



Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*)

Gerhard Dannecker

Catedrático de la Universidad de Bayreuth,
Alemania

Uno de los debates de mayor actualidad en la necesaria adaptación del Derecho penal a los nuevos retos de la criminalidad económica es el concerniente a la penalidad de las personas jurídicas y corporaciones¹. El principio de "societas delinquere non potest" no tiene ya vigencia de manera general. En este sentido, el Derecho penal contra las personas físicas ha sido completado en un gran número de países industrializados con un Derecho penal contra las personas jurídicas². Junto a Gran Bretaña, donde se prevén sanciones penales contra las personas jurídicas desde hace tiempo, podemos nombrar también Dinamarca, Francia, Holanda, Portugal, Finlandia, Estados Unidos, Australia, Japón y Noruega. En otros Estados, como es el caso de Alemania e Italia al igual que el de la Unión Europea, existen únicamente sanciones económicas contra las personas jurídicas³. Otro grupo

de países como Bélgica, Grecia, Austria, España y Canadá prevén exclusivamente la imposición de sanciones de carácter civil o administrativo frente a las personas jurídicas en lugar de sanciones de carácter penal. Los países donde no se prevén sanciones penales contra las personas jurídicas, tal y como acontece en la mayoría de los Estados de Europa oriental, abordan en la actualidad procesos de reforma de sus legislaciones⁴. Podemos afirmar por tanto la actual existencia de una tendencia generalizada al reconocimiento o a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵. Esta situación ha desencadenado, especialmente en Europa, un debate de fondo sobre la necesidad de introducir sanciones penales contra las sociedades y de cómo deberían ser estructuradas⁶. A ello responde el debate sobre los fundamentos dogmáticos propios de un Derecho penal de so-

(*) Traducción realizada por Ana Cristina Rodríguez Yagüe, Universidad de Castilla-La Mancha. Quiero agradecer sus valiosas sugerencias al Profesor Dr. Adán Nieto Martín.

1. En este sentido, ESER, en ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, 1998, pág. 1 y ss; TIEDEMANN en SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN, *Freiburger Begegnung. Dialog mit Richter des Bundesgerichtshofs*, 1996, pág. 30 y ss.

2. Cfr. las aportaciones recogidas en ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, passim*; TIEDEMANN/DE DOELDER (eds.), *La Criminalisation du Comportement Collectif/Criminal Liability of Corporations*, 1996, pág. 31 y ss; también la visión de conjunto ofrecida por ROGALL, en *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2ª edición, 2000, § 30 marginal 235 y ss; SCHWNGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pág. 26 y ss, respectivamente con ulteriores referencias.

3. En sentido parecido HEITZER, *Punitive Sanktionen im Gemeinschaftsrecht*, 1997, pág. 134 y ss.

4. También en Alemania la "Comisión para la reforma del sistema de sanciones penales" establecida por el Ministerio Federal de Justicia en 1998 se ocupa de esta problemática sobre las bases de un proyecto de discusión del Gobierno regional de Hesse (BR-Drucks 690/98). Sobre este proyecto de discusión Cfr. HAMM, NJW, 1998, 662 y 663; Krekeler en *Festschrift für Hanack*, 1999, pág. 653 y ss, 659 y ss; WEGNER, ZRP 1999, 187.

5. HEINE EN ALWART (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, pág. 94; HIRSCH *Die Frage der Straffähigkeit von Verbänden*, 1993, págs. 5, 22; MÖHRENSCHLAGER, EN ESER/HEINE/HUBER (eds.): *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, pág. 89 y ss; STRATHENWRTH en *Festschrift für Rudolf Schmitt*, 1992, pág. 295; TIEDEMANN EN SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN: *Freiburger Begegnung*, pág. 32; Volk, JZ, 1993, 430.

6. Cfr. solamente ESER, EN ESER/HEINE/HUBER (eds.): *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, pág. 1 y ss; TIEDEMANN, EN SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN: *Freiburger Begegnung*, pág. 30 y ss, ambos con ulteriores referencias.

7. Sobre los diferentes modelos de la responsabilidad penal de la empresa, Cfr. HEINE EN ALWART (ed.): *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, p. 95 y ss.

ciudades⁷, discusión que se ha formulado tanto en los niveles nacionales⁸ como de la Comunidad Europea⁹.

I. Nuevos desafíos en el Derecho penal económico y de la empresa: La necesidad de sanciones penales contra las personas jurídicas.

1. Situación político-criminal.

La situación político-criminal correspondiente a las modernas sociedades industriales viene caracterizada porque, de una manera creciente, los actos con relevancia penal no son cometidos ya sólo por personas particulares, que actúan de forma autónoma, sino por agrupaciones de personas, caracterizadas habitualmente por sus estructuras organizativas complejas, construidas en torno a la división del trabajo y que reúnen una gran capacidad de poder¹⁰. Esto ocurre sobre todo en el ámbito de la economía donde los empresarios actúan como organizaciones de carácter complejo¹¹ que, como consecuencia de la concentración de poder de sus miembros, se han desarrollado como un factor predominante de la vida económica¹². Dentro de los delitos cometidos por las empresas se encuentran en primer lugar los delitos económicos y contra el medio ambiente¹³. La persecución penal de los delitos económicos cometidos por las empresas se ve dificultada debido a que la creciente división de trabajo conduce a una difumi-

nación de la responsabilidad penal individual. Asimismo hay que considerar tanto las dificultades de aplicación de los delitos económicos individuales como las considerables dificultades de prueba. Hay que añadir además el clima originado dentro del grupo que fomenta y favorece la comisión de delitos a favor de las personas jurídicas¹⁴. Hasta ahora, conforme al § 30 OWIG, podían ser impuestas únicamente sanciones administrativas pecuniarias contra las personas jurídicas. De acuerdo con la exposición de motivos de la ley¹⁵ el fin político-criminal perseguido consiste en evitar la posición privilegiada de las personas jurídicas respecto a las personas físicas. Si la ley no previese la posibilidad de imposición de una sanción administrativa pecuniaria contra una persona jurídica, la pena o multa administrativa se impondría contra el empresario individual en función del valor económico de su empresa y de la ventaja obtenida o proyectada por la misma. Por el contrario, con una vulneración del deber realizada por el órgano de una persona jurídica podrían ser impuestas las penas o las sanciones administrativas pecuniarias solamente en consideración a los comportamientos económicos que haya realizado el órgano en particular. De ello se deduce que la posible pena o multa administrativa podría carecer a menudo de una proporción adecuada a la trascendencia del hecho cometido y no sería apropiada ni para arrebatarle los beneficios obtenidos a la persona jurídica ni para luchar contra la obtención de dichas ganancias. Con las sanciones pecuniarias contra las personas jurídicas se trata de compensar con

8. Sobre la discusión en Alemania, cfr. ALWART, EN ALWART (ed.): *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, pág. 75 y ss; BOTKE, *Wistra* 1997, 241; cfr. FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, *passim*; HAMM, *NJW* 1998, 662 y 663; HEINE, EN: ALWART (ed.): *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, pág. 90 y ss; KREKELER, en *Festschrift für Hanack*, 1999, pág. 639 y ss; SCHÜNEMANN, EN SCHÜNEMANN (ed.): *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit*, Bd. 3: *Unternehmenskriminalität*, 1996, pág. 145 y ss. Cfr. también la pregunta formulada al Gobierno federal el 15 de enero de 1998, BT-Drucks. 12/9682, pág. 1.

9. Sobre la discusión en conexión con la introducción de la punibilidad de las personas jurídicas a través del Corpus Juris, cfr. las contribuciones de DELMAS-MARTY, DE ANGELIS, TIEDEMANN, DANNECKER, SPENCER, COEURET, PALAZZO, VERVAELE, JAEGER, PINIOT en *Rev. sc. crim.*, 1997, pág. 253 y ss.

10. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pág. 31 y ss; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pág. 30 y ss.

11. Cfr. a este respecto SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1996, 2 y 3; TIEDEMANN, *NJW* 1988, 1; Cfr. también EDWM, *Straftäter Unternehmen*, 1997, pág. 26.

12. Sobre el significado de la empresa en la actual vida jurídica y económica, cfr. ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pág. 17; BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1989, pág. 4 y 5; EHRARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, pág. 4 y 5; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pág. 13 y ss; H.-J. SCHOTH, *Unternehmen als Normadressaten und Haftungssubjekte im Strafrecht*, 1990, pág. 4; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Bd. 1, 1996, págs. 19 y 20.

13. RALF BUSCH, *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, 1997, pág. 50 y ss.

14. Detalladamente, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pág. 18 y ss; sobre la situación en los Estados Unidos, cfr. BRICKER: *Corporate Criminal Liability*, Bd. 1, 2ª edición, 1992, pág. 138 y ss; GREEN, *Occupational Crime*, 1990, pág. 97 y ss; Soerscher, 78 *California Law Review* 1990, pág. 1299 y ss.

15. BT-Drucks, V/1269, pág. 59.

sanciones las ventajas obtenidas por ésta a través de la infracción cometida.

El desarrollo de la criminalidad económica y medioambiental exige que cada concepto penal orientado a la protección efectiva de un bien jurídico reconocido se encamine a dirigir y controlar la conducta y el poder de las empresas, entendidas éstas como unidades de acción propias de la libre economía de mercado.

2. Sobre la necesidad de la introducción de penas contra las personas jurídicas.

Si nos preguntamos acerca de los motivos para la imposición de sanciones penales, y no simplemente de carácter administrativo, contra las personas jurídicas, debemos tener en cuenta en primer lugar una serie de aspectos a los que ya hemos hecho referencia, hechos tales como la idoneidad de la sanción para la eliminación de las ventajas obtenidas, la adecuación de la sanción a la capacidad de producción de la persona jurídica y la proporcionalidad de la sanción a la trascendencia del hecho¹⁶.

A todo ello debemos añadir que cada empresa ofrece numerosas oportunidades que favorecen el encubrimiento de responsabilidades y de comportamientos incorrectos, de modo que las indagaciones penales contra los individuos fracasan a menudo. Estas carencias preventivas¹⁷ deben ser eliminadas. Es frecuente, además, en las grandes empresas que la actividad de ejecución, la posesión de información y el poder de decisión coincidan en una persona. Existen empresas donde ya no se muestra una línea jerárquica sino una estructura empresarial funcional diferenciada en las que se produce una división entre las funciones estratégicas y operativas, de modo que se crea el peligro de una "irresponsabilidad individual es-

tructural"¹⁸. Ante esta circunstancia debe tenerse presente la necesidad de adaptar las normas jurídicas a las distintas situaciones, de modo que su carácter imperativo no se vea afectado por la falta de consecuencias prácticas. Cuando hechos materialmente injustos permanecen sin pena, al Derecho le abandona su carácter de institución social necesaria y se corre el peligro de que las categorías fundamentales de la justicia y de la injusticia se tambaleen. Cuando existe un comportamiento merecedor de pena, es competencia del Derecho penal evidenciar que no son los autores sino las víctimas las que tienen la razón.

La doctrina resalta además que únicamente las penas pueden desplegar un resultado preventivo suficiente¹⁹. Sólo la pena puede lograr obligar a que las personas jurídicas adopten medidas internas conducentes a conseguir una adecuada ética empresarial y a construir controles efectivos²⁰. Las penas tienen que servir además para alcanzar las nuevas funciones que deben ser atendidas por el Derecho penal, tales como la protección de los intereses supraindividuales de la colectividad como el funcionamiento de la economía, los intereses de seguridad de los consumidores, etc²¹. Además, las experiencias existentes hasta ahora en el campo del Derecho sancionador administrativo de la competencia muestran que las sanciones administrativas pecuniarias de cuantías millonarias no despliegan ningún resultado de prevención general. Por ello, en la introducción de sanciones penales contra las empresas resulta decisivo que sólo a través de éstas pueda expresarse que los delitos cometidos por las personas jurídicas constituyen una grave infracción del ordenamiento. De ahí que el Estado deba expresar contra estos comportamientos a través de la pena un grado de reprobación ético-social semejante al que manifiesta cuando el delito es cometido por una persona física²². Donde existe un injusto debe señalarse

16. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*.

17. HIRSCH, ZStW 107 (1995), 287 y 288.

18. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pág. 198 con ulteriores referencias.

19. Sobre la limitación de las sanciones individuales clásicas, vid. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, pág. 75 y ss.

20. A este respecto, RALFBUSCH, *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, pág. 245 y ss; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, pág. 57 y ss; HIRSCH, ZStW 107 (1995), 287 y 288; LÜTOLF, *Strafbarkeit der juristischen Person*, 1997, pág. 24 y ss; SCHALL, EN SCHÜNEMANN (ed.): *Deutsche Wiedervereinigung, Bd. 3: Unternehmenskriminalität*, pág. 102 y ss.

21. BOTKE, *wistra* 1991, 81 y ss.

22. Sobre la necesidad político-criminal de la introducción de penas criminales contra las asociaciones, cfr. ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen*, pág. 186 y ss; EIDERHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 175 y ss; HIRSCH, *Die Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993, pág. 21, 27 y 28; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª edición, 1991, 6/44 f; LAMPE, ZStW 106 (1994), 734; MÜLLER, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1986, pág. 19 y ss; H.-J. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, pág. 25, 221 y ss; TIEDEMANN en *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, pág. 531 y 532.

con claridad la línea divisoria entre la legalidad e ilegalidad.

Las objeciones efectuadas contra la proyección del Derecho penal sobre las personas jurídicas derivan en gran medida de la concepción tradicional de la pena como un mal impuesto como compensación justa ante un comportamiento antijurídico, culpable y punible, con la que se expresa la desaprobación pública del hecho²³, residiendo la justificación de la pena en su necesidad para el mantenimiento del ordenamiento jurídico²⁴ y en la posibilidad que ofrece al autor de expiar personalmente su culpabilidad reconciliándose consigo mismo y con la sociedad²⁵. Pero si, por el contrario, partimos de la idea de que el Derecho penal es una pieza más del sistema de control social y de que los mecanismos de renuncia de la utilización del Derecho penal pueden ser suficientes —mecanismos que van desde la reparación hasta medidas de seguridad preventivas de mejora y aseguramiento—, entonces no se podrá identificar más Derecho penal con imposición de pena²⁶. Sobre este aspecto, *Rössner* resalta que el ámbito de aplicación de la renuncia de reacción tolerable se encuentra por encima del 50% y que los casos de regulación pacífica de conflictos, bien a través de la reparación o bien a través de otras medidas, muestran igualmente un importante campo de aplicación. Estos mecanismos se incluyen sin problemas en la idea de prevención, pero ni contienen la necesidad de una censura ético-social ni el elemento de la expiación de la culpabilidad. Por eso se debe tomar distancia con respecto al concepto de Derecho penal y en su lugar hablar de las consecuencias jurídicas en el moderno Derecho penal. De este modo se circunscribe mejor su tarea, pudiéndose aquí definir el moderno Derecho penal como el restablecimiento controlado del perjuicio y la seguridad de la futura paz jurídica. La esencia del moderno Derecho penal se encuentra, de esta manera, en su función de control²⁷.

Cuando se parte de las consecuencias jurídicas en el moderno Derecho penal, la pena no es la única reacción posible ante un comportamiento socialmente dañino, pena que responde a una con-

cepción tradicional de la libertad de la persona y que encierra una censura ético-social del individuo y el elemento de la expiación de la culpabilidad. Con esta concepción se posibilita, más bien, la imposición de otras sanciones penales, incluso contra las personas jurídicas, para lograr el restablecimiento y la seguridad de la paz jurídica dentro del sistema de control del moderno Derecho penal.

3. La necesidad de la consideración de la evolución internacional.

La decisión sobre la introducción de penas para las personas jurídicas no debe adoptarse únicamente en función de las experiencias acumuladas en un Estado. Fenómenos como la internacionalización y la globalización de la economía hacen necesario adecuar unos ordenamientos penales a otros para enfrentarse contra la criminalidad económica y medioambiental que actúa más allá de las fronteras de cada país. Según muestran las experiencias acontecidas en otros campos de la criminalidad, como la fiscal, la informática y la acometida a través de Internet, se persigue igualmente una armonización en el Derecho penal contra las personas jurídicas que evite una evasión de las empresas a aquellos Estados donde no se prevean penas contra ellas.

A este respecto presenta una importancia significativa la evolución acontecida en el plano de la Comunidad Europea: después de que la Comisión previera en el “Convenio sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea”²⁸ la introducción en todos los países miembros de un “tipo penal europeo de estafa”, renunciando no obstante a un compromiso para la introducción de penas criminales contra las personas jurídicas, fue suscrito por los países miembros, con fecha de 19 de junio de 1997, “el segundo protocolo complementario para el Convenio sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea”²⁹ donde se reclamó la imposición de sanciones eficaces, adecuadas y disuasorias contra las personas jurídicas³⁰. Una comisión de expertos es-

23. JESHECK en LK, 11 edición, 1992. Introducción, marginal 23 con ulteriores referencias.

24. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 7 marginal 1 y ss; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª edición, 1971, pág. 26.

25. BOCKELMANN, *Das Problem der Kriminalstrafe in der deutschen Dichtung*, 1967, págs. 23 y 24.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª edición, 1976, pág. 274.

26. RÖSSNER EN HOF/LÜBBE/WOLFF (eds.): *Wirkungsforschung zum Recht I, Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen*, 1999, pág. 210 y 211.

27. RÖSSNER EN HOF/LÜBBE/WOLFF (eds.): *Wirkungsforschung zum Recht I*, pág. 210.

28. ABl. 1995 C 316, pág. 48 y ss.

29. ABl. 1997 C 221 pág. 11 y ss.

30. En sentido parecido KORTE, NJW 1998, 1465.

tudia la próxima elaboración de un Derecho penal de la empresa, comisión que ya ha presentado una primera propuesta en un "Corpus Juris de las reglas penales para la protección de los intereses financieros de la Unión europea"³¹, planteando la introducción de penas contra las personas jurídicas³². El artículo 14 del "Corpus Juris de las reglas penales para la protección de los intereses financieros contra las personas jurídicas" establece:

"Responsabilidad penal de las personas jurídicas"

- 1- Los delitos definidos en los artículos 1 al 8³³ pueden ser también cometidos por personas jurídicas, que según la ley puedan ser sujetos jurídicos y titulares de sus propios bienes patrimoniales, cuando el hecho punible se cometa a favor de la persona jurídica por parte de uno de sus órganos, representantes o cualquier otra persona que actúe en nombre de la persona jurídica o que ostente un poder de decisión legal o fáctica.
- 2- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la penalidad de las personas físicas como autores, inductores o cómplices del mismo hecho.

Tras el requerimiento realizado por el Parlamento europeo a la Comisión para la aplicación de las reglas jurídicas materiales del "Corpus Juris", se espera que los países miembros de la Unión Europea queden obligados mediante una directiva a su cumplimiento. Es necesario por tanto abordar cómo se crea un Derecho penal de la empresa acorde a las necesidades del Estado de Derecho.

II. La compatibilidad del Derecho penal de la empresa con las categorías fundamentales del Derecho penal.

La lucha represiva y preventiva contra la capacidad de actuaciones peligrosas de una persona jurídica no consiste en el castigo del injusto personal y de las decisiones personalísimas y repro-

chables provenientes de los sujetos particulares³⁴. No es posible partir de una concepción del delito deducido de una comprensión del Ordenamiento jurídico acorde con el derecho a la libertad, concepción para la cual el delito consiste en una acción que proviene de la propia libertad del autor con un carácter lesivo contra los derechos a la libertad de uno o de todos los demás³⁵. Bajo una comprensión del delito acorde con el idealismo alemán como actuación humana basada en la conciencia de sí mismo del ser razonable que es la persona, la sanción contra las personas jurídicas no puede consistir en una pena en sentido clásico a través de la cual sea compensada la lesión de la libertad mediante la imposición al delincuente de una pérdida de libertad en sus derechos.

Estas dudas desaparecen cuando se parte, por el contrario, de las consecuencias jurídicas en el moderno Derecho penal y se pretende que con las sanciones penales se restablezca y asegure la paz jurídica. En su decisión sobre las sanciones de carácter punitivo previstas en el proceso civil³⁶, el Tribunal Constitucional federal ha entendido que la amenaza y la imposición de penas a las personas jurídicas es acorde con la Constitución. En este sentido no está claro si la declaración del Tribunal Constitucional federal se refiere a auténticas penas criminales o exclusivamente a aquellas sanciones administrativas pecuniarias mencionadas expresamente en la sentencia así como a otras medidas penales de carácter semejante. Pero parece que podría convenirse que con carácter general esta jurisprudencia comprende también la utilización de sanciones penales contra las personas jurídicas³⁷.

Llegados a este punto se hace preciso conciliar el Derecho penal de la empresa con las categorías fundamentales penales si no se quiere degradar el Derecho penal contra las personas jurídicas convirtiéndolo en un mero instrumento arbitrario de control social. Hay que mencionar como categorías fundamentales la capacidad de acción, la capacidad de culpabilidad y la capacidad de aplicación de los fines de la pena. Dado que se trata de categorías orientadas a los hombres y a los com-

31. DELMAS-MARTY (ed.): *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, pág. 13 y ss.

32. Cfr. también TIEDEMANN, *Rev. sc. crim.* 1997, 259 y ss; DANNECKER, *Rev. sc. crim.* 1997, 275 y ss.

33. Fraude al presupuesto comunitario, fraude en concursos y subastas públicos, corrupción, ejercicio abusivo del cargo, malversación, blanqueo y receptación y asociación ilícita.

34. OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, 1993, pág. 25.

35. KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pág. 20 y ss, 26 y ss.

36. BverfGE 20, 323 y ss.

37. APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pág. 244.

portamientos humanos, debe estudiarse si es posible su extensión o modificación para facilitar su aplicación a las personas jurídicas. Sólo de esta manera se puede lograr que el Derecho penal de la empresa responda a las exigencias de la justicia y del Estado de Derecho. Además, en la propia denominación de las sanciones debería haberse recogido que las penas contra las personas jurídicas no equivalen a las penas clásicas, que presuponen la libertad de los hombres y por eso sólo pueden ser impuestas contra los individuos.

1. Empresas como sujetos sociales autónomos.

Se trata, en consecuencia, de desarrollar una concepción racional de la regulación penal sobre empresas partiendo de que los peligros no sólo provienen del titular de la empresa sino del sistema social empresarial. La amenaza penal directa contra los bienes jurídicos protegidos proviene, en la mayor parte de los casos, de comportamientos de personas situadas en el plano directivo y no de los órganos de la persona jurídica y de otras personas con funciones de dirección. Además, los principios organizativos propios del sistema determinan en su comportamiento a personas que no tienen una competencia de dirección y dominio decisiva dentro del sistema. Hasta qué punto los órganos tienen una responsabilidad legal sobre los comportamientos de las personas en el nivel ejecutivo, depende de manera decisiva de la constitución de una posición de garante -la cual obliga a actuar-, y de la constitución de deberes de organización y de vigilancia. Lo anterior no depende sin embargo de la formalización de las obligaciones dentro de la empresa, ya que una empresa puede también definirse por sus resultados exteriores, independientemente de quién actúe u omita de manera contraria al deber las medidas requeridas dentro del sistema empresarial³⁸. Las personas particulares que actúan dentro de una persona jurídica son sólo una parte del sistema de

la empresa; lo mismo ocurre con los órganos de una persona jurídica. Las empresas son sujetos reales, sociales y autónomos³⁹. Actúan en el tráfico económico como titulares de valores patrimoniales, persiguen fines propios, tienen una propia "corporate identity", o "corporate culture"⁴⁰ y son capaces de motivación⁴¹. A este respecto, HIRSCH pone de relieve que "la esencia de la corporación consiste en que no es una mera adición de personas particulares, sino una formación independiente y destacada de aquéllas"⁴². Los intereses y propiedades de una empresa son algo más que la suma de propiedades e intereses de los miembros particulares de la empresa. Con ello éstas muestran las características que las identifican como independientes, como sujetos sociales separados de sus socios. Persiguen propios intereses, lo que puede servir de base a la fundamentación de los deberes jurídicos así como a la forma y limitación de las consecuencias jurídicas.

2. La empresa como destinataria de las normas penales.

Mayor dificultad entraña afirmar que el sistema de la empresa está en condiciones de ser destinatario de las normas penales en particular, dado que las empresas no disponen de libre albedrío y con ello carecen de individualidad; les falta la posibilidad de poder tratar con otros⁴³. Esta posibilidad es condición básica para ser destinatario de una norma penal. Además, la norma penal está dirigida a determinar qué comportamientos están prohibidos o cuáles son ordenados. También esa función presupone que los individuos puedan comportarse de manera acorde a la norma.

Los destinatarios ontológicos de las normas, también cuando éstas se dirigen de manera directa a la empresa, pueden ser exclusivamente las personas naturales en una empresa. Sin embargo, no es necesaria tal orientación iusnaturalista a las estructuras lógicas⁴⁴. La cualidad del sistema empresarial, para ser destinatario de la norma jurídi-

38. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6/44.

39. HIRSCH, *Straffähigkeit von Personenverbänden*, pág. 9; cfr. también BOTKE, *wistra* 1997, 248 y 249.

40. Sobre ello, ACHENBACH, EN SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (eds.): *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für ROXIN, 1995, pág. 302; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, pág. 104; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 145 y 146; Cfr. también DUQUES/GASKE, en THE DRUCKER FOUNDATION (ed.): *Organisation der Zukunft*, pág. 40 y ss.

41. A este respecto, ARGYRIS/SCHON, *Organizational Learning*, 1978, *passim*; ARGYRIS, *Wissen in Aktion*, 1997, *passim*; NONAKA/TAKOISCHI, *Die Organisation des Wissens*, 1997, *passim*; SATTELBERG, *Die lernende Organisation*, 3ª edición, 1996, *passim*; SENGE, *Die fünfte Disziplin*, 1996, *passim*; Del mismo, *Das Fieldbook zur fünften Disziplin*, 1996, *passim*.

42. HIRSCH, *ZStW* 107 (1995), 288 y 289.

43. OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen*, 1993, pág. 16 y 17.

44. Sobre la cuestionabilidad de una orientación jurídico-natural, cfr. ALWART, *Zurechnen und Verurteilen*, 1998, pág. 15.

ca, se puede fundar solamente cuando es preciso un establecimiento diferente del punto esencial en la determinación de las demandas de los comportamientos penales a los miembros de una empresa, por un lado, y la determinación de las exigencias de comportamiento colectivas dirigidas a la empresa por otro lado. Con otras palabras, depende de si el contenido de las normas penales en el Derecho penal contra los individuos y contra las personas jurídicas es distinto⁴⁵. La empresa tiene un deber originario en el marco de su actividad empresarial de no lesionar ningún bien jurídico⁴⁶. Esta obligación no puede ser cumplida extensamente por regla general a través de individuos particulares pero tampoco a través de miembros individuales de los órganos. Los miembros de los órganos pueden solamente cuidar de que los trabajadores individuales acepten parte de la obligación empresarial alcanzada; pueden además preocuparse por la introducción de mecanismos de coordinación y de control y asegurar que tiene lugar una esmerada inspección.

Igualmente deben procurar que se cimenten máximas éticas en la cultura de la empresa. La obligación del nivel directivo consistente en que la empresa transforme sus obligaciones en obligaciones individuales de los trabajadores particulares y de organizar la empresa no es sin embargo ya la obligación originaria dirigida a la propia empresa sino una obligación individual deducida de esa obligación originaria, que tienen las personas situadas en una posición de poder. Este deber derivado e interno de la empresa se dirige a que el miembro concreto de la misma adopte medidas posibles para asegurar un sistema de control y vigilancia efectivo y para cuidar de la observancia de las ventajas ético-sociales. Los trabajadores subordinados deben observar las tareas que caen bajo su campo de responsabilidad y cumplirlas debidamente.

Por otra parte, los miembros de la empresa subordinados están también obligados a garantizar que en el marco de las tareas que tienen encomendadas no se deriva peligro alguno de la actividad empresarial en su conjunto. Para ello no pueden limitarse solamente a ejecutar las indicaciones de sus superiores sino que están obligados a esforzar-

se más allá para conseguir una reducción de las situaciones de peligro. De esta manera se espera de ellos que adopten una cierta corresponsabilidad respecto de la actividad de la empresa. Estos trabajadores tienen en particular obligaciones de control que rebasan sus propios ámbitos⁴⁷. Así pueden resultar propias obligaciones de control y de vigilancia para los miembros de equipos de la misma categoría que a través de la división del trabajo provoquen un elevado potencial de peligro⁴⁸. Existe un deber de intervención, en particular, cuando surgen pruebas de la existencia de comportamientos defectuosos en secciones de la misma categoría, de los cuales pueden resultar riesgos para terceros. Sólo de esta manera se pueden contener peligros condicionados por la cooperación resultantes del reparto de la división de trabajo en una empresa⁴⁹. Únicamente cuando todos los miembros de una empresa contribuyen a minimizar los riesgos para el bien jurídico se pueden eliminar de una manera eficaz los defectos del sistema de organización y los modelos de comportamiento criminal dentro del colectivo.

Por consiguiente, en un sistema jurídico dirigido a la protección de bienes jurídicos y a la evitación de comportamientos socialmente dañosos debe hacerse partícipes a todos los miembros de la empresa que la libertad de organización percibida a través de ésta requiere una responsabilidad colectiva en función de la cual cada miembro de la empresa debe tomar parte en el proceso de creación de un sistema empresarial acorde los aspectos organizativos y éticos. Estos aspectos constituyen la filosofía empresarial "corporate culture". Igualmente se trata también de motivar a los miembros de la empresa hacia una actividad que va más allá del círculo de obligaciones individual con vistas a lograr la construcción conjunta de una organización empresarial eficiente y la coparticipación en una ética empresarial orientada a valores sociales. Las normas penales colectivas deben dirigirse a estas obligaciones empresariales originarias que se distinguen en cuanto a su contenido de los deberes empresariales a nivel interno de cada trabajador en particular. Por lo tanto, bajo este punto de vista, las empresas pueden ser destinatarias de las normas penales⁵⁰.

45. Fundamentalmente PAPA KIRIKOU, *Zur materiellrechtlichen Ausgestaltung eines effektiven und rechtsstaatlichen Verwaltungs- und Unternehmensstrafrechts*. Tesis doctoral. Bayreuth, 1999, § 13 II (en prensa).

46. TIEDEMANN en SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN: *Freiburger Begegnung*, pág. 45 y ss.

47. En sentido parecido DANNECKER, en AMELUNG (ed.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, págs. 222, 224.

48. SCHÖNKE/SCHÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25 edición, 1997, § 15 marginal 152.

49. SCHÖNKE/SCHÖDER-CRAMER, *StGB*, § 15, marginal 152.

50. En sentido parecido sobre la creación de una responsabilidad penal, vid. epígrafe III.

3. Capacidad de actuación.

La capacidad de actuación de una persona jurídica es consecuencia de su posición como sujeto autónomo de la realidad social y de que puede ser destinataria de las normas penales⁵¹. Tanto el comportamiento de una persona natural como el de una persona jurídica representan el comportamiento de un sistema que puede ser entendido como un sistema con propio sentido y que posibilita y requiere una valoración penal⁵². Una imputación del comportamiento de las personas naturales es necesaria cuando un agente que actúe para la empresa haya infringido un deber que ésta entiende como propio⁵³.

Además se hace preciso señalar que el injusto imputable a un sistema no depende solamente de la capacidad de actuación de la persona jurídica. Como pone de manifiesto LAMPE⁵⁴, el injusto no requiere necesariamente una actuación. El injusto puede ser igualmente ocasionado a través de un deficiente sistema que promueve, posibilita o permite perjuicios a terceros. El elemento fundamental radica entonces en la causación de un resultado antijurídico. Por lo tanto, no es necesariamente preciso basar la capacidad de actuación en la imputación de un comportamiento de las personas que actúan como agentes de la empresa⁵⁵. La responsabilidad por eso debería basarse también en la deficiencia del sistema y con ello en el ocasionamiento de un resultado antijurídico a través de una organización defectuosa o de una ética empresarial viciada que no tiene en cuenta suficientemente los valores sociales.

HIRSCH pone de relieve con buen criterio que en la actualidad el mismo Derecho sancionador administrativo afirma la propia capacidad de actuación de corporaciones⁵⁶, donde también son contravenidas normas ético-sociales. Por eso, no es convincente el argumento de que las asociaciones de personas no muestran suficiente capacidad de actuación penal. Por el contrario, en tanto que destinatarios de deberes jurídicos, pueden no sólo

cumplirlos sino también vulnerarlos⁵⁷. Por lo tanto, no puede negarse *a priori* la imposición de sanciones penales contra las personas jurídicas apelando a las peculiaridades del desvalor de la acción.

4. Capacidad de culpabilidad.

La pena presupone la culpabilidad. Debe diferenciarse aquí entre la culpa individual y la culpa de la persona jurídica que se determina de manera decisiva por la responsabilidad social. Por eso se hace necesario definir autónomamente el contenido del reproche de culpabilidad de las personas jurídicas.

a) Dependencia de la culpabilidad del injusto.

La capacidad de culpabilidad de una empresa deriva de su responsabilidad para sus prestaciones colectivas defectuosas que son debidas a carencias en la estructura organizativa o en la ética empresarial. El contenido de la culpabilidad debe estar referido al injusto. Si el injusto se caracteriza por una organización defectuosa y una ética empresarial insuficiente, esto debe proyectarse también en la culpabilidad, que consiste en no haber creado las condiciones necesarias para la realización del injusto⁵⁸. El significado práctico de la culpabilidad de empresa se manifiesta en que posibilita la irresponsabilidad de la empresa cuando ha configurado correctamente su estructura organizativa y su ética empresarial⁵⁹.

b) Renuncia legislativa a un reproche de culpabilidad ético-individual.

La concepción tradicional de la pena expresa un reproche ético individual⁶⁰. Tal como ha manifes-

51. HEINITZ, en *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten)*, 1953, pág. 84.

52. Así JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* 6/44 bajo la denominación de teoría sistémica.

53. TIEDEMANN EN SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN: *Freiburger Begegnung*, pág. 47; cfr. también EHRARDT: *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 175 y ss.

54. LAMPE *ZStW* 106 (1994), 703 y ss.

55. Así EHRARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 185; HIRSCH, *ZStW* 107 (1995), 285 y ss.

56. Cfr. TIEDEMANN, *NJW* 1988, 1172.

57. HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, pág. 11 y 12.

58. LAMPE, *ZStW* 106 (1994), 732; cfr. también H.-J. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten*, pág. 203 y ss, 209; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 196 y ss.

59. Ejemplos de una previsión de este tipo que conduce a una exculpación de la persona jurídica se puede encontrar en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, pág. 113 y ss.

60. BGHSt 2, 194, 200; cfr. también BVerfGE 22, 49, 80; 27, 18, 33.

tado el BGH⁶¹ "el motivo último del reproche que se formula a través de culpabilidad deriva de la libertad, la responsabilidad y la capacidad de decisión del hombre que le capacitan para tomar una decisión favorable o contraria al derecho". El abuso de esta libertad es precisamente lo que legitima al Derecho penal individual, a través de la pena, a imponer un mal al autor, al cual va unida una lesión a su honor derivada del juicio de desvalor que de modo imperativo se efectúa sobre su comportamiento⁶², el reproche por su rebelión contra el ordenamiento jurídico y la constatación de lo justificado del mismo. Este reproche presupone la posibilidad individual de actuar de otro modo, capacidad de la que carecen las personas jurídicas⁶³. En estos términos no puede plantearse un reproche personal contra una persona jurídica.

Dado que la ética de las corporaciones, tal como se ha manifestado, no es individual sino exclusivamente social, desde este punto de vista puede efectuarse un reproche al sistema por su incorrección, pues como asociación que aspira racionalmente a alcanzar un fin determinado, puede someter sus fines a exigencias éticas y organizarse conforme a las mismas. Cuando esta responsabilidad y las obligaciones que de ella se desprenden no se cumplen, el comportamiento del grupo puede desaprobarse ético-socialmente y este reproche puede expresarse mediante una pena configurada exclusivamente desde un punto de vista ético-social.

Dado que el contenido de la pena es determinado por el Derecho, su contenido depende del mismo. De este modo, cuando el legislador decide sancionar a las personas jurídicas, configura una sanción carente de reproche ético-individual y que contiene exclusivamente una censura ético-social, derivada de una deficiente filosofía-individual o de una estructura organizativa incorrecta. Esta pena desaprueba que la empresa no haya añadido a sus fines exigencias éticas y que no las haya reflejado en su organización. La pena impuesta por el Ordenamiento contiene un imperativo de justicia y otorga a la empresa la posibilidad de exculparse, lo que

sería arbitrario si no se tomara como punto de partida la lesión de la responsabilidad social de la empresa⁶⁴.

c) Culpabilidad de la empresa y dignidad humana.

La inviolabilidad de la dignidad humana no se opone al reconocimiento de una culpabilidad empresarial. El principio de culpabilidad es ciertamente expresión de la dignidad humana, que otorga a las personas la capacidad de organizar idealmente su proyecto de vida, con independencia de sus capacidades actuales y de sus concretas posibilidades. Por eso la persona es también responsable de su comportamiento. Si de manera excepcional una persona no está en condiciones de comportarse conforme a derecho, porque no se le puede reprochar personalmente su conducta, no se puede plantear tampoco contra él un reproche de culpabilidad. En estos casos, no puede efectuarse a través de la pena una reprobación ético-social, pues se lesionaría la dignidad humana⁶⁵. De ahí que el reconocimiento de la dignidad humana, de la cual sólo es posible deducir la culpabilidad individual, no se oponga a una culpabilidad de la persona jurídica; es decir, cuando se plantea un reproche de culpabilidad contra la empresa, éste no se dirige contra el individuo, lo que impide lesionar su dignidad. Y puesto que las empresas carecen de un atributo semejante a la dignidad humana, la culpabilidad no debe deducirse de ésta sino directamente de los requisitos de la pena justa que se derivan del Estado de Derecho.

5. Fines de la pena.

Ha sido objeto de controversia si una persona jurídica puede ser afectada en sí a través del reproche contenido en la pena o si puede percibir el mal que se le ocasiona. La opinión dominante rechaza la posible eficacia de los fines de la pena en las personas jurídicas porque sólo un ser humano

61. BGHSt 2, 200.

62. BverfGE 27, 18, 33.

63. OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, pág. 16.

64. Fundamentalmente, GRÖSCHNER EN ALWART (ed.): *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, pág. 64 y ss.

65. Detalladamente sobre las bases constitucionales del principio de culpabilidad, LAGODNY, *Strafrecht von den Schranken der Grundrechte*, 1996, pág. 386 y ss.

que puede responder de sus actos, puede entender el sentido de la pena como mal merecido⁶⁶. Este planteamiento es consecuencia obligada de una visión tradicional de la pena. Cuando, por el contrario —como arriba se ha expuesto—, se le asigna al Derecho penal la función del restablecimiento controlado de la paz jurídica dañada y su aseguramiento en el futuro, las posibles reacciones no se limitan a la pena concebida en su visión tradicional, sino que se requiere la introducción de nuevas consecuencias jurídicas idóneas para garantizar el cumplimiento de las normas. Para lograr este objetivo, el moderno Derecho penal, al lado de las penas clásicas contra las personas individuales, debe introducir sanciones contra las personas jurídicas orientadas preventivamente a conjurar su peligrosidad.

Partiendo de la función de control que desempeñan las consecuencias jurídicas en el moderno Derecho penal, no caben dudas sobre la capacidad de aplicación de los fines de la pena a las personas jurídicas⁶⁷ pues las personas jurídicas son sistemas dotados de sentido, al igual que sus operaciones internas y externas. De lo anterior se deriva que los fines de la pena puedan ser alcanzados en las personas jurídicas⁶⁸. La capacidad de aplicación de los fines de la pena a una empresa puede afirmarse particularmente atendiendo a la prevención general, ya que los efectos que se deducen para otras personas jurídicas son comparables con los ejercidos frente a otras personas particulares a través de la imposición a éstos de una pena de multa⁶⁹. Pero incluso si partimos de fines preventivo-especiales se puede afirmar la utilidad de los fines de la pena en relación a las personas jurídicas⁷⁰ porque una persona jurídica a la que se le ha impuesto una pena se abstendrá antes que una persona física sancionada de volver a infringir la ley⁷¹.

Tampoco genera demasiados problemas la idea de retribución respecto de las personas jurídicas puesto que se las considera como destinatarias que pueden vulnerar la norma de comportamiento de una manera responsable, lo que implica que

puedan ser destinatarias de la censura social ligada a la sanción⁷². A través de la sanción penal frente a un comportamiento dañoso que perturba la paz social cometido por una persona jurídica se garantiza, conjuntamente con la vigencia de la norma, la seriedad de la pretensión punitiva del Estado.

Finalmente, mediante la pena se indica que la persona jurídica es un objeto idóneo de la pena, en cuanto que se expresa que no es una forma de organización abstracta, sino que tiene vida a través de la actuación de sus órganos sociales, que pueden reaccionar ante la imposición de una sanción⁷³.

III. Creación de un Derecho penal contra las personas jurídicas.

El fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas no radica en la infracción en sí, sino en la omisión de las premisas necesarias para un comportamiento conforme a la norma. Esta circunstancia debe tenerse presente tanto en la imputación del injusto como de la culpabilidad.

1. Los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas.

En principio, las personas jurídicas pueden infringir cualquier ley penal cuando la lesión de un bien jurídico caiga en el ámbito de responsabilidad de la empresa y cuando se afirme su culpabilidad, dado que la aplicación de las normas de cuidado y su cumplimiento concreto en atención a los riesgos propios de la empresa no se corresponde con las expectativas jurídicas de un comportamiento correcto exento de peligro para los bienes jurídicos. Todo ello depende principalmente de que en la gestión de la empresa se hayan producido puestas en peligro de bienes jurídicos de terceros que hubiesen sido impedidas o al menos dis-

66. ENGISCH en *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte)*, 1953, E-43; cfr. también SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, pág. 104 con ulteriores referencias.

67. EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 199 y ss; TIEDEMANN EN SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN: *Freiburger Begegnung*, pág. 51.

68. HIRSCH, *ZStW* 107 (1995), 294 y ss; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 201.

69. HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, pág. 17.

70. TIEDEMANN, *NJW* 1988, 1170.

71. HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, pág. 17; cfr. también EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 138 y ss sobre la situación de Estados Unidos.

72. TIEDEMANN EN SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN: *Freiburger Begegnung*, pág. 51 y 52.

73. HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, pág. 18.

minuidas mediante la aplicación de los deberes de cuidado inherentes de la empresa⁷⁴. Es indiferente si la puesta en peligro del bien jurídico es atribuible al comportamiento de una persona en concreto o si se debe a la ausencia de una persona que en el esquema organizativo de la empresa tuviera como función conjurar este tipo de riesgos.

No es preciso limitar la responsabilidad penal de las empresas a los delitos económicos porque también es posible la comisión de delitos como las lesiones, muertes o injurias producidos por la inexistencia de vigilancia o controles en la organización de la empresa. El aspecto decisivo será considerar si la lesión del bien jurídico es imputable como delito a la persona jurídica. En concreto, el principio de determinación del tipo no hace necesario que el legislador disponga la penalidad de las personas jurídicas de manera expresa para unos determinados tipos penales. Las experiencias de los países angloamericanos muestran que la mayoría de los delitos pueden ser también cometidos por personas jurídicas. Puede renunciarse, por tanto, al requisito previsto en el Derecho penal francés de disponer expresamente para cada delito la punibilidad de las empresas, sobre todo porque de este modo pueden generarse lagunas de punibilidad. Los delitos que no puedan ser cometidos por las personas jurídicas podrán ser determinados por vía interpretativa.

2. La forma jurídica de la empresa.

Una de las primeras cuestiones que se deben resolver es si la responsabilidad penal de las agrupaciones depende de que éstas adopten una determinada forma jurídica o si, por el contrario, puede establecerse también cuando no poseen tal carácter. Debemos decidir, por tanto, si partimos de la forma jurídica o de la empresa como unidad económica⁷⁵.

La forma de la organización jurídica del sistema como puede ser una persona jurídica, o una asociación sin propia personalidad jurídica, una empresa individual o un consorcio, es simplemente una propiedad del sistema y no puede ser equiparado con el sistema social propio al que se le pide responsabilidad. No obstante, la forma de la organización ostenta un significado jurídico, de mane-

ra que sólo el legislador y eventualmente los tribunales pueden fijar bajo qué supuestos una organización es jurídicamente algo más que la suma de sus miembros. Por eso se recomienda como destinatarios y sujetos de imputación, en aras a la seguridad jurídica, sólo los colectivos jurídicamente autónomos que constituyen una persona jurídica o al menos muestran una forma de organización cercana a ser una persona jurídica. A falta de una forma institucional se producen problemas como quién debe designar al abogado defensor, quién debe ser oído, etc. Por eso, un sistema debe ser únicamente destinatario de normas y sanciones cuando adopta una forma institucional. Es competencia del legislador decidir hasta qué punto se incluye conjuntamente con las personas jurídicas a otras agrupaciones como las asociaciones de personas.

Los grupos de empresas deberían únicamente ser admitidos como destinatarios cuando se haya producido un proceso de juridificación y se viole alguna obligación específica —como ocurre por ejemplo en el derecho de grupos (Kartellrecht)—. La existencia de un único sujeto, pese a la pluralidad de personas jurídicas, puede establecerse a partir de la dependencia social, la cual puede constatarse mediante la existencia de una interdependencia funcional, la subordinación a un fin común y la existencia de hecho de una dirección interna⁷⁶. Pero aunque se admita la existencia de un grupo de empresas como sujeto idóneo, resulta necesario determinar la concreta persona jurídica que resulta competente por los comportamientos del grupo de empresas⁷⁷.

3. Principios de imputación en el ámbito del injusto y de la culpabilidad.

a) Requisitos de una lesión punible imputable a la empresa.

La primera condición requerida para la intervención del Derecho penal es la existencia de una lesión del bien jurídico cometida por la empresa. En este punto resultan válidas las exigencias generales de causalidad, por lo que debe excluirse que la empresa esté sujeta a un tipo de responsabilidad por riesgo. También serán de aplicación

74. OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, pág. 29.

75. Cfr. en relación al derecho sancionador de cárteles de la Unión Europea, DANNECKER en IMMENGA/MESTMÄCKER (eds.): *EG-Wettbewerbsrecht. Kommentar*, Bd. 2, 1997, Art. 15 VO, 17 marginal 72 y ss.

76. DANNECKER en IMMENGA/MESTMÄCKER (eds.): *EG-Wettbewerbsrecht. Kommentar*, Bd. 2, Art. 15 VO 17 marginal 76 y ss.

77. DANNECKER en IMMENGA/MESTMÄCKER (eds.): *EG-Wettbewerbsrecht. Kommentar*, Bd. 2, Art. 15 VO 17 marginal 72 y 73.

las reglas generales sobre el tratamiento del error así como de las causas de justificación y de exculpación.

Es indiferente la posición que ostente en la empresa la persona cuyas ocupaciones u omisiones han causado directamente la lesión del bien jurídico. Existirá una pena para la empresa cuando se produzca un comportamiento defectuoso de cualquier persona que actúe para la empresa y que pertenece a ella. No es necesario constatar si una persona en concreto ha realizado el tipo penal o si esa persona resulta culpable.

El miembro de la empresa debe haber actuado autorizadamente, es decir, dentro de su competencia. Si el sujeto ha actuado al margen de su competencia estaremos como mucho ante una vigilancia insuficiente pero su comportamiento no será, sin embargo, expresión de un fallo de articulación en el sistema interno o de un modelo de comportamiento criminal. El miembro de la empresa realiza más bien un acto por exceso. Para determinar si la lesión del bien jurídico se ha producido en el marco de la organización y del reparto de deberes o bien respecto a la garantía de una filosofía empresarial debida, se puede partir del ámbito de responsabilidad de la persona natural, de una eventual posición de garante para el impedimento de la lesión del bien jurídico y de los deberes de vigilancia e inspección que le competen. En tanto que el deber del miembro de la empresa se dirija a compensar los peligros que provienen de la libertad de organización realizados por los pertenecientes a la empresa y en una distribución de deberes, corresponderá esta obligación con la obligación originaria de la empresa. Una vez constatada esta correspondencia, es indiferente la posición formal del trabajador en la empresa como órgano, como miembro de la junta rectora, etc. Es suficiente con que a la persona natural le hubiera sido confiada la realización de la función del sistema que se ha omitido.

b) Conexión de la antijuridicidad entre las faltas de organización del sistema interno o la filosofía empresarial viciada y la lesión del bien jurídico.

Existe en el Derecho penal una indisoluble conexión entre la imputación y la pena, debiendo referirse ambas a la misma persona. Sin embargo, los sistemas sociales carecen de la capacidad de ser afectados directa e inmediatamente por las normas penales. Ontológicamente, los destinatarios de las normas sólo pueden ser las personas naturales, es decir, miembros de la empresa. Por eso se requiere un proceso de imputación me-

dante el cual el comportamiento de la persona natural sea interpretado como comportamiento de la empresa. Surge entonces la pregunta de a través de quién y de qué actos humanos puede sancionarse a las personas jurídicas. Se trata de comprobar si existe una carencia de organización o de la filosofía empresarial que ha contribuido a la producción de la lesión del bien jurídico, es decir, si el injusto que se ha realizado proviene de la empresa. La lesión de los deberes originales de la empresa debe representarse por tanto como expresión de un fallo organizativo en el sistema interno o como una filosofía empresarial viciada.

Según esto, la conexión de la antijuridicidad sólo existirá cuando se pueda averiguar respecto al hecho concreto que la lesión del bien jurídico se posibilitó a través de una deficiente estructura organizativa o de una filosofía de la empresa no correspondiente a los requisitos ético-sociales y que la lesión del bien jurídico era evitable mediante aportaciones posibles y razonables de la empresa. No existirá, por el contrario, responsabilidad penal de la empresa cuando un empleado de ésta efectúe actos delictivos que no fueron posibilitados, favorecidos o tolerados por una deficitaria estructura organizativa o una filosofía empresarial delictiva.

Por el contrario, el comportamiento de una persona natural que se encuentra fuera de la organización y del influjo de la ética empresarial no puede imputarse a la empresa como injusto y culpabilidad propias.

Puede igualmente ocurrir que un comportamiento de una persona natural, realizado fuera de la organización empresarial y fuera de la influencia de una ética empresarial, no pueda ser imputado a la empresa como propio injusto y como propia culpa debido a que este tipo de lesiones al bien jurídico no se producen como resultado de un defecto interno de la empresa. Las personas externas no lesionan el deber de optimización de la formalización organizativa y del orden relevante de valores propios del sistema. Esto sólo ocurre cuando es un miembro de la empresa quien lesiona el bien jurídico.

c) Dolo e imprudencia relativos a fallos de organización interna al sistema o a una filosofía empresarial viciada.

Aparte de lo anterior, se requiere la existencia de un comportamiento doloso o imprudente de la empresa referido al defecto del sistema interno o a la filosofía empresarial incorrecta que ha producido la lesión del bien jurídico. A este respecto es necesario concretar qué se debe entender por do-

lo de la empresa e imprudencia de la empresa. El dolo o la imprudencia de la empresa no se refieren como puede apreciarse a la lesión del bien jurídico.

El dolo requiere conocimiento o al menos la representación de la posibilidad del defecto del sistema interno. La imprudencia presupone que la lesión del bien jurídico era evitable y previsible. Esto ocurre cuando un miembro de la empresa que ocasiona un defecto que produce una lesión del bien jurídico hubiera podido preverlo y evitarlo mediante una aportación posible y razonable. A este respecto pueden tenerse en cuenta disposiciones organizativas para la garantía de un funcionamiento de la empresa conforme a la ley y de un sistema de comunicación interno empresarial eficiente al igual que la existencia de un sistema eficaz de control y vigilancia. Asimismo la existencia de la imprudencia depende de medidas para la información y motivación de los trabajadores, de lesiones de bienes jurídicos dados a conocer o incluso delitos dentro de la empresa, etc.⁷⁸. Existirá una imprudencia de la empresa cuando se muestre la vulneración del bien jurídico como expresión de un error organizativo o relevante para el sistema de valores, error que los miembros colectivos pueden remediar a través de una prestación posible y razonable.

4. Diferenciación entre delito y sanción administrativa.

La obligación de la empresa de organización, supervisión y ajuste a las exigencias legal y sociales se dirige prioritariamente al personal directivo y sólo de manera complementaria a los trabajadores asalariados que reciben las instrucciones, puesto que éstos tienen menores posibilidades de participación e influencia. La obligación de desarrollar iniciativas organizativas y ético-empresariales con el fin de lograr el mantenimiento del rendimiento colectivo del sistema en aras a la protección de bienes jurídicos de acuerdo con los estándares sociales exigidos puede ser realizada de manera menos efectiva por los simples empleados que por los directivos. Esta circunstancia tiene un significado principal en la dimensión del injusto puesto que mientras las deficiencias en el

nivel de la dirección son merecedoras y necesitadas de pena, no ocurre lo mismo cuando se producen infracciones legales en niveles inferiores. De ahí que sea recomendable una diferenciación entre la multa penal y la sanción pecuniaria administrativa, en función de la gravedad del injusto⁷⁹.

a) Clasificación como delito.

Para que exista un delito cometido por una empresa se requiere, en primer lugar, que ésta haya realizado una lesión punible de un bien jurídico basada en un defecto de organización o en una filosofía empresarial defectuosa.

Los órganos son siempre totalmente responsables de la organización y de la filosofía empresarial por lo que su dolo referido al defecto de organización o a la defectuosa ética empresarial constituye siempre dolo de la empresa. Igual ocurre respecto de las personas del nivel directivo, cuando no observen la obligación propia de la empresa del conocimiento de las carencias existentes. Por el contrario, el comportamiento de personas situadas en niveles inferiores a la dirección de la estructura organizativa deficitaria o de la filosofía empresarial criminógena no pueden ser constitutivas ni de dolo ni imprudencia de la empresa. Esta imputación supondría desconocer su relación con la empresa. Sólo existe un injusto de empresa y una culpa de empresa cuando un directivo ha actuado antijurídica y culpablemente en relación a las obligaciones de organización y aseguramiento de los fines éticos reconocidos que competen a la empresa.

No es necesario que el legislador explicité las exigencias que atañen a la dirección⁸⁰. Mediante la nueva redacción del Derecho sancionador administrativo alemán en lo referente a las personas jurídicas, en aras a la prevención de la "no responsabilidad organizada", el legislador alemán pretendió en un primer momento conseguir que fuera suficiente cualquier infracción realizada por un directivo como hecho de vinculación. Esta formulación ha sido desechada posteriormente por su indeterminación⁸¹. El actual § 30 OWIG enumera como personas pertenecientes al nivel directivo a los órganos de representación de una perso-

78. EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, pág. 247 y 248.

79. Sobre una delimitación cuantitativa entre Derecho penal y Derecho sancionador administrativo, cfr. solamente HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Verbänden*, pág. 11 y 12.

80. Cfr. COFFE EN ESER/HEINE/HUBER (eds.): *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, pág. 14 y ss.

81. Cfr. BT-Drucks 10/5058, pág. 36.

na jurídica y los miembros de tales órganos, a los Consejos de Administración y a sus miembros de asociaciones sin capacidad jurídica, a los socios representantes de una sociedad personalista, apoderados y personas a las que se les confían especiales tareas de dirección. Sin embargo, esta determinación del círculo de personas es más bien restrictiva y, por lo tanto, no hace suficiente justicia sobre todo a la estructura organizativa descentralizada de la empresa moderna ya que no se ha incluido totalmente al *management* medio pese a que también les sean exigibles a éstos las tareas específicas de organización. Se recomienda, por tanto, una orientación a la propuesta de ley de la Law Commission para Inglaterra y Escocia del año 1989, que en lo que se refiere a la regulación de los "controlling officers", propone: "Controlling officer" of a corporation means a person participating in the control of the corporation in the capacity of a director, manager, secretary or other similar officer (whether or no he was, or was validly, appointed in any such office)⁸². La correspondencia de una regulación de este tipo con la realidad de la organización empresarial trae como consecuencia que es tarea de la jurisprudencia efectuar una concretización que esté armonizada con las exigencias de cuidado en el Derecho penal individual, en particular con los deberes de dirección, vigilancia y control. La ventaja de esta actuación radica en que se acomodan al Derecho existente las estructuras fundamentales del Derecho penal contra las personas jurídicas. De este modo puede conseguirse que los órganos de persecución penal lleven a la práctica la aplicación efectiva de las reglas sancionadoras.

La delimitación del círculo de personas responsable de la organización y la filosofía empresarial repercute en la determinación del dolo y de la imprudencia: la imprudencia de la empresa existe sólo cuando una persona con competencia para la decisión e instrucción ha actuado con falta de cuidado. Existirá dolo de la empresa si ha actuado en atención a la organización empresarial defectuosa o a una filosofía empresarial criminógena con conocimiento y voluntad. En la práctica, normalmente se producirán comportamientos imprudentes y, sólo en casos muy particulares, se podrá demostrar la existencia de un comportamiento doloso. Por ello, la sanción de la conducta imprudente resulta de gran importancia.

b) Clasificación como sanción administrativa.

Cuando se ha producido una lesión de un bien jurídico por parte de la empresa basada en un fallo organizativo o en una ética empresarial viciada y el dolo o la imprudencia sólo pueden predicarse en relación a una persona que no pertenece al cuadro directivo, aunque exista un dolo o imprudencia empresarial, la sanción a imponer deberá tener carácter administrativo.

Por otra parte, en la sanción administrativa debe diferenciarse entre los supuestos de dolo y la imprudencia en la empresa: Cuando un empleado que no pertenece al nivel directivo actúa de modo contrario al deber en el marco de una organización defectuosa o debido a una filosofía empresarial criminal, existe imprudencia de la empresa. Por el contrario, si actúa dentro de este mismo marco con conocimiento y voluntad, existirá dolo de empresa.

Cuando una empresa comete una infracción administrativa basada en una falta de organización o en una deficiente ética empresarial, existirá únicamente un castigo como sanción administrativa para la empresa. Se hace preciso también en este punto diferenciar entre dolo e imprudencia. El dolo presupone conocimiento y voluntad de un miembro de la empresa relativo al defecto de organización o a la ética empresarial defectuosa. La imprudencia existe cuando se produce un comportamiento sin observancia de cuidado por parte de un miembro de la empresa.

c) Relación del delito y de la sanción administrativa.

Cuando existan un delito y una sanción administrativa referidas a una misma lesión del bien jurídico y si junto a una persona subordinada ha actuado también una persona con competencia de dirección de manera dolosa o imprudente, la sanción administrativa será subsidiaria respecto del delito.

5. Relación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las personas naturales.

De la diferenciación entre los deberes originarios de una empresa y las obligaciones individua-

82. Law Commission for England & Wales, Criminal Code for England and Wales, Report nº 177, 1989, pág. 30.

les de los miembros de la empresa se deduce que la responsabilidad penal de una persona jurídica no excluye la punibilidad de las personas naturales responsables. Más bien la responsabilidad penal del individuo y de la asociación caminan una junto a otra.

IV. Reflexiones finales.

1. En los modernos Estados industriales se cometen cada vez en un mayor número comportamientos penales relevantes por parte de grupos de personas que disponen de un considerable potencial de poder. Para forzar a las empresas a la adopción de medidas efectivas que impidan las lesiones contra los bienes jurídicos es precisa la introducción de sanciones penales contra las personas jurídicas. Además, las experiencias existentes hasta el momento en los países industriales con una criminalidad de empresa en el ámbito del Derecho penal económico y medioambiental muestran que para comprender todos los comportamientos merecedores y necesarios de una pena y para evitar lagunas de punibilidad se hace preciso un ensanchamiento del círculo de personas cuyo comportamiento es imputable a la persona jurídica por encima de sus órganos. Un fundamento ético del Derecho penal de las personas jurídicas no requiere ninguna regulación restrictiva perteneciente a la teoría del "alter ego". No sería acorde con la organización de las modernas sociedades realizar una restricción de las personas con competencia de dirección, cuyos comportamientos son imputados a la asociación en el nivel superior, lo que conduciría inevitablemente a la creación de lagunas de punibilidad. Más bien se exige un ensanchamiento del círculo de personas a todas aquellas que ostenten una función de dirección.
2. El injusto penal igualmente presupone en las personas jurídicas una vulneración del deber.

Se parte por ello de un modelo de obligación con el que se acuña un injusto determinante a través de la conexión con la antijuricidad. Debe tratarse de una carencia en la organización o en la ética empresarial que se traduce en comportamientos lesivos contra los bienes jurídicos. Este requisito tendría que ser regulado en interés de la seguridad jurídica en la ley para evitar que haya que deducirlo por vía de la interpretación como una condición determinante de la punibilidad de la pena de las personas jurídicas. Además este requisito del dolo y de la imprudencia relativos a las carencias en la organización o en la ética empresarial debería ser expresamente regulado legalmente como presupuesto de la punibilidad. En adelante debería ser aclarado expresamente que sólo puedan imputarse comportamientos dolosos e imprudentes de personas en el ámbito de dirección de la persona jurídica para asegurar que de manera efectiva se amenazan con pena comportamientos merecedores y necesarios de pena. El comportamiento doloso e imprudente de personas por debajo del ámbito de dirección debe constituir únicamente una sanción administrativa.

3. La punibilidad de las empresas debe orientarse a las formas de organización legalmente reconocidas.
4. En la creación de la punibilidad de las personas jurídicas debe efectuarse un ajuste en el sistema de Derecho penal nacional que facilite la ejecución de las nuevas normas. Sólo cuando las estructuras fundamentales del Derecho penal contra las personas jurídicas tengan en cuenta las estructuras de los sistemas jurídicos nacionales existentes se podrá conseguir entonces que los órganos de persecución penal apliquen en la práctica las nuevas sanciones.
5. Para prevenir el traslado de la criminalidad de empresa a los países que no prevén una sanción penal contra ellas se hace precisa la armonización internacional en el ámbito del Derecho penal contra las personas jurídicas. ●