

CRIMINALIDAD ORGANIZADA, UNION EUROPEA Y SANCIONES A EMPRESAS

Laura Zúñiga Rodríguez

"Con la pérdida de confianza en los dogmas del individualismo liberal, ha terminado también el creer en que la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad sin límites sean siempre beneficiosas para la libertad personal y la experiencia no permite dudar de que, sin la vigilancia constante del Estado, han sido, son y serán utilizadas para despojar y esclavizar a los económicamente débiles.

Federico de Castro, La persona jurídica.

1.- Presentación de la problemática.

La Unión Europea es una realidad y un proyecto. Es decir, hay pasos consolidados en el proceso de integración que comprometen todas las esferas de los ordenamientos nacionales, incluso el penal; pero por otro lado, hay tendencias, perspectivas, caminos por donde parece discurrir el proceso de integración que se pueden vislumbrar e influencias que este avance en la unificación ejerce ya en los ordenamientos nacionales, incluso en el penal. Dentro de ese proyecto común, una de las mayores amenazas para el espacio de seguridad que se pretende lograr con la UE, es precisamente la criminalidad organizada, a la cual el último Tratado, el Tratado de Amsterdam ha dado especial importancia, pues hay una particular referencia en el art. 31, al establecer que la cooperación judicial en materia penal incluirá "la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas".

En esta comunicación me ocuparé de las vinculaciones que existen entre la criminalidad organizada (1) y la criminalidad de empresa (2), así como de los retos que esta gran criminalidad plantea a la UE – y, por efecto rebote, a los países miembros-. Se trata pues, de reflexionar cuáles son las interrelaciones criminológicas del binomio criminalidad organizada y criminalidad de empresa y cuál es la respuesta que la UE ha diseñado para hacer frente a ambos tipos de criminalidad. Interesará saber, también, cuáles son los efectos que este diseño políticocriminal puede tener en los Estados miembros.

El proceso europeo de unificación, no cabe duda que ha dado lugar a un dinamismo en las relaciones Derecho Penal de los Estados miembros y Normas Comunitarias. Ambos aspectos se han ido retroalimentando y el Derecho Penal de los Estados miembros ha venido transformándose al hilo de la producción comunitaria de Reglamentos y Directivas, pese a las reticencias de los países por mantener el ius puniendi, quizás como último reducto de su soberanía nacional. Prueba de que el Derecho Penal nacional no ha permanecido inmutable ante el proceso de unificación europea es la inminente influencia que ha ejercido en el Derecho Penal económico de todos los Estados miembros; el que se haya avanzado en la consolidación del tercer pilar de creación de un espacio común de lucha contra la criminalidad; que se haya firmado una serie de Convenios para unificar criterios de imputación en materia de insider trading, blanqueo de dinero y fraudes comunitarios; y, finalmente, se haya trabajado un Corpus Juris que, aunque se haya creado para luchar contra fraudes contra los intereses comunitarios, consagra una serie de principios generales que representan un denominador común del sistema sancionatorio europeo.

Este proceso de transformaciones ha sido especialmente sensible en lo referente al Derecho Penal económico, dado que la UE regula realmente la materia macro-económica de los Estados miembros y define directamente la política económica de algunos sectores como la pesca y la agricultura. Sostener hoy que el Derecho Penal es monopolio absoluto de los Estados soberanos en Europa es tan ilusorio como sostener que las empresas no delinquen. Veamos este último aspecto con relación a la criminalidad organizada.

2.- Criminalidad organizada y criminalidad de empresa, un binomio en alza.-

Sin duda la nueva criminalidad que está confrontando a los países y al sistema penal en su totalidad es la criminalidad organizada, empresarial, transnacional, que utiliza instrumentos sofisticados como los medios de comunicación modernos y las redes comerciales internacionales. El sistema de producción de libre mercado que se ha impuesto en el mundo desde la caída del muro de Berlín, nos ha llevado a la globalización de las relaciones económicas y con ella, a que la criminalidad relacionada con el lucro ilícito pueda moverse a sus anchas por los territorios nacionales aprovechando las redes del comercio internacional.

El tráfico de armas, el tráfico de menores, el tráfico de mujeres, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos humanos, el tráfico de mano de obra, el blanqueo de dinero, son todas formas de criminalidad que tienen por característica común, utilizar (o mejor sería decir, explotar) los tejidos del comercio internacional para lograr ganancias ilícitas, las cuales se acrecientan en la medida que tienen que corromper las relaciones legales y tienen que utilizar las relaciones ilegales. Existe pues una correspondencia entre aumento de las ganancias (ilícitas) con la corrupción de las relaciones económicas lícitas y utilización de las ilícitas.

Este mismo fenómeno que se observa en las relaciones económicas internacionales, también es palpable a nivel del interior de las relaciones económicas de los propios Estados y concretamente, en la empresa, principal agente económico de la sociedad moderna. En algunos países de nuestro entorno, como Italia, se ha demostrado que la criminalidad organizada cada vez más se está infiltrando en empresas legales con prestigio en el mercado, para reciclar sus beneficios económicos, al ser este "ciclo productivo" fundamental para su desarrollo económico (3). Incluso se habla de una "mafia empresarial" o "empresa mafiosa" para denominar a este fenómeno de inmersión del capital ilícitamente obtenido en el capital "sano" de empresas consolidadas. Por su parte, el fenómeno de utilización por parte de asociaciones ilícitas de empresas en apariencia lícitas para obtener provecho económico que luego les sirva para financiar la comisión de delitos, es conocido en España, pues la organización terrorista ETA tenía –y quizás aún tiene- empresas con ese fin. Esto quiere decir, que la criminalidad organizada no sólo actúa en la economía sumergida como suele creerse, sino también en la economía legal y sólidamente implantada, aprovechando cualquier resquicio del aparato jurídico para actuar. En los últimos tiempos es cada vez más evidente que la criminalidad organizada necesita de empresas para los diferentes ciclos del delito: comisión de delitos (societarios, de iniciados, etc.), encubrimiento de delitos (lavado de dinero) y financiación de la comisión del delito (empresas para financiar el terrorismo) (4).

Existe pues, una intercomunicación entre organizaciones criminales y sociedades mercantiles, toda vez que poseen características similares, esto es, organización funcional, jerarquías, división del trabajo, profesionalización de sus miembros. No en vano las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negocios: la racionalización de los medios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, la interrelación con otras organizaciones, la tendencia a reinvertir una parte de los beneficios, etc. (5) Todo ello ha llevado a hablar desde el plano criminológico de la existencia de una verdadera "industria del crimen". Digamos que las organizaciones criminales cumplen las mismas funciones que las sociedades comerciales, sólo que en el mundo ilícito.

Las agrupaciones de empresas (Holdings) (6) y los grupos económicos también son entes del mercado cuyas formas jurídicas pueden prestarse para la corrupción y la intervención de las redes ilícitas, porque en ellos se diluye la responsabilidad individual, las conductas de personas concretas individuales, pasando a ser entes, grupos organizados del mundo empresarial, una unidad económica que actúa de acuerdo a políticas económicas de grupo, pero manteniendo las sociedades integrantes su independencia jurídica.. No olvidemos que la Sociedad Anónima nació y se desarrolló al amparo de la irresponsabilidad de sus titulares, las personas individuales, quienes no responden con su patrimonio por las actividades del sujeto jurídico (7); mientras que las agrupaciones de sociedades, corporaciones o conglomerados de empresas, de gran expansión en el mercado moderno actual, se están desarrollando en los últimos tiempos precisamente porque dichas figuras económicas son idóneas para optimizar los recursos, reducir costos y repartir riesgos y responsabilidades (8). Mientras más se complejiza las sociedades, la estructura de la organización se diversifica más y se produce mayor división de trabajo, por lo que el producto final compromete a más intervinientes.

En el ámbito de la responsabilidad penal, se producen problemas importantes para la determinación de la responsabilidad individual cuando el delito es cometido en el contexto de una empresa, por las siguientes características del comportamiento: delegación de funciones, división del trabajo, complejización de los nexos causales, pluralidad de sujetos intervinientes, todo esto produce, en definitiva, una disociación entre quienes actúan y quienes responden penalmente, pudiendo recaer el peso de la responsabilidad en la jerarquía de la organización (responsabilidad del titular de la empresa) o en la base de la misma (responsabilidad de los representantes) (9). Las dificultades del sistema penal para imputar responsabilidad en los delitos económicos es un tema crucial de nuestra disciplina que está siendo denunciado ya por muchos autores como Muñoz Conde, Hassemer, Silva y Paliero, entre otros. Este es precisamente uno de los síntomas de la tan manida "crisis del Derecho Penal": la imposibilidad de determinar la responsabilidad en sistemas complejos, donde las víctimas son indeterminadas, existe una pluralidad de nexos causales y existen una pluralidad de conductas, algunas dolosas otras culposa, unas activas y otras omisivas.

Además, la psicología de grupos enseña que los comportamientos humanos de los sujetos cambian cuando están al interior de un grupo. Sujetos que no se atreverían a realizar determinadas conductas en solitario, sí las realizan cuando están al interior del grupo, al sentirse amparados por la cobertura que le da su pertenencia al mismo. La "colectivización" de la vida moderna, plantea este reto ¿cómo determinar la responsabilidad penal en los grupos organizados?, llámese fundaciones, sindicatos, partidos políticos, empresas, etc. No pretendo aquí y ahora agotar toda esta problemática, sino simplemente replantear su discusión al hilo de la utilización de estas agrupaciones por la criminalidad organizada y el especial interés que existe en combatirla por parte de la UE.

Por otro lado, el espacio común europeo creado en Maastricht da lugar a la libertad de movimiento tanto de personas como de bienes, pero aún no existe un aparato europeo de represión penal, por lo que se da la paradoja de que se levanta las fronteras para los delincuentes y a la vez se cierran las mismas para los órganos penales (10). La dificultad tantas veces señalada de no existir normas comunes en materia penal, plantea mayores escollos para hacer frente a la libre circulación de delincuentes y libre circulación del capital ilícito, además de los instrumentos del delito y de la mercancía ilícita. En este espacio común, la criminalidad organizada puede desplazarse prácticamente sin límites.

En suma, desregulación de los mercados financieros, libertad de movimiento de capitales, redes internacionales de comercio, proceso de concentración de capitales, alzamiento de fronteras dentro de los espacios comunes, son todos elementos consustanciales de la economía mundial moderna que pueden ser caldo de cultivo del tráfico ilícito en general y de la criminalidad organizada en particular, ya que para ella su fin principal es la obtención de ganancias utilizando toda laguna jurídica. Con este panorama, como dice Arroyo Zapatero, los penalistas estamos obligados a proponer una política criminal, esto es, construir una estrategia y elegir una táctica para luchar contra esta criminalidad organizada transnacional, que tantos costes económicos y sociales está teniendo para los países miembros (11). Atajarla, en uno de sus núcleos más importantes, cuál es su actuación por medio de empresas, aprovechando el déficit de sancionabilidad en este aspecto, es el propósito de este trabajo.

3.- La política criminal de la UE para hacer frente a la criminalidad de empresa (y a la criminalidad organizada)

Respecto a la Política Criminal de la UE de lucha contra la criminalidad de empresa hay que distinguir la referente a las propuestas hechas para los Estados miembros, de aquella política jurídica ya existente dentro de la propia UE de sancionar a empresas.

La UE, siguiendo su complejo proceso de armonización de las normas penales ha dictado una serie de Directivas y Recomendaciones con el objeto unificar criterios con el objeto de hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. Dado que la UE se constituyó fundamentalmente como un Mercado Común, el respeto a la libre competencia y, por consiguiente, la necesidad de garantizar la igualdad de condiciones de los agentes económicos (productores, distribuidores, proveedores, consumidores, etc. ha dado lugar a que el Comité de Ministros sea especialmente sensible con los temas de delincuencia económica.

A través de una serie de Recomendaciones (destacan la Rec (81)12 y Rec (88)18) ha instado a los países miembros a prever sanciones punitivas también en el ámbito de la empresa y de la criminalidad económica, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la gravedad de la responsabilidad y de la consecuencia para todos los miembros del colectivo, unido a la necesidad de prevenir nuevos delitos. La posibilidad de que las empresas se puedan sustraer de una sanción penal o administrativa, es un cálculo con el que suelen jugar los empresarios, de acuerdo al margen de sancionabilidad de las infracciones del mercado interior. Un sistema sancionatorio incongruente dentro del espacio europeo puede propiciar dificultades para los operadores jurídicos y, por tanto, diferencias profundas en la igualdad de condiciones que requiere el mercado para el desarrollo de la libre competencia. Además, puede favorecer mensajes contradictorios a los ciudadanos, con claro desmedro de los fines de prevención general de estos delitos.

Respecto a la Política Criminal de la UE en materia de criminalidad organizada, como ya se ha puesto de manifiesto, se trata de uno de los temas centrales del ámbito punitivo, conjuntamente con el terrorismo y el tráfico de drogas, sobre todo a partir de Amsterdam. Para ello se ha encargado a un grupo de expertos un Plan de Acción para luchar eficazmente contra la delincuencia organizada. Para ello será preciso, por lo menos: Primero, que la Europol tuviera poderes operativos y personal cualificado para investigar y perseguir eficazmente a dicha criminalidad. Y, segundo, la armonización y aproximación de las legislaciones de los países miembros, para no incurrir en vacíos legales e incoherencias.

En este último aspecto debe destacarse el Corpus Juris, que si bien es solamente un Informe de Expertos sin ninguna validez normativa, establece un conjunto de reglas mínimas penales y procesales para luchar contra el fraude comunitario. No es, claro está, un Proyecto de CP Comunitario, pero sí creo que tiene un valor innegable, al presentar un mínimo común denominador de principios generales, cimentados en las Convenciones Europeas de derechos humanos. En realidad, dan buena cuenta de, por lo menos, los temas penales mínimos a los que debe buscarse acuerdo, para lograr una represión común. En este cuerpo legal, en el art. 14 se acoge expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con una regla muy similar de vinculación con la persona actuante, como la que existe en la jurisprudencia del TJCE.

En relación al sistema de sanciones ya existente en la UE, esto es, al aparato sancionatorio comunitario hay que señalar lo siguiente.

A parte de las sanciones indirectas, esto es a la potestad que tiene la UE de obligar a los Estados miembros a la tutela de los intereses comunitarios, existe un sistema de sanciones directas.

En materia económica, y en especial en el ámbito agrícola, de la pesca y en materia de libre competencia, la UE tiene potestad legislativa directa sobre los Estados, pudiendo definir infracciones y también sanciones. Las sanciones comunitarias que crea, impone y aplica la propia Comunidad, de manera directa, son las vinculadas a la libre competencia. Según los arts. 85, 86 y 87 del Tratado de Roma (actuales arts. 81, 82 y 83 del TA), el Consejo de Ministros podrá adoptar las Directivas y Reglamentos necesarios para regular la libertad de competencia al interior de los países miembros, pudiendo garantizarlo mediante multas y multas coercitivas (arts. 47.3, 58.4, 65.5 y 66.6 TCECA y art. 83.2. TA) (12). Esta potestad sancionadora directa de la Comunidad se explica por la importancia que tiene el respeto de las reglas del mercado para la consolidación de un mercado único y en especial los dos campos estratégicos de agricultura y pesca.

Es muy interesante observar varias características de este tipo de sanciones:

- 1.- Son aplicadas directamente por las Instituciones Europeas: la Comisión investiga los casos de supuesta infracción a la competencia y propone las medidas para poner término a esa situación. En caso que no se ponga fin a dichas infracciones, la Comisión dicta una Decisión motivada por la que se declara procedente o desestima una denuncia sobre abuso de posición dominante en el mercado, concierto de precios entre asociaciones de empresas y demás infracciones a la competencia (art. 85 TCE). Las empresas afectadas pueden demandar la Decisión de la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas

2.- Se aplica fundamentalmente a empresas. Incluso se habla de que las empresas son autores en las infracciones comunitarias (13). En efecto, las reglas de la competencia se refieren exclusivamente a las empresas como sujetos de regulación del mercado y, por tanto, sujetos a los que se demanda un comportamiento determinado de no vulnerar las reglas del mercado libre. Entonces, las empresas son sujetos activos en estas infracciones, y también son sujetos pasivos, ya que el bien jurídico que se protege está referido también a las empresas, en la medida que inmediatamente son las principales beneficiarias de dichas reglas y mediatamente al mercado en general.

3.- Utiliza un criterio funcional de empresas, que es económico, lo cual permite resolver el problema de la responsabilidad en grupos de empresas y en caso de transferencia de empresas (14). El concepto que se maneja es el de "unidad económica", definiéndola como un solo sujeto jurídico determinado por factores personales, materiales e inmateriales, cuya actividad persigue un fin económico. De esta manera se puede imputar los comportamientos ilícitos de la filial a la empresa matriz, en la medida que ésta dirige la unidad económica. Este concepto de unidad económica, también ha servido para resolver los casos de sucesiones y de fusiones empresas, pues se podría dar el caso que una vez realizada la infracción la empresa cambie de razón social o se fusione con otra. Para la sanción se localiza la unidad económica.

4.- Se han desarrollado criterios subjetivos de imputación especialmente conceptuados para empresas (15); En la medida que son empresas los sujetos de la norma de conducta y la norma de sanción, la imputación subjetiva del comportamiento es a la propia empresa, no a las personas físicas que actúan en su nombre. Pero, sí cabe señalar que uno de los aspectos más importantes de la construcción jurídica del TJCE es el de haber separado la responsabilidad de la empresa del de las personas físicas que actúan. De la siguiente manera:

1º) Una responsabilidad propia de la empresa, separada de la persona física que actúa. Esto permite independizar la responsabilidad de la empresa de aquella de la persona física totalmente, con lo cual, las circunstancias de exención de la responsabilidad de la persona física, no afectan a la responsabilidad de la persona jurídica. Y, otro efecto importante, es que la sanción se impone de acuerdo al monto económico de la producción de la empresa, como unidad económica (proporcionalidad en relación a la empresa, no a las personas físicas que actúan). Así: "al determinar la cuantía de las multas, se puede tener en cuenta, entre otros factores, la influencia que la empresa haya podido tener en el mercado, principalmente, en razón de su dimensión y de su potencia económica, de las cuales da indicios el volumen de negocios de la empresa". Tratándose de una asociación de empresas, "la influencia que haya podido ejercer en el mercado, no depende de su propio `volumen de negocios´, que no revela ni su dimensión, ni su potencia económica, sino, en realidad del volumen de negocios de sus miembros, que constituye un dato sobre su dimensión y potencia económica" (16).

2º) Criterios de dolo e imprudencia a nivel de empresa y no de la persona física. Para las autoridades de la UE la culpabilidad está construida normativamente, como un "defecto de organización" (similar a la construcción del Prof. Tiedemann) y puede presentarse en forma dolosa o culposa. Para afirmar el dolo, "no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir la prohibición contenida en dichas normas, es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado" (17). Es decir, no es necesaria la conciencia del ilícito, sino simplemente el conocimiento potencial (debido) de que esa conducta restringe la competencia en el mercado. Las conductas imprudentes quedan para una infracción leve del conocimiento potencial.

5.- La jurisprudencia del TJCE ha desarrollado una serie de criterios para resolver el tema de qué personas actúan de manera vinculante para la empresa (18). El criterio que se ha impuesto en la jurisprudencia comunitaria es funcional-económico, no formal: toda persona que actúe por cuenta de la empresa y que tenga capacidad para comprometerla jurídicamente. Este es el criterio también que se ha recogido en el Corpus Juris, art. 14.1: "cuando el delito se realice por el órgano, representante o cualquier persona que actúe en nombre de la entidad o que tenga poder de decisión, de hecho o de derecho". La Comisión y el TJCE han sido pragmáticos, estableciendo que vincula a la empresa la actuación de personas físicas que actúen en representación de la empresa, independientemente de su situación o de su jerarquía.

Como puede observarse, las instituciones europeas ya han diseñado una serie de principios generales en el sistema sancionatorio comunitario referido a empresas.

La naturaleza jurídica de las sanciones que impone la Comunidad de manera directa es un tema nada pacífico. Para la mayoría de autores y para la propia Comisión, se trata de "sanciones administrativas" (19); pero, el carácter aflictivo (verdadera afección o limitación patrimonial o restrictiva de derechos patrimoniales) y preventivo (tiene un fin preventivo general, buscar que no se vuelva a cometer la infracción), permite clasificarlas como sanciones punitivas (20) o penales en sentido amplio (21). Este es el modelo seguido por OwiG (Ley de Contravenciones e infracciones administrativas) alemana. Se trata de sanciones administrativas de carácter represivo, adscribibles al modelo punitivo sancionador o del Derecho penal administrativo, seguido además en Italia y Portugal. Pero las dificultades se presentan para entenderlo desde la óptica de los países en que no existe este tipo de ordenamiento punitivo-administrativo.

En realidad, esta clasificación parece una solución de compromiso de sanciones que no pueden ser "penales" por la deficiencia democrática del órgano que las define (la Comisión), pero que materialmente lo son, pues tienen todas las características de una pena. Con esto se salvaría dos escollos: se sancionaría con sanciones aflictivas y con fines preventivo generales y, se podría sancionar a las empresas sin plantearse ningún inconveniente con el principio *societas delinquere non potest* (22). "No es arriesgado afirmar que en el ámbito comunitario, la persona jurídica está sujeta a sanciones de naturaleza formalmente administrativa, pero sustancialmente idéntica a las de naturaleza penal".

El tema de la naturaleza jurídica de la sanción es importante para establecer las garantías aplicables para la determinación de la responsabilidad y a los efectos de determinar dichos criterios de atribución. En todo caso, en este momento son válidas las garantías materiales y procesales del Derecho Penal en el Derecho de Cáteles comunitario (23).

4.- Influencia de la Política Criminal de la UE en materia de criminalidad de empresa y criminalidad organizada en los ordenamientos de los Estados miembros

De todo este proceso de influjo europeo en el Derecho Penal de los Estados miembros hay un hecho al que poca atención se le ha dado: LA COMUNIDAD EUROPEA DESDE HACE VARIOS AÑOS ESTÁ SANCIONANDO A ENTES COLECTIVOS, EN ESPECIAL A EMPRESAS. ¿Qué repercusiones tiene esto para los Estados miembros?

Como se sabe, tradicionalmente ha habido grandes diferencias en este tema entre los países del Common Law que admiten desde el siglo pasado la responsabilidad penal de las corporaciones y los países de tradición romano-germánica en los que rige el principio *societas delinquere non potest*. Pero en los últimos tiempos ambos sistemas se han ido acercando en lo referente a la responsabilidad penal de las agrupaciones jurídicas, pues mientras los países anglosajones que admitían la responsabilidad penal prácticamente de manera objetiva, empiezan a diseñar sistemas subjetivos de imputación, en los países del Civil Law se observa la tendencia por acoger en el CP (Francia), en leyes especiales (Italia y Portugal) o en el ordenamiento sancionador punitivo (Alemania), reglas de atribución de infracciones y sanciones a la propia persona jurídica.

El legislador español no ha sido totalmente renuente a esta tendencia, pues ha incorporado las consecuencias accesorias del art. 129 CP español. El problema político criminal que plantean es que precisan primero de la imposición de una pena a un sujeto responsable y justamente determinar esto es el escollo principal si efectivamente se quiere no hacer responder a un tercero por el hecho. Y, otra discusión que plantean es que, al no estar definida su naturaleza jurídica, pues en principio ni son penas, ni son medidas, no quedan claros los criterios de atribución. ¿Cómo determinar la proporcionalidad de la consecuencia? ¿Qué sucede si el autor está amparado por una causa de justificación o una causa de inculpabilidad? Son todas interrogantes que el legislador nos ha dejado sin respuesta, el cual, incluso en algún artículo la ha llamado "medida" y hasta "pena". Todo ello muestra que se trató de una solución de compromiso para no abordar a fondo el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas y, más bien, dar una respuesta "práctica" al asunto.

Visto el asunto desde el punto de vista europeo, este es justamente uno de los temas que plantea mayores dificultades para lograr una armonización legislativa, pues países como Italia, alegan problemas de constitucionalidad para la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en España es aún dominante también la doctrina que se manifiesta en contra de su admisión, aunque también ya se empiezan a lanzar voces a su favor.

En todo caso la cuestión fundamental es: si exigimos las mismas garantías y los mismo principios de atribución al sancionar a las empresas que a las personas individuales o nos contentamos con rebajar garantías admitiendo la responsabilidad objetiva para ellas. Esto es, planteamos un Derecho sancionador a dos velocidades como plantea el Prof. Silva en su último libro, donde existirían dos modelos punitivos, el tradicional con todas las garantías y otro con ciertas limitaciones a los principios adaptados a las nuevas configuraciones de delitos, según este Profesor, distinguibles de acuerdo a que estén sancionados con pena privativa de libertad o no. Considero que el sistema sancionatorio de la libre competencia de la UE puede ser buena muestra de que sí es posible diseñar categorías y mantener garantías propias a empresas. Además, nos demuestran que estas sanciones que tienen carácter aflictivo y fines preventivos son punitivas en el sentido lato de la palabra.

Esto nos lleva a reflexionar sobre un tema que trasciende el ámbito del Derecho Comunitario y compromete todo el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. En los últimos tiempos se va atenuando las barreras entre ambos Derechos y cada vez es más patente que estamos ante un Derecho Sancionador General al que debe aplicarse todas los principios materiales y procesales del Derecho Penal, dejando, de acuerdo al principio de subsidiariedad y fragmentariedad, las infracciones más graves (bienes jurídicos más importantes y lesiones más graves) al Derecho Penal y las menos graves al Derecho Administrativo sancionador.

Sin entrar en este tema que llevaría por lo menos una exposición específica, quiero señalar algunos rasgos del Derecho Penal moderno que confirman esta afirmación:

1.- Repliegue de la pena privativa de libertad y revitalización de la multa en muchos países. Hay que destacar que la Corte Constitucional francesa ha señalado que la multa es una pena y, por tanto, debe someterse a todos los principios penales. Ello prueba, la adjetivización de "penal" de una sanción es relativa, vista desde una perspectiva comparatista.

2.- En muchos sectores y especialmente en el Derecho Penal económico, la legislación penal se está convirtiendo en mero instrumento sancionador de cierre del sistema, donde las infracciones son definidas extra-penalmente. En estos ámbitos, el carácter penal o administrativo de la sanción es meramente de oportunidad, de acuerdo a la eficacia, rapidez, necesidad, especialidad, de la intervención.

3.- Existencia en el sistema sancionador penal de sanciones que no son definidas como penales, pero que materialmente lo son, porque son aflictivas, preventivas y aplicadas por un juez penal, como son las consecuencias accesorias del art. 129 CP aplicables a las personas jurídicas y art. 128 el comiso de las ganancias del delito.

Todo ello nos demuestra dos cuestiones:

- Primero, si los contornos entre ambos Derechos son difícilmente delineables, estamos tendiendo a un Derecho Sancionador General en todos los Estados miembros, similar al que se aplica en la UE.

- Segundo, ese Derecho Sancionador general debe respetar los principios materiales y procesales del Derecho Penal, como conquistas ganadas para una intervención racional, en la que necesariamente habrá de revisarse el principio *societas delinquere non potest*, tal como ya lo ha hecho el Derecho de la UE con las empresas en materia de libre competencia.

En definitiva, de acuerdo a la Política Criminal de la UE que ejerce un influjo importante en materia de Derecho Penal económico que es fundamentalmente empresarial, se impone necesariamente la posibilidad de sancionar penalmente a empresas y otros entes colectivos, cuestión que no es solo posibilidad sino ya es una realidad a la vista de las legislaciones de los últimos años, aún en los

países que no la admiten abiertamente. En suma, quiero decir, que si en este momento existen respuestas sancionatorias del ordenamiento jurídico para sancionar a empresas, se trata de delinear criterios claros de atribución, garantías, principios para hacerlo más racionalmente, sin incoherencias en aras de la seguridad jurídica y de la prevención de dichas conductas. Prueba de que esto es posible la tiene el Derecho sancionatorio de empresas de la UE.

Entonces, considero que si la tendencia del Derecho Penal se orienta hacia la división de dos sistemas de imputación, como ya anuncian varios autores, esta clasificación no será fundamentalmente por la cualidad de la pena (aunque este es un elemento también a tener en cuenta, claro está), sino por la determinación de la responsabilidad individual o responsabilidad de sistemas complejos. Parece pues como anuncian Shünemann y otros autores, lo que pervivirá en el futuro es dos sistemas sancionatorios: uno, el que conocemos centrado en la persona individual, y otro, todavía por terminar de diseñar, para las empresas y demás entes colectivos. El que se responda con sanciones penales o sanciones administrativas será una cuestión a dilucidar por el legislador de acuerdo a criterios políticocriminales, primero vinculados a la importancia del bien jurídico y grado de lesión, segundo, teniendo en cuenta consideraciones de eficacia, oportunidad, tecnicidad de la materia, etc.

Respecto a la lucha de la criminalidad organizada dentro de los países miembros, las diferencias legislativas son abismales, mientras países como Italia o Alemania le han prestado mucha atención, en España, aparte de la legislación antiterrorista y contra la droga sólo se ha dado la LO 5/99 de 13 de enero, modificando la LECrim para dar cobertura legal al agente encubierto en la lucha contra la delincuencia organizada. Además, la ha definido como "la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos que en esa ley se registra. Si observamos la lista, veremos que la mayoría pueden cometerse a través de empresas y otros entes colectivos.

Por último quiero señalar que la lucha contra la delincuencia organizada que amenaza este fin de siglo que se sirve del modelo de relaciones económicas de las sociedades postindustriales, debe hacerse por distintos frentes. Uno de ellos, muy importante es el de diseñar un modelo sancionatorio para empresas y otros entes colectivos con el fin de que los delincuentes no se sirvan de su impunidad para delinquir, ni aprovechen las lagunas legales que le brindan las incoherencias legislativas en los mercados comunes. Pero tan importante como sancionar incluso penalmente a las empresas en los casos graves, al aplicarles sanciones materialmente aflictivas y preventivas, deben rodearse de principios y garantías, para racionalizar la intervención y cumplir a cabalidad con los fines preventivos de las incriminaciones. Este es sin duda una de los retos de la Política Criminal moderna al que debemos responder los penalistas.

Notas:

1. Aunque los contornos de este tipo de criminalidad sean difíciles de definir, hay dos aspectos fundamentales que asimilan a la criminalidad de empresa y a la criminalidad organizada: son la organización y los fines de lucro. Como dice Bottke, "Mercado criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en Revista Penal, 1998, pág. 2: "Criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada "Industrial". Por su parte García Rivas, "Criminalidad organizada y tráfico de drogas", en Revista Penal, 1998, pág. 23, también destaca el carácter de "empresa" de las organizaciones criminales: "La criminalidad no se organiza sólo para crear una red de venta de droga, sino que procura obtener un alto rendimiento económico". Digamos que el fin último de prácticamente todas las organizaciones criminales es el lucro económico. Se diría que salvo las organizaciones secretas y las terroristas, pero incluso en estos casos habría que matizar que muchas de ellas precisamente buscan ganancias económicas para satisfacer esos fines ilícitos.
2. "aquellos delitos que se cometen por medio de una empresa, o, mejor dicho, aquellos delitos que se perpetran a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa". Martínez-Buján, Derecho Penal económico. Parte General, Tirant lo blanch, 1998, pág. 68. Este autor recuerda la importante matización que debe hacerse entre "criminalidad de empresa" (Unternehmenskriminalität) y "criminalidad en la empresa" (Betriebskriminalität), pues la primera presenta problemas específicos de imputación mientras que la segunda, puede ser fácilmente reconducida a la teoría del delito clásica (ob.ult.cit., págs. 67 y 68).
3. Paliero, pág. 50.
4. Expresivo de esta comunión entre crimen y empresa es el título del libro de Catanzaro, Il delitto come impresa, Padova, 1988.
5. Cfr. E. Fabián Caparrós, "Criminalidad organizada", en Gutiérrez Francés / Sánchez López, El nuevo CP: primeros problemas de aplicación, Univ. de Salamanca, 1997, pág. 176. En otro lugar, el mismo autor sostiene, en pág. 172: "En realidad, la organización criminal es una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definidas a partir de una serie de deberes y privilegios recíprocos, e inspirados en los principios de jerarquía y obediencia".

6. Que constituyen la manifestación más directa del intenso proceso de centralización del capital, articulado a través de diversas operaciones de compra y venta de empresas, fusiones y absorciones, de la que nos dan buena cuenta cotidianamente los medios de prensa. Cfr. J. Aragón Medina, "Los grupos de empresas como unidad económica dominante", en Baylos / Collado (eds.), Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo, Madrid, Ed. Trotta, 1994, pág. 23.
7. Bastante crítico, F. De Castro, La persona jurídica, Madrid, Civitas, 1991, 2ª ed., págs. 34 y 35: "¿Cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial, ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad? Y si no es la pluralidad de los accionistas quien dirige la Sociedad, ¿cómo se explica que se otorgue una patente de irresponsabilidad –por actos propios- a quien verdaderamente es el dueño de la sociedad?"
8. Cfr. J. Terradillos Basoco, "Delitos societarios y grupos de empresas", en Baylos / Collado (eds.), Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo, ob. cit., pág. 74. Esta "re-estructuración" de las responsabilidades se observa claramente con las fusiones y absorciones en lo referente a los derechos laborales de los trabajadores. Los tribunales han tenido que acudir a la noción de "grupo de empresas" como unidad económica para derivar la responsabilidad a efectos laborales. Los criterios clásicos de imputación jurídica se diluyen al no coincidir con el concepto de persona jurídica. Cfr. A. Baylos / L. Collado, "Introducción", en de los mismos (eds.), Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo, ob. cit., págs. 15 y 16.
9. Vid. más ampliamente, explicando todos estos modelos, L. Zúñiga Rodríguez, "Criminalidad organizada, criminalidad de empresa y modelos de imputación penal", en prensa. Sobre estos temas también Vid. J. M. Silva Sánchez, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", en Bacigalupo (Dir.), Empresa y delito en el nuevo CP, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.^o
10. Cfr. L. Arroyo Zapatero, "El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea", en RP, N° 3, 1999, pág. 5.
11. Es importante señalar como apunta Tiedemann que la corrupción, el tráfico económico ilícito, causan profundas disfunciones en un mercado libre que se fundamenta en la confianza y en la buena fé en los negocios
12. Además el Regl. N° 17/62 (arts. 15 y 16) que desarrolla la aplicación de los arts. 85 y 86 TR, el Regl. N° 1017/68 relativo a la aplicación de reglas de concurrencia en el sector ferroviario, carreteras y marítimo (art. 22 y 23), el Regl. N° 4046/86 sobre las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 TR al transporte marítimo (arts. 19 y 20), el Regl. N° 3975/87 de aplicación de reglas de concurrencia a las empresas de transporte aéreo (arts. 12 y 13), el Regl. N° 4064/89 relativo al control de operaciones de concentración de empresas (arts. 14 y 16).
13. Cfr. Hamman, Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht, Pfaffenweiler, Centaurus, 1992, passim; Eidam, Straftäter Unternehmen, München, Beck, 1997, pág. 54.
14. Cfr. Hamman, ob. ult. cit., págs. 13 y 14.; Cfr. Nieto Martín, "Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro", ob. cit., pág. 614.
15. Cfr. más ampliamente en mi Segundo Ejercicio. Cfr. Nieto Martín, "Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro", ob. cit., pág. 612. Cfr. . Cfr. Eidam, Straftäter Unternehmen, München, Beck, 1997, pág. 55.
16. Asunto T-29/92. SPO contra Comisión, Recopilación, 1995, T. II, pág. 294.
17. Asunto T-29/92. SPO contra Comisión, Recopilación, 1995, T. II, pág. 294.
18. Cfr. Eidam, Straftäter Unternehmen, München, Beck, 1997, pág. 56.
19. Sería la competencia del órgano que la aplica la que define el carácter administrativo. La Corte ha dicho de modo expreso que las "exclusiones" de derechos no son sanciones penales, sino que se trataría de "una simple restitución de una prestación indebidamente otorgada". Cfr. Castellana, "Diritto penale dell'Unione Europea e principio `societas delinquere non potest'", ob. cit., pág. 768.
20. Cfr. Grasso, "Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie", ob. cit., pág. 1171 Cfr. también, Heitzer, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Heidelberg, Müller, 1997, passim; . Cfr. Castellana, "Diritto penale dell'Unione Europea e principio `societas delinquere non potest'", ob. cit., pág. 769.
21. En todo caso, como se ha desarrollado ya, se va tendiendo a un Derecho Sancionador general, en el que se aplicarían los mismos principios generales del Derecho Penal, salvo algunas matizaciones.
22. Cfr. Flora, "L'attualità del principio societas delinquere non potest", en RTDPE, pág. 15, para quien Para Légros, "Droit et vie des affaires", RDPC 1968/69, pág. 815, estas sanciones no serían penales solamente por una fictio iuris, justificada por la necesidad de no vulnerar el principio de territorialidad del Derecho Penal y no crear obstáculos conceptuales con el principio societas delinquere non potest.
23. Cfr. Eidam, Straftäter Unternehmen, ob. cit., pág. 55. Esto es explicable porque la multa puede llegar a un millón de ecus.