fundamentales como: contar con un Código de Ética, entrenamiento mínimo para el personal, contar con algún sistema de captación de denuncias anónimas sobre conducta funcional y, sí básicamente, los niveles más simples del Programa de Cumplimiento y eso, en realidad, lo podrían obtener con una asesoría mínima y que no fuera muy costosa. En la actualidad, incluso pueden adoptar sistemas de cumplimiento sin la necesaria intervención de un profesional, por ejemplo, mirando ahora a través del internet otros modelos de empresas de similar tamaño y estructura.

JP: Lo que sucede es que las pequeñas empresas, cuando tengan vocación de crecer, definitivamente van a tener que adoptar modelos de prevención o cumplimiento. Es voluntario.

En este orden de ideas, si es que la proyección de la pequeña empresa es crecer dentro del mercado, debe saber que va a estar sometido a de que sus funcionarios, sus trabajadores, sus directivos puedan tener algún tipo de vinculación con el aparato público. Y en ese orden de ideas, de no tener un programa de cumplimiento, podría verse implicado o envuelto, la empresa, en algún tipo de responsabilidad administrativa por la comisión de alguno de sus trabajadores.

Claro está, y volvemos a una de las respuestas que di anteriormente, va a depender mucho del objeto de la empresa, el tamaño de la empresa. No es lo mismo tener un programa de

cumplimiento para una pequeña empresa que probablemente para una gran empresa. No es lo mismo realizar o adoptar un programa de cumplimiento luego de una auditoría que haya podido tener la empresa e identificar cuáles son los procesos y cuáles son las deficiencias que puedan mejorarse o cambiarse; que aquella que decide adoptarlo o adquirirlo. Entonces, ¿es necesario? Considero que sí. Ayuda a la prevención, permite la evaluación de riesgos y, definitivamente, si la empresa busca crecer, lo va a tener que adoptar.

MT: Una de las finalidades de esta Ley es la prevención de la comisión de actos ilícitos —ya identificados— donde la persona jurídica se pueda ver involucrada. Por medio de los programas de cumplimiento se trata de evitar recibir sanciones de carácter administrativo y/o penal, en razón de que la escala de sanción va desde una multa hasta la disolución de la persona jurídica.

La implementación de este programa a través de una certificación definitivamente debe tener un costo, y considero que este costo también dependerá de la magnitud y envergadura de la persona jurídica, pero la Ley —tal cual lo indica el artículo 19 de la misma— señala que

el modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados —como el caso de la norma ISO—, por lo cual esta certificación es opcional, ya que la legislación no obliga a la misma.

RC: Resulta claro que implementar un programa de *Compliance* criminal significa incrementar significativamente los costos de operatividad de las personas jurídicas, determinando que sea inaccesible para las pequeñas empresas.

Sin embargo, cabe señalar que su adopción debe verse como una inversión a largo plazo para las pequeñas empresas, en razón a que:

- i) se les incentivará a internalizar una cultura de respeto al Derecho y de prevención de riesgos de carácter penal;
- ii) el entendimiento que la comisión de delitos en el seno de la empresa —riesgo propio de toda empresa—, podría significar su liquidación, en cuanto a la reputación de la empresa en el mercado, y a la aplicación de consecuencias jurídicas negativas en su contra —intervención de la empresa e incautación de su patrimonio—.