

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS: EVOLUCION INTERNACIONAL Y CONSECUENCIAS NACIONALES

Günter Heine

(p. 19) SUMARIO: I. Introducción II. Fundamentos de la responsabilidad de las empresas III. Evolución en el Derecho comparado: a) La tendencia internacional en favor de reprimir penalmente a las organizaciones; b) Fines y naturaleza de la sanción; c) Modelos básicos de responsabilidad penal: c.1. La conducta del órgano como falta propia de la organización; c.2. La organización deficiente de la corporación; c.3. El principio de causalidad; d) Sanciones IV. Consecuencias nacionales: a) Introducción: a.1. ¿Funciones del Derecho penal? a.2. ¿Predominio del principio de culpabilidad o del derecho de medidas de seguridad? b) Responsabilidad penal originaria: b.1 Sistema independiente. ¿Culpabilidad de las organizaciones? b.2 Orientación hacia un Derecho penal funcionalmente análogo al Derecho penal individual; c) Culpabilidad por la conducción de la empresa en lugar de culpabilidad por el acto individual; d) Esbozo de una dogmática; e) Sanciones a las empresas V. Conclusión

(p. 20) I. Introducción

El aforismo *societas delinquere non potest* predominó, hasta hace pocos años, en el derecho penal de Europa continental. Después de la intensa discusión de los años cincuenta, parecía impensable la represión penal de las empresas, sobre todo en el ámbito germanófilo. Debido a la fuerte influencia que los ordenamientos jurídicos ejercían sobre las empresas, el legislador estableció, en Alemania, Austria y Suiza, sanciones específicas para las organizaciones tanto en el derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el derecho penal administrativo. Mediante la introducción de las figuras no penales de la responsabilidad solidaria indirecta (Austria), de la responsabilidad por el resultado (Suiza) o de multas administrativas (Alemania), se buscó respetar, de manera dudosa, el principio de culpabilidad penal. Si bien es cierto que nunca se logró hacer desaparecer completamente las diferencias, estos sistemas auxiliares fueron considerados como "los hijos menores del derecho penal". En Austria, se fue aún más lejos mediante la introducción, en el Código penal en 1982 y 1987, al lado de la regulación del decomiso de la empresa (§ 20 C.P.), la posibilidad de confiscar sus utilidades (§ 20a C.P.). El legislador austríaco era sin embargo consciente que pisaba terreno minado. Por esto, caracterizó sin más a la sanción aplicable a las organizaciones como una "disposición de tipo especial" y fijó el límite superior de la sanción en un máximo bastante alto (un millón de chelines).

Sin embargo, tales intervenciones puntuales en las empresas no han sido consideradas suficientes. Lo notable de los más recientes postulados en favor de una responsabilidad penal más amplia de la empresa es que provienen de las canteras dogmáticas más diversas¹. **(p. 21)** En éste artículo, se

¹ Achenbach, *Juristische Schule* 1990, p. 601; del mismo: en Schünemann / Figueiredo Dias editores, *Bausteine des europäischen Strafrechts. Symposium de Coimbra* por Claus Roxin (1995), p. 300 y ss.; Alwart, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 105 (1993), p. 752 y ss.; Erhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafen* (1994), p. 175 ss.; Hirsch, *Die Frage der Straffähigkeit von Unternehmen* (1993); del mismo: en *ZStW*, vol. 107 (1995), p. 185 y ss.; Krauss, en *Plädoyer* 1/1989, p. 44; Lampe, en *ZStW*, vol. 106 (1994), p. 728 y ss.; Otto, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden* (1993), p. 25 y ss.; Schroth, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte* (1993), p. 197 y ss.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (1979), p. 236 y ss.; del mismo: en *The Taiwan ROC*

esbozan, primero, algunos fundamentos de sus defensores (II). Luego, se presenta la evolución internacional (III). Finalmente, se expone la cuestión de las posibles consecuencias para el derecho alemán (IV).

II. Fundamentos de la responsabilidad penal de las empresas

En general, la reanudada discusión se relaciona con el cambio a nivel mundial de las funciones del derecho penal. En lugar del control retrospectivo de las conductas individuales, como sucede en el Derecho penal clásico, se trata cada vez más del control de las disfunciones sociales. Los temas actuales de la política criminal son, por ejemplo, la criminalidad económica, el lavado de dinero, la responsabilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente. Estos ámbitos están básicamente impregnados de modelos de conducta colectiva, siendo las empresas, en tanto elementos propios de la sociedad industrial moderna, los agentes del desarrollo social. De acuerdo con esto, la influencia real de las asociaciones, empresas y bancos se encuentra en el primer plano de la política criminal² Pero si se recurre al Derecho penal tradicional para identificar a los autores al interior de las empresas, se encontrarán innumerables dificultades.

(p. 22) Un problema central resulta de la dispersión de las actividades operativas, de la posesión de la información y del poder de decisión. Nuestro Derecho penal tradicional presupone estos tres aspectos reunidos en una misma persona. Ahora bien, la posibilidad de que un particular sea autor desaparece, en las modernas formas de agrupación, en razón de la descentralización y la diferenciación funcional de las competencias. En la era del "lean management" o del "top quality management", se puede considerar o incluso determinar penalmente a un autor potencial de acuerdo a sus funciones estratégicas y operativas: una gran empresa moderna adquiere, finalmente, capacidad de funcionar mediante la coordinación de diversas áreas más o menos autónomas. En consecuencia, el fraccionamiento en el seno de la organización puede conducir hacia una "irresponsabilidad individual de carácter estructural". A esto se agregan los mecanismos prácticos de encubrimiento al interior de la empresa. Existen muchas posibilidades de encubrir, inducir en error y de generar vacíos de competencia que pueden hacer ineficaz cualquier indagación a causa de la estructura de la empresa ("irresponsabilidad individual organizada")³. Es por esto que se señalan déficits en la prevención⁴. Empíricamente, se puede corroborar esta situación con el hecho que, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente los autores por excelencia son los agricultores o, en los casos de lavado de dinero, el pequeño traficante⁵.

(p. 23) Frente a esta situación, el legislador y los tribunales han reaccionado en los últimos años. En este sentido, buscan adaptar los criterios generales de imputación del Derecho penal individual

Chapter, AIDP ed., International Conference on Environmental Criminal Law (1992), p. 453 y ss.; Stratenwerth, en Festschrift für Schmitt (1992), p. 295 y ss.; Tiedemann, en Festschrift für Jescheck (1985), p. 1419; del mismo: en Neue juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1171 y ss.; del mismo: en Festschrift für Stree / Wessels (1993), p. 531 y s.; Volk, en Juristen Zeitung (1993), p. 429 y ss.; cfr. igualmente: Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil (1991), p. 149; Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2 ed. (1994), p. 202; Triffterer, Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil (1994), p. 107.

² Ver en este sentido la serie "Strafrechtentwicklung in Europa" del Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Eser / Huber ed.), 1995.

³ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen (1995), p. 198; cf. también Schönemann, p. 34 (nota 1); del mismo: en Breuer y otros (ed.), Umweltschutz und technische Sicherheit in Unternehmen, noveno Trierer Kolloquium (1994), p. 139 y ss.; Stratenwerth, p. 301 (nota 1); Krauss, p. 48 (nota 1); Lampe, p. 708 y s. (nota 1).

⁴ Schönemann, en Schönemann / Suárez González ed., Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (1995), p. 271 y ss.; en general: Hirsch, ZStW vol. 107 (1995), p. 287.

⁵ Cf. para el caso austríaco: Wegscheider, en österreichische Juristen Zeitung (OJZ), 1994, p. 658 y ss.; a nivel internacional: Heine, Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 87 y ss.; del mismo: en Zeitschrift für Umweltrecht (1995), p. 63 y ss. y en JZ (1995), p. 653 y s.

a las nuevas tareas, pero ciertamente mediante una disminución de los requisitos. Es de mencionar, por ejemplo, los procesos Erdal-Lederspray (1990) y Holzschutzmittel (1995) que tuvieron gran resonancia en Austria⁶. Sobre la base del principio de responsabilidad general y de la competencia global de la dirección de la empresa, se tendieron puentes hacia el Derecho penal para permitir se identifiquen a los "verdaderos" responsables. En una sentencia relacionada con el muro de Berlín (dominio de la organización)⁷, el Tribunal Federal alemán renovó y amplió las condiciones de la imputación, tales como la causalidad, la responsabilidad por omisión y el dominio del hecho. Quien esté de acuerdo con esta orientación tiene que aceptar los límites del Derecho sancionador tradicional, dado que de esta manera se debilitarían los criticados déficits de prevención. Además, se impondrían únicamente penas privativas de libertad condicionalmente, las penas de multa se pagarían con la caja chica de la empresa y el riesgo que correría la empresa se limitaría a perder el beneficio obtenido mediante un hecho ilícito penal⁸. Y esto, únicamente, si **(p. 24)** se obtiene un beneficio de un millón de chelines. ¿Business as usual? No, en todo caso no en Alemania. El nivel de responsabilidad ampliado en las empresas (que también tiene seguidores en Austria)⁹ da la posibilidad al Ministerio Público de influir sobre la empresa durante la instrucción. Se recurren de preferencia a los mecanismos clásicos del derecho de policía, como por ejemplo las obligaciones de seguridad de la empresa o los mecanismos de compensación del derecho civil, a través de la indemnización por daños. En el marco de tales procesos de "bargaining", se puede incluso obtener la reorganización de la empresa; por ejemplo, mediante inversiones adicionales en programas de seguridad. En contrapartida, el proceso penal quedará archivado¹⁰.

⁶ BGHSt 37, p. 106 y ss.; LG Frankfurt 25.5.1993; en este sentido cf.: Schulz, en ZUR (1994), p. 26 y ss.; BGH NJW (1995), p. 2932; Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil (1994), n. 30; Kuhlen, Umweltstrafrecht in Deutschland und Österreich (1994), passim p. 242.

⁷ BGH JZ 1995, p. 48. Crítico con relación a su aplicación a las empresas: Roxin, en JZ (1995), p. 51; Heine, en Arnold y otros (ed.), Geburtstags Eser (1996), p. 61 y ss. Con relación a la sustitución de la causalidad tradicional por la imputación objetiva y la libre apreciación judicial cf.: BGH NJW (1995), p. 2932; cf. para el caso de la ampliación de la responsabilidad por ingerencia: BGHSt 37, p. 117 y ss., en donde, de acuerdo a los hechos, se renuncia a la exigencia de antijuridicidad. El personal directivo responde por la omisión riesgosa. Cf. igualmente: Amelung, en Rechtsgestaltende Wirkung des Revisionsrechts, vol. 10 de la colección del Deutschen Anwaltvereins (1993), p. 74 y s.

⁸ Cf. en detalle: Heine, Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 74 y ss.; Schönemann, p. 167 y s. (nota 1); en general: Hirsch, p. 287 (nota 1); optimista con relación al decomiso de utilidades: Achenbach, p. 300 (nota 1).

⁹ Cf. Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I (1990), § 80 n. 22a; del mismo: en JBI 1990, p. 467; cf. también: Helm, en JBI 1991, p. 699 quien señala que "en el ámbito de la producción generante de sustancias dañosas siempre se encuentra un responsable en los niveles jerárquicos superiores de la empresa". Esta constatación se hace posible en base a los sistemas unitarios de autoría (Einheitstätersystems) y mediante una concepción funcional de los delitos de pura desobediencia (Rechtspflichtdelikten): destinatario (y por ello autor) de la instrucción administrativa correspondiente es "todo aquél que tiene que ver con el funcionamiento de la instalación" (p. 698). Además es un garante de control "aquél que realiza una actividad en el ámbito de la producción ocasionante de sustancias dañosas o influye en la conducta de emisión" (p. 699). Se convierte así la concepción de la existencia de un autor individual al interior de la empresa, al que de acuerdo a los principios tradicionales difícilmente se le puede imputar la responsabilidad, en una empresa comprendida como autora, en la cual cualquier persona es responsable por un acto o una omisión. Desde la perspectiva alemana se cuestiona que se pierda la función limitadora del derecho: no resulta claro cómo se puede garantizar una limitación adecuada de la responsabilidad. En especial queda sin contestar, cómo sucede hasta ahora con la denominada responsabilidad del conductor del negocio (Geschäftsherrenhaftung; cf. Vest, Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, vol. 105, 1988, p. 288 y ss.; Heine, Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 108 y ss.), los principios una posición de garante general de control y de vigilancia. Ciertamente es necesario un perfeccionamiento de la teoría jurídica en el ámbito de la responsabilidad individual en la empresa. El sondear sus límites es igualmente una de las nuevas tareas. Cf. en este sentido: Schönemann, p. 148 (nota 3).

¹⁰ Cf. Heine, en ZUR (1995), p. 69 y s.

(p. 25) Quien ponga el acento en la prevención¹¹ estará de acuerdo con estos postulados, que reducen aparentemente el potencial de amenazas de las empresas. Quien, por el contrario, tenga en consideración los principios dogmáticos del Derecho penal y procesal penal combatirá el nuevo programa y la renovación práctica de todos los fundamentos clásicos¹². Objetivamente hablando, es de constatar en todo caso que una enorme presión de política criminal pesa sobre el Derecho penal individual. Tal vez, se llegue nuevamente a equilibrar la culpabilidad individual y la responsabilidad colectiva. Esta nos parece la verdadera cuestión.

III. Evolución del derecho comparado

A. La tendencia internacional en favor de la sanción penal de las organizaciones

A nivel internacional, la mayoría de los países, ante el creciente poder de las grandes empresas, se han recurrido a determinadas formas de represión penal. Algunos países, sobre todo anglosajones, disponen en esta materia de una larga experiencia. El viraje hacia esta dirección, en los años setenta de Japón, Corea, Holanda y Yugoslavia, se puede comprender, desde la perspectiva europea, como una pequeña concesión al espíritu de la época. Mientras tanto, otros países, en los que se admite el principio de culpabilidad, han cambiado de orientación. Dinamarca, Noruega y Suecia establecieron, en los años ochenta, sanciones penales específicas para las empresas consideradas especialmente peligrosas. Francia, introdujo en 1994, una responsabilidad general para las personas jurídicas, la siguió Finlandia en 1995. **(p. 26)** Existen igualmente proyectos de ley en este sentido en Suiza (1990), Bélgica (1991 en Flandes), así como en los países de Europa del Este (Lituania, Hungría, Polonia). En el Derecho de la Comunidad Europea, la idea de responsabilidad penal de las empresas ha sido acentuada de tal manera que las multas (por infracciones al derecho de carteles) sólo pueden dictarse contra las empresas, pero no contra las personas naturales que actúan en su favor. Además, las Recomendaciones del Consejo de Europa (Comité de Ministros) de 1988 tienden a asegurar una responsabilidad integral de las empresas. Finalmente, el Consejo de Europa, en el marco de la actualmente en preparación Convención para la protección penal del medio ambiente y que debe presentarse en 1996, prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹³.

La tendencia internacional es clara. Sin embargo, en su conjunto, esta evolución necesita algo más: desarrollar concepciones dogmáticas consistentes. Esta deficiencia ha consolidado el escepticismo, en el ámbito jurídico alemán, con relación a la punición de las empresas. Es fácil dejar de lado tales reservas en una Europa en crecimiento y subirse al tren del "Derecho penal de las empresas", ya en movimiento. Sin embargo, esto parece precipitado. Puesto que no es necesario un Derecho penal general de las corporaciones, que sea artificial e induzca a dudas, sino se trata de encontrar la solución de las cuestiones específicas que han emergido en los nuevos programas de política criminal. Es de señalar sobre todo las opciones que cada país puede utilizar en concordancia con su Derecho civil y administrativo. Una tentativa en esta dirección exige fundamentos de Derecho comparado.

B. Finalidad y naturaleza de la sanción

Una gran mayoría de los países regula la sanción de las organizaciones en leyes penales complementarias (Nebenstrafrecht). De este **(p. 27)** modo, se trata de apoyar la dirección estatal

¹¹ Cf. por ejemplo Schmidt - Salzer, VersR (1990), p. 128 y ss.; del mismo: BB 1992, p. 1870.

¹² Ver sobre todo los representantes de la "Escuela de Frankfurt", por ejemplo, Prittwitz, Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft (1993), p. 247 y 383 y ss.; P. A. Albrecht, KritV (1988), p. 182 y ss.; Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht (1994), p. 3 y ss.

¹³ En general y para lo que sigue ver: Heine, Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 213; del mismo: en Maastricht Journal of European and Comparative Law (1995), p. 107 y ss.; del mismo: en Heine ed., Umweltstrafrecht in osteuropäischen Ländern (1995), p. 468 y ss.

de la economía, la política de seguridad, etc. y de reprimir las infracciones de las disposiciones administrativas. La sanción no es considerada de índole penal, aun cuando puede ser varias veces más severa que la multa penal. De esto resultan dos cuestiones diferentes: deben enfrentarse dificultades infranqueables relacionadas con el principio penal de culpabilidad y los problemas deben ser resueltos de manera específica y no general. A título de ejemplo: Dinamarca ha establecido 200 normas especiales.

Cada vez mayor es el número de países que prefieren el derecho penal, de acuerdo con la la concepción anglo - americana, es el caso sobre todo en Francia, Finlandia, Suecia, Suiza y Holanda. De este modo, se espera reforzar el efecto preventivo. Pero sobre todo, se busca tratar de manera igualitaria las conductas dañosas cometidas sea por personas naturales, sea "por" o a través de empresas. Un tratamiento limitado a la contravención de los deberes administrativos, como sucede en los sistemas de regulación especial, es considerado como insuficiente. Se pueden distinguir dos grupos: de un lado, aquellos países que, como Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos, Finlandia y Holanda, conciben las sanciones a las organizaciones como respuesta a un injusto criminal propiamente dicho. La noción de culpabilidad, en su fundamento, no es de índole ética, sino más bien normativo - social. La base de un concepto normativo-social, no ético, de culpabilidad. De otro lado, se encuentran aquellos países que, como Suiza o Suecia, tratan de establecer la responsabilidad de las empresas sobre la base de un "derecho de medidas de seguridad peculiar". Decisivo es que "las penas que suponen una culpabilidad personal no son consideradas en relación con las empresas"¹⁴. Sin embargo, no se trata de las tradicionales medidas de seguridad, sino de unas (p. 28) medidas de "carácter específico", como la sustracción de las utilidades en el caso de Austria. Esto permite equilibrar nuevamente los criterios de responsabilidad. Queda sin aclarar, sin embargo, la cuestión de saber bajo qué criterios se debe proceder. La falta de criterios convincentes es también una deficiencia del planteamiento basado en un concepto normativo - social de la culpabilidad. En lo que sigue, se trata de buscar un acuerdo sobre los principios.

C. Modelos básicos de responsabilidad penal

Los criterios, establecidos en todo el mundo para atribuir una responsabilidad a las empresas, se pueden resumir en tres modelos. En el primero (el acto del órgano como falta de la empresa), el hilo conductor es la clásica teoría de la identificación: una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella¹⁵. En el segundo (organización deficiente de la corporación), se pone en relación una determinada desarreglo social (por ejemplo, un delito económico o un acto de enriquecimiento de la empresa) con una organización deficiente de la corporación. A diferencia del primero, no es necesario que se verifique si el acto es obra de un representante de la empresa. Pero, si deben presentarse deficiencias en su organización. En el tercero (principio de causalidad), se renuncia completamente a la prueba de tales errores. Aún más, es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle (como causante) determinados desordenes sociales; por ejemplo la infracción de determinados valores límites fijados por el Estado. Los límites entre un modelo y otro no son rígidos.

¹⁴ Anteproyecto suizo de 1991, p. 51. Sobre la discusión en Suiza ver (a favor): Graven / Junod, *Societas delinquere non potest?* (1988), p. 351; Schultz, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches* (1987), p. 112 y ss.; Stratenwerth, p. 295 y ss. (nota 1).

¹⁵ La concepción clásica de Viscount Haldane L. C. sobre la teoría de la identificación ha hecho historia (la doctrina del alter-ego en *Leonard's Carrying Company Ltd. vs. Asiatic Petroleum Company Ltd / 1915*): "Tratándose de las personas jurídicas entendidas como construcciones abstractas, se debe buscar su voluntad actuante y determinante en una persona que tenga el conocimiento y la voluntad dirigente, vale decir sea el propio ego y el centro de la personalidad de la persona jurídica".

(p. 29) c.1 El acto del órgano de la empresa como falta propia de la organización

Según este modelo clásico, se trataba, históricamente hablando, de la imputación de los comportamientos externos de los órganos a la empresa. Por ejemplo, la comisión de un delito tributario por el administrador. De acuerdo con esto, era suficiente para la imputación la violación de deberes internos (contravención de los deberes de vigilancia). De este modo, se atenuaba la frecuente discusión sobre qué personas, en tanto órganos de la empresa, podían originar su responsabilidad. Para ejercer una mayor influencia sobre la persona jurídica y tomando en cuenta la "necesidad de prevención", se disminuyen poco a poco los requisitos relativos a la lesión de los deberes de vigilancia. Así, se puede establecer la lesión del deber de vigilancia de una larga cadena de autores en la jerarquía de la empresa. Cualquier trabajador puede determinar la responsabilidad de una organización en la medida que los delitos podrían haber sido impedidos por una mejor elección o un control más eficaz. Incluso, se renuncia a esta exigencia de cuasi - responsabilidad (USA) o se estima suficiente - como en la ley alemana de infracciones al orden, §130 - un aumento del riesgo. Estos requisitos son reducidos al mínimo cuando se trata de reforzar las disposiciones administrativas ; por el contrario, son aumentados en donde se cuestiona el núcleo básico del Derecho penal: en USA, se exige la intencionalidad (intent).

Este modelo de imputación funciona de manera aceptable en el caso de las pequeñas empresas que tienen una estructura jerárquica lineal y en las que el máximo responsable posee integralmente la competencia y la información. Esta concepción de la imputación resultaba adecuada en los albores de la industrialización. Pero con el crecimiento de las empresas, los problemas se han multiplicado. Las modernas formas de organización, con una diferenciación funcional y una división de las tareas estratégicas y operacionales (lean management), hacen difícil que se detecte la responsabilidad de las personas naturales. Sobre todo al interior de las empresas, se generan continuamente nuevos riesgos que, por lo general, aumentan con el tiempo. Su **(p. 30)** conversión en perturbaciones sociales no es debida, con frecuencia, a la decisión de una sola persona sino al desarrollo defectuoso de la empresa. De este modo, las decisiones individuales pueden conducir a la producción de graves riesgos sin que pueda establecerse penalmente una culpabilidad individual (lo impide el principio de coincidencia). Sucede también que la empresa se cubra de tal manera que resulta imposible identificar a los autores en los niveles jerárquicos superiores. Pero si la persona, órgano de la empresa, a la cual debe imputarse la conducta de la organización, no puede ser identificada, entonces no se ve cómo puede probarse la conducta reprochable. En parte, el legislador y los tribunales tienen que resignarse, como sucede en Francia y Gran Bretaña. Pero, con frecuencia buscan soluciones pragmáticas: por ejemplo en varios países se invierte sin más la carga de la prueba en determinados delitos¹⁶

De lo señalado deben retenerse tres aspectos: primero, esta concepción de la responsabilidad lleva cada vez más al legislador y a los tribunales a ampliar la responsabilidad de las personas naturales. La idea central responde a la siguiente consigna: "cuanto más extensa sea la responsabilidad individual, tanto mayor será la responsabilidad de la agrupación". Lo cual conduce a la tendencia fatal de nivelar el derecho penal individual. Segundo, esto supone equiparar la responsabilidad individual a la colectiva. Lo que, tercero, no resulta muy efectivo : ¿ cómo se puede controlar una estructura compleja a través de un autor individual? Las respuestas las da el segundo modelo.

c.2 La organización deficiente de la empresa

El punto de partida de esta concepción es la responsabilidad por un deber de vigilancia. Teniendo en cuenta los problemas señalados con relación a los deberes personales de vigilancia en las grandes **(p. 31)** empresas, la atención se centra en la organización de la empresa misma. No se trata más de un comportamiento personal errado respecto al control, sino de una deficiencia en la organización de la empresa misma debido a una equivocada ponderación de los riesgos

¹⁶ Ver por ejemplo en Japón: Cho, Umweltstrafrecht in Korea und Japan (1993), p. 177 y ss. y 263 y ss. Para el caso francés ver: Merle / Vitu, Traité de droit criminel, 6 ed. (1988), n. 594 y s., con relación a la lesión de los deberes de vigilancia

empresariales. Diferentes países se orientan en esta dirección de manera prudente pero constante. Renuncian a la determinación de un autor en caso de deficiencias generalizadas de organización (por ejemplo, en el Derecho de contravenciones de orden alemán, y en el Anteproyecto suizo), o establecen presunciones (Japón). Los Estados Unidos y la Comisión de la Unión Europea tienen la más grande experiencia. La medida para determinar el deber de cuidado requerido no se hace en función de la capacidad de una persona natural, sino de la empresa misma, de su tamaño, de su ubicación en el mercado, de su actividad económica y del tipo de perturbación social que debe serle imputada. De acuerdo con esto, ya no se trata más de la acción o del dolo/culpa de un miembro de la dirección, sino del dominio de la organización y de la culpa/dolo colectivo de la empresa, en tanto conjunto de varias personas¹⁷.

Esta concepción resuelve, de un lado, las dificultades del primer modelo (por ejemplo, la irresponsabilidad individual estructural y organizada, la equiparación de la responsabilidad individual y colectiva). De otro lado, plantea nuevas interrogantes. Dos de estas preguntas son: ¿cómo se puede precisar el carácter deficiente de la organización? ¿qué actos generan responsabilidad? Una penalidad de la empresa general y no estructurada, como se practica en algunos Estados de los Estados Unidos, provoca grandes dudas con relación a la certeza y a la posibilidad de cálculo, requisitos esenciales para una vida económica funcional. Estas objeciones pueden contrarrestarse en el caso de **(p. 32)** ámbitos específicos y legalmente regulados, como sucede en el Derecho europeo sobre los carteles¹⁸.

c.3. El principio de causalidad

Con respecto a dichos ámbitos especiales, varios países renuncian completamente a verificar los errores cometidos en o por las empresas y exigen la garantía absoluta respecto a las disposiciones relativas a las empresas estatuidas, de manera específica, por el Estado o por autoridades competentes (de la empresa). Se trata en especial de ciertas medidas de seguridad importantes, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por productos y de la protección ambiental. Toda infracción, por ejemplo, de valores límites da lugar a la responsabilidad de la empresa. El objetivo es imponer una absoluta responsabilidad a las empresas que generan riesgos especiales como compensación por la aceptación estatal del peligro. Podemos encontrar esta orientación en varias decisiones judiciales norteamericanas en materia de regulatory offences de la legislación sobre seguridad. En Europa, se presenta como un cuasi derecho penal, por ejemplo en las leyes ambientales de Suecia o Polonia, así como en el Derecho penal del trabajo de Portugal¹⁹.

Las fronteras de este modelo están delimitadas: debe garantizar únicamente la observancia de las disposiciones estatales. Sin embargo, cada vez está más en boga la idea que, tratándose de la moderna sociedad industrial, el Estado ya no puede fijar más y de manera definitiva los riesgos. Aún con un control estricto, el Estado no podría tener un conocimiento adecuado de las fuentes de peligro generadas en la explotación de la empresa, simplemente porque sólo puede ser **(p. 33)** obtenido «en el momento» por el conocimiento privado²⁰. A esto se agrega el hecho que la conformación de la estructura de la organización es un asunto inherente a ésta, lo cual está garantizado por la libertad de empresa. La pregunta que se plantea es cómo esta libertad

¹⁷ En materia de Derecho de los carteles de la Unión Europea ver Dannecker / Fischer-Fritsch, Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis (1989), p. 297 y ss. y p. 354; Tiedemann, en ZStW vol. 102 (1990), p. 108. Para USA ver: Thaman, en Eser / Heine ed., Umweltstrafrecht in England, Kanada und den USA (1994), p. 507; Erhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe (1993), p. 107 y ss. Cf. igualmente: Vogel, en JZ (1995), p. 341.

¹⁸ Existen dudas además en el ámbito del derecho procesal: la responsabilidad penal integral en USA ha de apreciarse en relación con las correspondientes máximas del proceso que no permiten una persecución proporcional sino ejemplar y que está basado en los mecanismos del bargaining.

¹⁹ Para USA ver: Developments in Law-Corporate Crime vol. 92 (1979), Harvard Law Review, p. 1229 y ss.; § 45 de la ley de protección ambiental sueca.

²⁰ Heine, Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 140 y ss.; del mismo: en Schulte ed., Technische Innovation und Recht - Antrieb oder Hemmnis, IH, 1997, p. 67.

empresarial y este mayor conocimiento pueden ser transformados en responsabilidad en la explotación (ver infra IV c).

D. Sanciones

El tercer grupo (principio de causalidad como garantía de las prescripciones del Estado) prevé tanto medidas tributarias como sanciones financieras. La idea es que las multas administrativas (Geldbusse) refuerzan el decomiso de los beneficios a efecto de controlar a las empresas concernidas o a la rama económica en general. Así, en el Derecho de cartels de la Comunidad Europea la "amende" (multa) puede ascender al 10 % de la cifra anual de ventas. La multa relativa a las agrupaciones puede ser, en Alemania, tres veces mayor a los excedentes de los ingresos (Mehrerlöses). La discusión actual va aún más lejos en la medida en que se reconoce que las sanciones financieras son asegurables y, en todo caso, calculables ; pudiendo finalmente ser transferidas a la comunidad (mediante el aumento de los precios, etc.). La tendencia va en la línea de las Recomendaciones del Consejo de Europa de 1988, que promueven un amplio catálogo de sanciones²¹ El objetivo perseguido es influir prospectivamente en las empresas, tanto para incitarlas a proceder ellas mismas de manera responsable a una reducción de los riesgos, como para reforzar el manejo estatal de la economía. En los Estados Unidos, la política criminal, preponderante, en materia de sanciones no es de carácter exhaustivo sino enunciativo. Para los casos graves se prevé la confiscación total del patrimonio. En Francia, se establece para las actividades especialmente peligrosas y **(p. 34)** que representan un riesgo permanente para la población, el cierre de la empresa (Betriebsauflösung). Por otro lado, en los países estudiados se dispone de diversas otras medidas, por ejemplo la realización obligatoria de seminarios al interior de la empresa a fin de sanear los defectos de la organización o el establecimiento de prohibiciones de acceso al mercado²². De esta forma se garantiza que no se pierda soga y cabra; es decir que se mantengan las plazas de trabajo y que los accionistas no sean perjudicados en sus derechos.

IV. Consecuencias nacionales

A. Introducción

a.1 ¿Funciones del Derecho penal?

Nos parece que está claro lo siguiente: quien siga seriamente el programa esbozado al principio; es decir la conducción del desarrollo social en la economía, el ambiente, etc. no llega de inmediato a estar de acuerdo con las opciones presentadas. Sin embargo, la indicación, ocasionalmente afirmada, de que la responsabilidad de las empresas no podría ser de índole penal, sino sólo civil y/o administrativa, es demasiado limitada. Ciertamente, en el derecho civil y el derecho administrativo se han asumido, en gran parte, las nuevas tareas sociales como un reto. En este sentido, en el Derecho civil se experimenta con la responsabilidad por peligros. En el Derecho administrativo, se establecen nuevas facultades de intervención en previsión de los peligros y se reduce la fiabilidad de las autorizaciones. Ambas disciplinas no podrían sin embargo cumplir funciones coercitivas propias, en tanto éstas sean necesarias como última ratio: el Derecho civil porque su actuación depende de los particulares; el Derecho administrativo, aún menos, porque depende de diversos procesos de oportunidad y de cooperación social y política con las empresas²³. Si se considera **(p. 35)** necesario la coerción estatal para los ámbitos mencionados; si no se quiere sobrecargar el Derecho civil y el administrativo de elementos sancionadores; si se desea conservar al Derecho penal individual para la solución de los conflictos que le son inherentes; y, finalmente, si se quiere oponer resistencia eficaz a la actual tendencia de

²¹ Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 20.10.1988, n. (88) 18.

²² Ejemplos en Heine ed., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Juristischen Personen und ihrer Organe (en prensa).

²³ Ver en detalle: Heine, en Schulte ed. (nota 20).

desnaturalizar las condiciones de la culpabilidad por el acto y las normas procesales, con el único objetivo de reprimir a las empresas, deben encontrarse nuevas respuestas al Derecho penal "en sentido amplio". Esta es la única manera de salir de este círculo vicioso. La evolución observada en Francia muestra que un Derecho penal de las agrupaciones puede contribuir en principio a un equilibrio entre la culpa individual y la responsabilidad colectiva: la amplia responsabilidad penal objetiva, hasta ahora vigente, del actuar en nombre de otro (*responsabilité du fait d'autrui*) debe ser desterrada mediante la introducción en el núcleo del Derecho penal de la responsabilidad de las empresas²⁴

a.2 ¿Predominio del principio de culpabilidad o de un Derecho de medidas de seguridad?

Si se discute de manera tradicional la cuestión de la capacidad de acción y de culpabilidad de las empresas en derecho penal, entonces tienen que trasladarse automáticamente las concepciones consideradas correctas para la imputación individual de las personas naturales a las agrupaciones (de personas). Pero una gran organización es mucho más que la suma de todas sus actividades en particular. Los problemas dogmáticos no se pueden camuflar como si se tratase de una pequeña empresa²⁵. Estos se ponen de manifiesto en los casos de las grandes empresas con diversas estructuras. Los ámbitos de responsabilidad de la persona natural y de las empresas podrían cubrirse, pero deben **(p. 36)** necesariamente diferenciarse tan sólo porque la capacidad de acción y el poder social de una empresa son completamente diferentes; vale decir más amplios. La equiparación de la responsabilidad individual y colectiva, por parte de los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conduce necesariamente, sea a una exigencia excesiva de los particulares, sea a un equivocado manejo de las empresas por un cierta laxitud (*Unterforderung*) o por la fuerza de la costumbre. En todo caso, dicha concepción entraña un peligro amenazador (*bedrohliches Sprengpotential*) para los fundamentos del Derecho penal individual. Visto de esta manera, los intentos hasta ahora realizados para reducir a un mismo denominador común a los conflictos de las personas naturales y las agrupaciones (principio de la culpabilidad social - normativa o derecho igualitario de medidas de seguridad), han adolecido de un defecto congénito fatal: el Derecho penal de culpabilidad y el Derecho de medidas de seguridad están diseñados a la medida de los conflictos concernientes a las personas naturales; sus categorías cumplen funciones diferentes a las de la responsabilidad colectiva. Esto es tan evidente para el Derecho penal de culpabilidad que sus criterios de imputación resultan cada vez menos funcionales frente a los nuevos problemas. Cuando se trata de la defensa de intereses colectivos, como es el caso del funcionamiento del mercado de capitales, las expectativas de seguridad de los consumidores o el equilibrio ecológico, el Derecho penal pierde ostensiblemente de vista el acto criminal. Y, como hemos visto, el delincuente desaparece debido a la complejidad de las organizaciones. ¿Cómo criterios idénticos de imputación podrían resolver cuestiones diferentes, tales como el control de las empresas?

La equiparación equivocada de cuestiones diferentes puede explicar lo absurdo de los esfuerzos hasta ahora realizados, como se pone de manifiesto en las tres concepciones dogmáticas actuales más importantes (el concepto de la culpabilidad normativo - social; el criterio de las medidas de seguridad, la necesidad de prevención). Así, de acuerdo a la teoría de la responsabilidad por la culpabilidad de la organización (*Haftungstheorie vom Organisationsverschulden*), **(p. 37)** elaborada por Tiedemann (concepto de culpabilidad normativo - social, que permite formular un reproche social propio a la organización), la decisión individual errada de un representante al igual que en la concepción sobre la responsabilidad de Hirsch²⁶, es una *conditio sine qua non*. Ambos se conforman, sin justificación dogmática, con una autoría general. Sin aportar perspectivas

²⁴ Desportes / Le Gunehec, *Juris-Classeur pénal*, art. 121-2, *Responsabilité pénale des personnes morales* (1994), n. 31; Pradel, *Le nouveau Code pénal français*, *Revue de droit pénal et criminologie* (1994), p. 932.

²⁵ Hirsch, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, p. 10 y ss.; Tiedemann, en *NJW*, p. 1170 y ss.

²⁶ Tiedemann, en *NJW* (1988), p. 1172; Hirsch, p. 26 (nota 25). Cf. también: Schroth, p. 338 y ss. (nota 1); más amplio: Erhardt, p. 243 (nota 1). Crítico: Lampe, p. 729 (nota 1).

constructivas, Tiedemann reconoce que, debido a que así no se llega a determinar cuál es el órgano que en concreto actúa, el problema de fondo no es resuelto (irresponsabilidad individual de las personas). Su discípulo Deruyck va aún más lejos. Para éste no es decisivo que el deber de vigilancia sea violado por el órgano de la empresa, sino que basta simplemente que lo sea por la organización. La culpabilidad se limita al reproche de que no se ha tomado "una decisión colectiva adecuada a la legalidad"²⁷. De esta manera, la premisa de un concepto penal de la culpabilidad es largamente abandonado. No es de sorprender por tanto que esta posición sea coincidente, en cuanto a las consecuencias, con el modelo de medidas de seguridad.

Stratenwerth subraya, en principio, que respecto a la responsabilidad de las organizaciones sólo puede tratarse únicamente de su responsabilidad por los actos de sus miembros que desempeñan cargos directivos: "cualquier otra solución conduciría a una responsabilidad por caso fortuito". Pero su modelo de medidas de seguridad, desprovisto de límites de prevención especial, le permite sacrificar estas premisas necesarias de la política criminal²⁸. La responsabilidad de **(p. 38)** la empresa entra en consideración siempre que, como sucede en el planteamiento de Deruyck, se hubieran sobrepasado los límites del riesgo permitido.

Se comprende que resulte difícil para los sostenedores de una (tercera) concepción pragmática, preocupados por legitimar sus criterios en base al principio de responsabilidad y a la necesidad de prevención²⁹, ponerse de acuerdo sobre el denominador de la evitabilidad (Vermeidbarkeit) abstracta de los riesgos.

Este criterio general de responsabilidad³⁰ revela una cierta preferencia por los criterios básicos de la dogmática. Pero no sólo esto debilita su fuerza persuasiva ; sino que también el resultado obtenido es de por sí problemático. No resulta claro por quién, por qué medios y con qué consecuencias debe sobrepasarse el riesgo permitido. Es igualmente incierto si este criterio se mide de acuerdo a las posibilidades del individuo o de la empresa. Si se recurre a la teoría de la imputación objetiva del Derecho penal individual, tendría que reconocerse que no hay dos autores que hayan tratado de manera semejante la cuestión del riesgo permitido. En todo caso, mediante reglas tan burdas de imputación, se estaría configurando una responsabilidad de la organización abierta a cualquier tipo de imputación de responsabilidad. Imputación presentada como derecho penal central, pero que sacrificaría los tradicionales principios de la imputación. La consecuencia sería no sólo un vaciamiento de sentido del concepto personal de culpabilidad, sino también de los fundamentos de las medidas de seguridad.

(p. 39) B. Responsabilidad penal originaria

b.1 Sistema paralelo: ¿ « Culpabilidad » de las organizaciones"?

¿Qué resulta de todo lo que venimos de decir? La imputación de la responsabilidad a organismos supraindividuales debe ser concebida de modo separado en sus presupuestos y consecuencias de

²⁷ Deruyck, en ZStW vol. 103 (1991), p. 728 y s.

²⁸ Stratenwerth, ps. 298 y 304 y s.(nota 1); sobre la apreciación de las medidas de seguridad ver también: Korte, *Juristische Person und strafrechtliche Verantwortung* (1991), p. 177; Otto, *Strafbarkeit von Unternehmen*, p. 29 (la sanción de la organización como medida protección jurídica de la economía). Que se pongan límites a las medidas de seguridad frente a los particulares, prohibiéndole convertirlos en objetos de demostración de la administración de justicia, no resulta un obstáculo para una sanción de la empresa orientada de manera preventivo-general: la empresa no es una persona racional que tenga que ser respetada como tal. A pesar de esta argumentación consequente, Stratenwerth no despeja una duda: que se utilice el Derecho de medidas de seguridad para ocultar los pecados originales del Derecho penal de culpabilidad, no obstante que aquél sea considerado derecho penal básico.

²⁹ Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 236 y ss; más extenso en AIDP Taiwan, *International Conference*, p. 461 y ss.; crítico: Hirsch quien habla de una desnaturalización del Derecho simple de responsabilidad, p. 13 (nota 1); Lampe, p. 731 (nota 1).

³⁰ Cf. también Alwart, p. 769 (nota 1).

la culpabilidad penal individual³¹. Es de acercarse al segundo modelo : organización deficiente de la empresa. Se trata de una responsabilidad originaria de la organización, independiente de la culpabilidad de las personas individuales. Para esto existe la posibilidad de establecer un sistema separado, paralelo al Derecho penal individual. ¿Cómo garantizar que se trata de una forma de Derecho penal y no de un deber de vigilancia cualquiera? Esta pregunta remite una vez más a la cuestión clave: "la culpabilidad de las agrupaciones". Si una decisión consciente, personalísima, moralmente equivocada fuera constitutiva de toda forma de culpabilidad penal, entonces aquí terminaría la discusión ; el círculo jurídico de habla alemana debería abandonar el ámbito internacional. Las reflexiones precedentes se dirigen a evitar que se equipare la responsabilidad colectiva con la individual. En un sistema independiente, se atenúan los problemas. No vemos ninguna dificultad insuperable para admitir la premisa del "poder ser culpable" también con relación a las personas no naturales; es decir de plantearse la cuestión del por qué alguien puede ser de manera legítima declarado especialmente responsable. La "culpabilidad" es finalmente una categoría sistemática, cuyos requisitos se deciden normativamente en función a fundamentos socialmente consensuales (concepto de culpabilidad normativa) y cuyo contenido conceptual se orienta, en el Derecho penal individual, de acuerdo a funciones específicas (Derecho penal central, accesorio o administrativo)³². No existen mayores **(p. 40)** inconvenientes en ponerse de acuerdo sobre la "culpabilidad de las organizaciones" dentro de un sistema paralelo de responsabilidad colectiva.

La vía indicada y que debe ser seguida no es nueva. Ya está prevista cuando la responsabilidad de la organización es fundamentada en una responsabilidad personal intermedia (como en el derecho de infracciones de orden alemán o en el Derecho penal administrativo austríaco - § 9 inc. 7 - o en el § 20a del Código Penal). En general, toda reducción de las posiciones clásicas fortalece la tendencia hacia la pena de las empresas. Y en los últimos años, las posiciones clásicas se han venido debilitando poco a poco como consecuencia de los nuevos programas de política criminal.

b.2. Ajustamiento funcional análogo al Derecho penal individual

Metódicamente, este acuerdo sobre la responsabilidad penal de las agrupaciones supone que, para efectos de la determinación de la responsabilidad de éstas, se recurran a todas las categorías de la imputación del derecho penal individual, comenzando por la conducta, la causalidad y el resultado, hasta los elementos subjetivos como la culpabilidad³³. Esta responsabilidad colectiva es, por lo tanto, de naturaleza penal si, en sus requisitos de responsabilidad, se orienta principalmente de manera similar (análoga) al Derecho penal individual. Pero, se debe tener siempre presente que las condiciones de funcionamiento de éste son diferentes ; vale decir: sus dimensiones temporales distintas, su orientación futura más acentuada, su poder especial, etc.

(p. 41) *b.3. Culpabilidad por la conducción de la empresa en lugar de culpabilidad por el acto individual*

La verdadera dificultad es de fijar de acuerdo a qué criterios heurísticos se debería determinar la culpabilidad con funciones análogas. Un comienzo de solución se encuentra en el reconocimiento de la "dimensión temporal", que aparece sin más como constitutiva de la responsabilidad de **(p. 42)** la organización. La mayor parte de los casos que el derecho penal debe tratar son el resultado de un desarrollo deficiente de la empresa no atribuible a decisiones individuales, sino a una

³¹ En general: Heine, *Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p. 256 y ss. Cf. también: Achenbach, ps. 302 y 304 (nota 1); Lampe, p. 731 (nota 1).

³² Sobre dicho problema ver: Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips* (1977), p. 29; Arthur Kaufmann, en *Jura* (1986), p. 228; Roxin, *Festschrift für Henkel* (1974), p. 171 y ss. Cf. igualmente: Lampe, p. 723 y ss. (nota 1). Constitucionalmente no habría ninguna duda a condición de que se observen determinados requisitos.

³³ En la parte especial del Código penal mediante la trivialización del resultado y la responsabilidad para los peligros y riesgos abstractos, y en la parte general, a través de la ampliación de la autoría, causalidad, la creación de ficciones en el error (cf. por ejemplo el § 183a del CP), etc.

deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación. Desde la perspectiva de la dogmática clásica de la culpabilidad, esto significa: en el derecho penal de la empresa no se trata sólo de una culpabilidad individual por el acto; si no más bien de una culpabilidad de hecho, que se podría caracterizar, a la manera del concepto (por cierto mal visto jurídicamente) de la "culpabilidad por conducta de vida", como una "culpabilidad por la conducción de la empresa". Esta perspectiva de largo plazo gana en precisión mediante la responsabilidad integral de la empresa por la investigación, planeamiento, desarrollo, producción y organización. ¿Quién otro que aquéllos que sistemáticamente generan y se aprovechan de los nuevos riesgos, que disponen de un conocimiento y poder especial, deben asumir esta responsabilidad especial?

D. Esbozo de una dogmática

Se trata de incluir este sistema de responsabilidad integral en el Estado de Derecho. En este sentido, el Derecho comparado muestra que cuanto más general sea la norma de responsabilidad de las empresas, tanto más insegura deviene la posibilidad de definir las fronteras de la responsabilidad. Quien quiera evitar cláusulas que aprehendan colectivamente todo o quien respete los límites fijados por el Estado de Derecho, sólo le queda el camino de cerciorarse del potencial especial de peligros de determinados tipos de empresa y proponer soluciones concretas orientadas específicamente a éstos. Se plantean diferentes respuestas según se trate de Bancos que hayan omitido de tomar medidas de organización para evitar el lavado de dinero de organizaciones mafiosas (organizaciones ilegales que a través de la acumulación financiera amenazan el orden social) o de grandes empresas que crean el desarrollo técnico de la sociedad³⁴. Para el caso de los procedimientos empresariales de explotación basados en la tecnología podría considerarse lo siguiente:

Una empresa, dedicada a la producción de nuevos riesgos técnicos, debería de ser considerada (paralelamente a la responsabilidad penal individual por la dirección del establecimiento) como garante de control. El deber de evitar peligros y de controlar resultan del hecho que los riesgos propios de la explotación pueden ser únicamente controlados mediante una administración de los riesgos por parte de la empresa y no mediante las disposiciones de seguridad y de control estatales. Los criterios rectores para una responsabilidad "penal" de la organización estarían dados por dos presupuestos: como condición necesaria debe existir una administración deficiente del riesgo (fehlerhafte Risikomanagement); y como condición suficiente la materialización del peligro típico de la empresa (por ejemplo un peligro común, un daño ambiental especialmente grave). Se deja de lado la conducta errada de un miembro individual de la empresa. Sin embargo, se mantiene los aspectos típicos penales: el deber de responder por el desvalor del resultado perjudicial, si fueron causados "individualmente" (esto es por empresas concretas) de modo culpable e imputable. La noción de la comisión de un ilícito en el cumplimiento de una función, conocida en el Derecho penal individual, garantiza además el carácter penal de esta responsabilidad. Por ejemplo, en lugar del dominio del (p. 43) hecho individual puede considerarse un dominio funcional - sistemático de la organización. Este dominio de la organización de la empresa es deficiente si la empresa descuida la posibilidad de remediar a tiempo un peligro, si omite programas de prevención en el planeamiento o en las inversiones. Los deberes pueden además ser precisados a nivel de cada división particular de la empresa de acuerdo a las funciones de la misma. La materialización de los peligros típicos de la empresa (resultados) han de ser considerados como condiciones objetivas de punibilidad. Esto puede explicarse por el hecho que el resultado en el Derecho penal de las empresas no es producto de un comportamiento dominado por la voluntad de un autor, sino que es percibido como consecuencia de un proceso acumulativo de una administración deficiente generada durante largo tiempo. La relación entre esta

³⁴ La idea rectora es que las sanciones tiene carácter penal si sus requisitos dogmáticos, su conminación, imposición y aplicación siguen determinados criterios e ideas penales básicas. El derecho penal se caracteriza por un apego más estricto al principio de culpabilidad, por sus requisitos de responsabilidad más fuertes que en el Derecho civil y administrativo. Por lo demás, las sanciones no tienen naturaleza penal porque sean etiquetadas como tales (ver notas 26 -28). Tampoco están legitimadas suficientemente porque se puedan reconducir a los criterios del derecho penal individual, más aún si finalmente éstos resultan sobrando a causa de su naturaleza preventivo-general.

condición objetiva de punibilidad y la administración defectuosa del riesgo se rige (en lugar de una causalidad estricta) por una teoría de aumento del riesgo propio de las organizaciones. Esto se justifica por el hecho de que no se trata de una coordinación de sucesos puntuales, en función de la experiencia social establecida (como en el Derecho penal individual), sino del dominio de situaciones de riesgo que no parecen ser concretamente previsibles. De acuerdo con esto, han de determinarse también de modo funcional - colectivo el dolo, la culpa y la conciencia de la ilícitud. Pero, ¿una empresa puede « tener » dolo? Los elementos subjetivos en el Derecho penal individual ya no se establecen como un conocimiento real del autor, sino que se fijan de acuerdo a criterios sociales. Su imputación a una empresa es en realidad menos problemática que en el caso de una persona natural. Mientras que en el caso de un autor individual la presunción de la existencia del conocimiento jurídico relacionado a las diversas reglas de seguridad existentes se hace cada vez más ficticia³⁵, la imputación correspondiente a las empresas es más real, a condición que se pueda imputar, igualmente, a la empresa autora en su conjunto el (p. 44) conocimiento poseído por sus secciones legal y de seguridad. Finalmente, la categoría de la "culpabilidad por la conducción de la empresa", en tanto forma de responsabilidad específica de la empresa, obliga al juez a justificar, a diferencia de lo que sucede en materia civil o administrativa, que ha considerado la "individualidad" de la empresa concreta. Tanto la culpabilidad por la conducción de la empresa, presentada aquí, como la culpabilidad particular del Derecho penal individual serían de lege ferenda dos causas de responsabilidad diferentes que caracterizarían dos ámbitos de responsabilidad distintos: de lo colectivo, por un lado, y del individuo, por otro lado. En consecuencia, ambas formas de responsabilidad deben ser consideradas y reprimidas de manera paralela.

E. Sanciones aplicables a las empresas

El Derecho penal de la empresa necesita de un catálogo de sanciones amplio que incluya, igualmente, los instrumentos del Derecho administrativo frecuentemente venido a menos³⁶. En los casos de una administración del riesgo ostensiblemente defectuosa que genere daños sociales relevantes, en los que esté excluido absolutamente la reconversión necesaria de los procedimientos de producción, debe preverse el cierre de la empresa como último recurso. En tanto sanción financiera debe preverse, para los casos especialmente graves, una pena patrimonial. Pero el peso principal debe radicar en las sanciones preventivas que tengan por finalidad asegurar, para el futuro, una regulación adecuada del peligro. Dado que la indispensable elaboración de un balance adecuado de los riesgos debe ser apoyada desde fuera, es recomendable, en casos relevantes, disponer una curatela temporal de la empresa; es decir, la sumisión expresa de la empresa, por un tiempo determinado, a la dirección de un organismo especializado³⁷. Igualmente son útiles la imposición de (p. 45) deberes específicos como la auditoría o la prohibición de determinadas actividades de explotación.

V Conclusión

Ciertamente quedan sin responder numerosas preguntas. Por ejemplo, sería cuestión de reflexionar sobre el derecho procesal³⁸. Igualmente, habría aún que desarrollar progresivamente criterios obligatorios sobre la administración del riesgo. En tanto esto no ocurra, el peso principal

³⁵ Ver Heine, en JZ (1995), p. 654 y ss.; del mismo: en Geburstags Eser, p. 69; Lampe, p. 725 y ss. (nota 1).

³⁶ Cf. por ejemplo VerG, NuR (1988), p. 32 y s.; Heine, en NJW (1990), p. 2426.

³⁷ Sobre la evolución histórica cf.: Stolleis, en ZNR (1989), p. 129 y ss. Por cierto no se trata simplemente de un sis tema de vasos comunicantes (cf. Stolleis, p. 147) porque las funciones y los objetivos se han modificado por los cambios sociales y jurídicos.

³⁸ El peso principal del injusto típico recae en la administración deficiente del riesgo. Mediante esta noción se hace evidente (igualmente desde la perspectiva de la culpabilidad de la empresa "en el tiempo") que la empresa no estuvo "consciente" en modo alguno de su responsabilidad especial por los procedimientos riesgosos de funcionamiento.

recaería en un derecho penal administrativo de la empresa, en el que (de acuerdo al tercer modelo) se trate de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de seguridad dictadas por el Estado. La sanción principal sería la pena concebida en relación con las personas jurídicas.

Quien esté a favor de las diversas formas de represión estatal contra la delincuencia económica, la criminalidad contra el medio ambiente, la seguridad de los productos, el lavado de dinero, etc. ; quien no esté de acuerdo con la situación predominante en que las actividades empresariales son sancionadas ocasionalmente y en base a criterios arbitrarios, quién además tenga interés en cuestionar las tendencias que desbordan en el Derecho penal individual una concepción penal independiente, de manera tal que se pueda reemplazar el eje actual de la política criminal en la solución de los conflictos individuales por un paliativo, no le queda sino enfrentarse con los vías antes señaladas. Si en todo caso, resulta claro que la actual política criminal no se siente más cómoda en los moldes de la responsabilidad hasta ahora preferidos, entonces esta contribución habrá cumplido un importante objetivo.