

Sanciones corporativas: el modelo germano *versus* el modelo latino de responsabilidad de personas jurídicas por la comisión de delitos: dos modelos relevantes para el debate mexicano

Bernardo Feijoo Sánchez*

Sumario: **I.** El modelo germano: el proyecto de Colonia **II.** El modelo latino **III.** Conclusiones personales de la comparación entre el modelo germano (Proyecto de Colonia) y el modelo latino **IV.** Epílogo

Resumen: Este artículo intenta exponer las diferencias entre lo que se denomina como modelo latino, que parte de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas basada en una responsabilidad estructural de la organización vinculada al cumplimiento de la legalidad penal, frente a las propuestas de diversos proyectos en Alemania que, partiendo de las experiencias estadounidense y austríaca, no abandonan un modelo vicarial ni aceptan de partida una responsabilidad propia y autónoma de la persona jurídica que sufre la pena de multa y otras posibles sanciones. Se defienden las ventajas de los que se denomina modelo latino frente al modelo germano o centroeuropeo. Se vincula este debate entre modelos a la situación existente en México a partir de 2016 tras la regulación en los artículos 421 al 425 del Código Nacional de Procedimientos Penales del procedimiento en contra de las personas jurídicas y la influencia que el Código Penal español, como exponente del modelo latino, viene teniendo en algún Código Penal como el del Estado libre y soberano de Quintana Roo.

Abstract: This article tries to expose the differences between what is called the Latin model, which starts from the autonomous responsibility of legal entities based on a structural responsibility of the organization linked to compliance with criminal law, compared to the proposals of various projects in Germany. Based on the American and Austrian experiences, they do not abandon a vicarious model nor do they accept from the outset autonomous responsibility of the legal entity that suffers the penalty of a fine and other possible sanctions. The advantages of what is called the Latin model compared to the German or Central European model are defended in this article. This debate between models is linked to the existing situation in Mexico,

* Catedrático de derecho penal

since 2016, after the regulation in articles 421 to 425 of the National Code of Criminal Procedures, regarding the procedure against legal entities. The influence of the Spanish Penal Code, as an exponent of the Latino model, has been included in some Penal Code such as that of the free and sovereign State of Quintana Roo.

Palabras clave: responsabilidad penal de personas jurídicas, sanciones corporativas, delito corporativo, responsabilidad organizativo-estructural, *compliance*, cultura de cumplimiento de la legalidad penal.

Key words: Criminal liability of legal entities, corporate sanctions, corporate crime, organizational-structural liability, compliance, culture of compliance with criminal law.

I. EL MODELO GERMANO: EL PROYECTO DE COLONIA

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras entidades ha sido intensamente discutida en Alemania en los últimos tiempos¹, dando lugar a posiciones de lo más variado. Si bien el Proyecto de 2013 del Ministerio de Justicia de Renania del Norte-Westfalia (Nordrhein-Westfalen), influido por la legislación austríaca (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* del año 2005²), dio lugar a un intenso

¹ Buenos resúmenes en G. Dannecker, *Zur Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit als straf- oder verwaltungsrechtliches Sanktionssystem*, en AA.VV., *Grundfragen eines modernen Strafrechts*, Baden-Baden, 2017, pp. 17 ss.; C. Roxin-L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., vol. I, Múnich, 2020, 8/60 ss.; M. P. Wassmer, *La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial*, en *Revista Penal* n° 49 (enero 2022), pp. 137 ss. Una amplia exposición de las críticas que se pueden plantear frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en W. Frisch, *Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung*, en *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter*, Berlín, 2013, pp. 371 ss.; F. Weidenauer, *Das neue Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität-Paradigmenwechsel im deutschen Strafrecht oder Instrumentarium zur Sanktionierung Unschuldiger?*, en *Corporate Compliance Zeitschrift* 2/2021, pp. 56 ss., en la línea de Frisch en relación con el Proyecto gubernativo alemán.

Se deben relativizar las críticas basadas en los fines de la pena, ya que ello implica asumir el modelo desde el que se realizan las críticas. Así, por ejemplo, ciertas críticas son evidentes si se asume un modelo preventivo-general intimidatorio (en defensa de este modelo J. M^a. Silva Sánchez, ¿*"Quia peccatum est"* o *"ne peccetur"*? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo, en *InDret Penal* 1/2021). O bien se tiene que negar que las normas se puedan dirigir a personas jurídicas o bien sus efectos sólo pueden lograrse indirectamente incidiendo en el comportamiento de personas físicas (M. Kohlhof, *Die Legitimation einer originäre Verbandsstrafe. Eine strafteoretische Untersuchung*, Berlín, 2019, pp. 64 ss., 68 ss.). La prevención general basada en la disuasión de conductas no supone un fundamento normativamente válido para una pena corporativa. Incluso aunque se parta de los incentivos que tal pena puede tener para decisiones de gestores y socios de las empresas, se trataría de una pena impuesta a la corporación por decisiones individuales.

² M. Kubiciel-N. Gräbener, *Grundlinien eines modernen Verbandssanktionenrechts*, en *ZRP* 2016, pp. 138 ss.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

debate dogmático, nunca tuvo tramitación parlamentaria y desembocó en vía muerta. Como continuación de este impulso el Proyecto de Colonia para una ley de sanciones para personas jurídicas y otras asociaciones o agrupaciones de personas (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*) nos permite analizar un concreto modelo fundamentado y defendido por relevantes representantes de la academia alemana a partir de una profunda y extensa investigación: los Profs. Henssler, Hoven y Weigend de la Universidad de Colonia y por el Prof. Kubiciel de la Universidad de Augsburg³.

El 12 de junio 2020 el gobierno federal cerró (publicación 16 de junio) y presentó posteriormente en sede parlamentaria un proyecto de ley para el fortalecimiento de la integridad de la economía (*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*) que pretendía modernizar el sistema de sanciones para corporaciones que operan en el mercado con fines económicos mediante una *Ley para sancionar hechos penales vinculados a asociaciones* (*Gesetz zur Sanktionierung verbandsbezogener Straftaten*). Este proyecto encontró un fuerte rechazo de partida en el *Bundesrat* y en el 2021 quedó definitivamente frustrada esta iniciativa legislativa con la finalización del período legislativo y el cambio de gobierno tras las elecciones.

Como el presente trabajo se centra en modelos, teniendo que dejar de lado cuestiones concretas, el modelo del proyecto del gobierno presentaba características similares al denominado Proyecto de Colonia⁴ presentado a finales de 2017, pero éste está dogmáticamente mejor trabajado. Si bien entre ambos existen diferencias relevantes, tienen en común que renuncian a un modelo genuino de responsabilidad penal de personas jurídicas o, en palabras del proyecto del gobierno, la introducción de un Derecho Penal para empresas. Se trata de un sistema de sanciones que quedaría al margen del ordenamiento penal en sentido estricto. Esta “tercera vía” entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal para atender a la demanda de organizaciones como la OCDE por el que ha optado el modelo germano, tendría como objetivo estimular la adopción de medidas de *Compliance*⁵. En ambos tiene gran relevancia la regulación de las investigaciones internas, pero esta es una cuestión que, por razones de espacio, no puede ser abordada en este trabajo.

³ Que han defendido su posición en multitud de publicaciones, tal como se recoge en los anexos al proyecto. Se omite aquí una cita directa a dichas obras por razones de espacio. Me limito a citar E. Hoven-T. Weigend, *Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, en *ZRP* 2018, pp. 30 ss.

⁴ Vid. el documento elaborado por Henssler, Hoven, Kubiciel y Weigend denominado *Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, Art. 1: „Gesetz zur Sanktionierung verbandsbezogener Straftaten”. Entre ambos no se puede dejar de mencionar el Proyecto muniqués (*Münchener Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*) de 5 de septiembre de 2019 elaborado por Frank Saliger, Michael Tsambikakis, Ole Mückenberger y Hans-Peter Huber (*NStZ* 2020, pp. 24 ss.). Otras propuestas son recogidas en la fundamentación de este proyecto, pero no pueden ser abordadas aquí.

⁵ M. Kubiciel-N. Gräbener, *op. cit.*, p. 139. Expone los argumentos que se han proporcionado para que el Derecho Penal estimule programas de cumplimiento, especialmente en el ámbito del Derecho Penal económico, Bock, *Criminal Compliance*, Baden-Baden, 2011, pp. 27 ss.

Centrándonos en el Proyecto de Colonia, el texto pretende regular, desde el punto de vista sustantivo y procesal, la imposición de sanciones a personas jurídicas y otras entidades por la comisión de delitos vinculados a sus actividades (*verbandsbezogene Straftaten*), buscando superar los déficits del Derecho alemán vigente con respecto a delitos vinculados a empresas y otras entidades, especialmente la deficiente aplicación del § 30 OWiG, una vez que el Código Penal sólo contempla sanciones para personas físicas⁶. Se busca una mayor homogeneidad y uniformidad, eficacia (*enforcement*) y previsibilidad en el uso de las sanciones con respecto a la OWiG debido a las diferencias detectadas entre la *praxis* de las fiscalías. En la misma línea de reforzar la relevancia práctica de las sanciones para corporaciones por la comisión de delitos, la multa sufre en el proyecto un importante incremento con respecto a la OWiG, que tiene un límite de 10 millones de euros (aunque se puede incrementar por razones confiscatorias, como ha sucedido en los casos más relevantes como el de Siemens o Volkswagen). Este límite máximo independiente de la capacidad económica de la empresa ha venido acreditando escasos efectos preventivos para las grandes multinacionales alemanas. El límite máximo queda ahora fijado, a diferencia del Proyecto de 2013 del Ministerio de Justicia de Nordrhein-Westfalen, por el nivel de facturación o volumen de negocio de la entidad o del grupo de empresas en la línea del Derecho de competencia.

Este modelo ha buscado inspiración en los sistemas austríaco y estadounidense. El primero sirve sobre todo como referencia de legitimación para los autores del proyecto con el objeto de señalar como en un país que forma parte de la misma tradición jurídica no han experimentado las consecuencias negativas que señalan algunos críticos en cuanto a la afectación de garantías -especialmente aquéllas vinculadas al principio de culpabilidad- para las personas físicas. El Tribunal Constitucional en el año 2016⁷ declaró la *VbVG* conforme a la Constitución austríaca, negando que fuera contraria a principios como el de culpabilidad o proporcionalidad.

Las contravenciones o transgresiones (*Zu widerhandlungen*⁸) son entendidas por la ley en el § 1 como acciones antijurídicas, que se corresponden con el tipo objetivo de una ley penal (injusto objetivo). Se entiende que están vinculadas a la entidad ("hecho de conexión"/"*fatto di connessione*") siempre que

- a) la asociación o agrupación se enriquece o debería haberse enriquecido;
o
- b) se ha infringido un deber que corresponde a la entidad, siempre que no se vea perjudicada inmediatamente por la contravención.

Tal vinculación o conexión con el delito individual basada en la actuación en beneficio o que mediante el hecho se hayan vulnerado deberes específicos de la

⁶ M. Kubiciel-N. Gräbener, *op. cit.*, pp. 137 s.; E. Hoven-T. Weigend, *op. cit.*, p. 30 s.

⁷ Sentencia de 2 de diciembre de 2016 – G 497/2015-26, G 679/2015-20.

⁸ El concepto se utiliza en el § 130 OWiG.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

corporación permite transferir o trasladar las sanciones a la entidad. El § 2 regula la aplicación territorial para permitir bajo determinados presupuestos la aplicación extraterritorial de la normativa.

Existe un doble presupuesto para la imposición de sanciones a la entidad, que va en la línea de las Directivas europeas:

- 1) La vía de la dirección (*Leitungspersonen*), tal como es definida en el apartado (4) del § 1, que se corresponde a grandes rasgos con lo que el Decreto legislativo italiano denomina como *soggetti in posizioni apicale*.
- 2) La vía de los subordinados (*Mitarbeiter*) a estos (*soggetti in posizioni subordinata*), tal como son definidos en el apartado (5) del § 1. En este caso lo relevante es la -objetiva- omisión de medidas necesarias y exigibles por parte de los sujetos en posición apical.

De acuerdo con lo dispuesto en el § 3 el primer supuesto se da si una persona en el puesto de dirección, actuando en interés o por cuenta de la sociedad, comete una contravención vinculada a una entidad de forma dolosa, antijurídica y culpable. En caso de que exista una modalidad imprudente bastará con un comportamiento imprudente (también antijurídico y culpable se entiende). Es posible no aplicar la sanción cuando la persona de dirección desatiende con su comportamiento una indicación expresa y concreta y elude medidas de seguridad idóneas para evitar tal tipo de contravenciones. De esta manera se pretende no hacer responder a la corporación en los casos que Kubiciel denomina de "exceso" ⁹ por parte del administrador o directivo o, lo que es lo mismo, los casos más evidentes donde es ilegítimo que la corporación responda por una conducta en clave exclusivamente individual porque no se trata de un "hecho de la organización".

En el segundo supuesto se trata de un subordinado actuando en interés de la sociedad, que comete la contravención vinculada a la entidad, siempre que ésta haya sido posibilitada o facilitada sustancialmente por el hecho de que una persona del ámbito de la dirección haya omitido medidas necesarias y exigibles para evitar tales contravenciones. En estos casos no hace falta que el comportamiento del subordinado sea culpable, basándose la sanción en la infracción de los deberes de cuidado, diligencia, control, vigilancia o supervisión por parte de los superiores.

Este § 3 del Proyecto, que establece los criterios materiales para imponer las sanciones, está fuertemente influido por el § 3 de la ley austríaca. El Proyecto de Colonia ha optado por imputar a la persona jurídica exclusivamente aquellos delitos en los que los administradores o directivos cometen culpablemente un delito o cuando no han impedido o dificultado un delito de un subordinado mediante su infracción de deberes.

La sanción esencial es la multa (§ 4), que puede ser parcialmente suspendida. Los criterios de determinación se encuentran en el mismo párrafo en el apartado

⁹ M. Kubiciel-N. Gräbener, *op. cit.*, p. 139.

(3), adaptándose a las características de las corporaciones con un nivel de concreción mucho mayor que el existente en el Derecho vigente.

Uno de los aspectos relevantes del Proyecto es que la multa puede ser suspendida parcialmente (§ 5) siempre que existan expectativas de que se cumplan las condiciones que se impongan -esencialmente la reparación del daño causado y la implantación de medidas técnicas, organizativas y personales que sean adecuadas para evitar las contravenciones corporativas- y que en el futuro se comportará de forma fiel al Derecho («*sich künftig rechtstreue verhalten wird*»). Para la suspensión cobra especial importancia la figura de un *Compliance-Monitor*, que se ha adoptado de la tradición estadounidense. También se contempla como sanción específica la confiscación o comiso de las ganancias (§ 7).

Se deja un amplio margen para el principio de oportunidad (§ 14), si bien existe un deber de investigación para superar los inconvenientes del Derecho vigente que actúa con criterios propios del Derecho administrativo¹⁰. La propuesta no supone una alternativa radical al sistema ya existente, salvo en lo referente a los procesos de reestructuración organizativa. La entidad puede ver enormemente reducido el pago de la multa si adopta medidas de reestructuración, pero la multa a la entidad sigue siendo una consecuencia accesoria (*Nebenfolge*¹¹) del delito cometido por la persona física. Es difícil afirmar que las personas jurídicas y otras asociaciones pasen a ser sujetos de imputación, aunque su posición procesal sea ya de sujeto y no de mero objeto. Simplificando mucho la propuesta, se trata de corregir y superar ciertas deficiencias del modelo vigente, pero manteniéndolo como un modelo vicarial y de hetero-responsabilidad (*Zurechnungsmodell*), destacando que se complementa con medidas de re-estructuración o re-organización que pueden reducir el importe de la multa. Pero no es posible hablar en propiedad de *Verbandsschuld* o de *Organisationsschuld*¹².

Más que un delito corporativo, en puridad se trata de un delito individual vinculado a la corporación. La reducción de la multa compensa en la fase de individualización de la sanción el esfuerzo económico de la corporación con posterioridad al hecho. Se trata, en definitiva, de modernizar la solución tradicional de la OWiG (*Bussgeld* como sanción económica que no se rige por los mismos criterios de la pena de multa), enriqueciéndola con una orientación preventivo-especial (re-estructuración/re-organización) en el momento de individualización de la sanción en sentido amplio¹³. Pero la prevención especial no se encuentra en la sanción pecuniaria,

¹⁰ C. Roxin/L. Greco, *op. cit.*, 8/63 d. Este también es un objetivo expreso del Proyecto del gobierno.

¹¹ C. Roxin/L. Greco, *op. cit.*, 8/60.

¹² En este sentido son correctas las críticas de W. Wohlers, *Grundlagen der Verbandsverantwortlichkeit*, en *NZWiSt* 2018, pp. 416 ss.

¹³ Como señala K. Beckemper, *Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes-Sanktionen und Einstellungsmöglichkeiten*, en *NZWiSt* 2018, p. 420, es dudoso que la multa sea una sanción idónea

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

sino en su suspensión o en las alternativas procesales (diversión). Se trata de una combinación de enfoque utilitarista, donde la multa sirve de incentivo para una cooperación de la entidad, con fines preventivo-especiales. La consecuencia es que sufrirían el coste económico al completo exclusivamente las entidades no dispuestas a cooperar o que no sean susceptibles de re-estructuración.

II. EL MODELO LATINO

A pesar del intenso intercambio de ideas entre las doctrinas alemana, italiana y española, el proyecto de Colonia no ha tenido en consideración la opción legislativa iniciada hace más de 20 años por el Decreto Legislativo italiano de 8 de junio de 2001, n. 231, que se fijó especialmente en ciertas tendencias del Derecho australiano. Si bien este Decreto Legislativo define la responsabilidad corporativa como administrativa dependiente del delito¹⁴, el Derecho Penal español ha utilizado este modelo para introducir en el año 2010 la regulación de una genuina responsabilidad penal de personas jurídicas por la comisión de delitos y, poco antes, Chile mediante la Ley 20.393 lo adoptó en una ley penal especial que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos.

Es de sobra conocido que en Italia ello ha dado lugar a un debate sobre la naturaleza jurídica de las sanciones, donde se habla de un fraude de etiquetas o, incluso, de un *tertium genus*¹⁵. Esta última opción emparenta la opción legislativa italiana con las últimas propuestas realizadas en Alemania que se han expuesto.

En España, si bien ha existido un intenso debate sobre si sería posible hablar de auténticas penas ("penas criminales")¹⁶, lo cierto es que las personas jurídicas han pasado a ser sujetos de imputación jurídico-penal junto a las personas físicas, de tal manera que no se puede imponer la pena de multa, como pena central del sistema, sin una responsabilidad propia de la persona jurídica diferenciada de la persona física y la pena es proporcional a la gravedad del hecho y a la responsabilidad de la persona jurídica en relación con el mismo. La persona jurídica tiene sus propias atenuantes

para una orientación preventivo-especial como la que propugnan los autores del Proyecto de Colonia. Es, en realidad, la suspensión la que permite dicha orientación. No es, pues, la multa la que tiene una orientación preventivo-especial, sino que es el motivo para una re-estructuración que tiene ese fin.

¹⁴ Art. 1: *Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.*

¹⁵ G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, pp. 303 ss., 324 ss. y M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, en F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XIV ed., vol. II, 2018, pp. 813 ss., ambos con ulteriores referencias. Relazione ministeriale 1.1: («Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»).

¹⁶ B. Feijóo Sánchez, *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2ª ed., Navarra, 2016, pp. 33 ss.

y su propia eximente de responsabilidad penal diferenciada de las eximentes de la culpabilidad individual.

Es importante resaltar que el Código Penal español diferencia en general entre una responsabilidad criminal que contempla penas criminales (para personas físicas mayores de edad e imputables) y otros subsistemas que generan responsabilidad penal. Así, por ejemplo, el art. 19 CP establece que «*los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*», para afirmar a continuación que «*podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*». Podemos afirmar, pues, que el Decreto Legislativo italiano inició una andadura político-criminal en el año 2001, que el Derecho español adoptó (en dos fases, 2010 y 2015) de forma radical, introduciendo una responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal junto a la responsabilidad criminal de las personas físicas y que está teniendo una influencia decisiva en el ámbito latinoamericano como ha sucedido, paradigmáticamente, con el Código Penal para el Estado libre y soberano de Quintana Roo (México) ¹⁷.

Lo que podemos denominar modelo latino añade a los criterios para entender que el delito individual es también un delito de la entidad (diferenciando igual que el Proyecto de Colonia entre *soggetti in posizioni apicale* y *soggetti in posizioni subordinata*) una regulación específica de la exclusión de la responsabilidad de la corporación que permite hablar de una responsabilidad diferenciada. Esta regulación es más amplia que la mera constatación de un “hecho de conexión” e independiente de la culpabilidad de las personas físicas, aunque tenga como presupuesto la infracción individual de la norma penal (antijuridicidad penal).

Para entender el modelo resulta esencial el art. 8 d.lgs. italiano, que habla expresamente de la «*autonomía delle responsabilità dell'ente*», como piedra angular. Este

¹⁷ Sobre esta influencia M. Ontiveros Alonso, *Criminal Compliance en México*, en Gómez Colomer (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, 2019, pp. 1477 ss., con ulteriores referencias, p. 1483 y *Manual básico para la elaboración de un Criminal Compliance Program* Ciudad de México, 2018, p. 56: “unos meses después de la expedición del CNPP se reformó el CPCD-MX. Este fue el primer código penal en nuestro país, que incorporó a las personas jurídicas como sujeto de derecho penal. Inspirado en la concepción española de 2010, el legislador replicó, casi íntegramente, el modelo español que más tarde fue reformado en aquel país, para incorporar textualmente los requisitos que debe cumplir un CCP”. Añade en nota que “en algunas fiscalías mexicanas suele recomendarse acudir para efectos de orientación frente a casos vinculados a personas jurídicas, la circular 1/2011 de la FGE”. Señala con razón como esto es válido para el ámbito del CDMX, que entiende que importó el modelo original español de 2010, pero no para otros códigos penales como el de Quintana Roo, que ya están inspirados por la versión vigente en España desde el 1 de julio de 2015. Hay que tener en cuenta, sin embargo, no sólo que ambas circulares han sido muy criticadas por la doctrina (Feijoo Sánchez, B., *op. cit.*, pp. 88 s.), sino que la jurisprudencia ha mantenido una posición contraria a dichas circulares a partir de las relevantes SSTs 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo. Lo que es evidente es que para códigos como el CDMX es enormemente relevante el debate doctrinal existente en España entre 2010 y 2015 y para códigos como el de Quintana Roo el debate doctrinal existente a partir de la reforma del 2015.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

artículo supone una ruptura con el sistema vicarial (*par ricochet*) o de transferencia de la responsabilidad del individuo a la organización. Si bien el Código Penal español no adoptó esta referencia expresa a la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica como hace, por ejemplo, el art. 5 de la ley chilena, la auto-responsabilidad ha sido defendida por un sector de la doctrina¹⁸ y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al entender que en el momento en que se opta por un modelo de responsabilidad penal es ilegítima una hermenéutica que tenga como referencia un modelo vicarial o de hetero-responsabilidad en el que se transfiere a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física. En todo caso la reforma de 2015 manifestó expresamente el objetivo de poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.

El modelo latino no parte, pues, sólo de un sistema diferenciado de sanciones para la persona física y para el ente, sino que la piedra angular de tal modelo es el establecimiento de responsabilidades distintas con fundamentos autónomos¹⁹.

Una decisión como la del art. 8 d.lgs. rompe con la identificación entre individuo y organización (ésta queda identificada con aquél de tal manera que la concurrencia de los elementos del delito en la persona física habilita la sanción corporativa), que da lugar a que, existiendo el hecho de conexión, la corporación responde en todo caso si el individuo es culpable (o ha infringido sus deberes con los subordinados). Gracias a la ruptura de esa identificación se superan los tradicionales problemas denominados de infra-inclusión y de supra-inclusión.

Con el denominado “problema de la infrainclusión”²⁰ se hace referencia a la imposibilidad de una responsabilidad corporativa sin responsabilidad individual. Aquella depende absolutamente de ésta. Sin embargo, en el modelo latino la persona jurídica puede responder, aunque el infractor no sea culpable o, incluso, se sepa que ha existido un infractor, pero no pueda ser identificado. La responsabilidad propia de la corporación es independiente de la identificación del infractor y de su psique. Así, establece el art. 8 que «*La responsabilita' dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non e' stato identificato o non e' imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia*».

El art. 31 ter del Código Penal establece, por su parte, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito (entendido como acción típica y antijurídica) «*aun cuando la concreta*

¹⁸ M. Bajo Fernández-B. Feijoo Sánchez-C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª y 2ª ed., Navarra, 2012 y 2016.

¹⁹ Que va mucho más allá de lo dispuesto actualmente en el apartado 4 del § 30 OWiG.

²⁰ C. Gómez-Jara Díez, en Bajo Fernández-Feijoo Sánchez-Gómez-Jara Díez, *op. cit.*, pp. 99 ss.

persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» y se añade que «la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que lo hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieran sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas»²¹. Esto es una consecuencia lógica de partir como principio de que la responsabilidad individual y la responsabilidad corporativa²² son autónomas y no dependen una de la otra, aunque sean cumulativas. Es cierto que en la doctrina italiana ha sido objeto de vivo debate si sería posible castigar a una persona jurídica sin identificar al autor individual (autor desconocido), especialmente en el caso de delitos dolosos²³. La práctica jurisprudencial de ambos países ya puede aportar casos que demuestran que no se trata de una cuestión meramente teórica e inaplicable²⁴. La multa a la persona jurídica es totalmente independiente de la culpabilidad individual. En España es doctrina absolutamente dominante que sólo se necesita como presupuesto una conducta típica y antijurídica del individuo.

²¹ En los mismos términos art. 18 Sexies del Código Penal para el Estado libre y soberano de Quintana Roo.

²² No se debe confundir responsabilidad corporativa (de la *universitas*) con responsabilidad colectiva, ya que tienen fundamentos distintos (por muchos, K. Krämer, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, Tübinga, 2015, pp. 78 ss., 329). En este sentido no sería la plantilla o una parte de la misma el sujeto de imputación jurídico-penal, sino la corporación como algo diferenciado de sus integrantes (C. Schmitt-Leonardy, *Originäre Verbandsschuld oder Zurechnungsmodell?*, en AA.VV., *Grundfragen eines modernen Strafrechts*, Baden-Baden, 2017, pp. 73 ss., sobre la empresa como actor corporativo independiente). Lo que un sector de la doctrina italiana (G. De Simone, *op. cit.*, pp. 126, 142, 146, 152, 402; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Turín 2018, p. XVII y *passim*) ha definido como un “soggetto metaindividuale”. La multa no se impone a un colectivo, sino a una corporación y afecta al patrimonio social de ésta. En mi opinión, el problema político-criminal que se intenta resolver con la responsabilidad corporativa no es la responsabilidad colectiva o por una “acción colectiva”, sino lo contrario: la irresponsabilidad colectiva o la “irresponsabilidad organizada” (B. Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 65 ss., 71 ss.). En Derecho Penal el “nosotros” se zanja con una pena individualizada a cada uno de los integrantes del colectivo criminal, se trate de coautores o bien de personas pertenecientes a grupos u organizaciones criminales. La responsabilidad colectiva implica una suma de penas individuales que se imponen a cada individuo integrante del colectivo responsable, mientras la responsabilidad corporativa tiene como consecuencia una pena a una corporación diferenciada de los individuos que la integran o la gestionan. Es cierto que los proyectos alemanes, el Decreto Legislativo italiano y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español abarcan diversos tipos de entidades no coincidentes, pero ello no puede ser desarrollado en el presente trabajo.

²³ G. De Simone, *op. cit.*, pp. 343 ss.; V. Mongillo, *op. cit.*, pp. 343 ss., en especial 354 ss., con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales.

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2016 (condena al FC Barcelona por delito fiscal); STS 742/2018, de 7 de febrero.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

El establecimiento de la autonomía de la responsabilidad corporativa también evita los problemas de supra-inclusión, sancionando a la corporación cuando ello carece de sentido. Se puede excluir la responsabilidad corporativa, aunque exista responsabilidad individual por un delito cometido en beneficio de la corporación o infringiendo los deberes de la corporación. Este es un problema general de los modelos vicariales, aunque sean imperfectos o impuros o con elementos de auto-responsabilidad²⁵. Dificultan que pueda declararse responsabilidad individual sin responsabilidad corporativa siempre que exista el “hecho de conexión”. De esta manera ésta puede llegar hasta donde no sea merecida ni necesaria, generando una ilegítima inflación de la responsabilidad penal. Por mencionar un ejemplo obvio, el enriquecimiento injusto no ha sido tradicionalmente un criterio de imputación jurídico-penal.

El modelo latino rompe con la idea de que la responsabilidad de la persona jurídica llega a los mismos lugares a los que llega la responsabilidad individual: si no hay culpabilidad individual no se puede castigar en ningún caso, mientras, existiendo responsabilidad individual, la consecuencia automática es que a la sanción individual se suma sin más la de la persona jurídica, sin que ésta pueda alegar nada o tenga opciones (salvo en los sistemas vicariales imperfectos o impuros buscar, en todo caso, una atenuación de esa responsabilidad). No es extraño, por ello, que el Derecho comparado demuestre como los modelos vicariales suelen ir evolucionando o sufriendo correcciones con base en sus propias experiencias sobre las consecuencias de un modelo vicarial puro hacia otro tipo de modelos más complejos y menos individualistas, al menos en lo que respecta a la determinación de la pena. Los modelos como el estadounidense que comenzaron con un modelo vicarial puro han ido evolucionando por la constatación práctica de las debilidades conceptuales del modelo.

En este sentido señala Gómez-Jara Díez²⁶: *«en líneas generales se puede afirmar que los fundamentos se han ido alejando de actuaciones concretas de personas físicas y la consiguiente conexión entre persona física y jurídica sobre la base de la representación y se han ido aproximando a defectos organizativos de la propia persona jurídica () si a principios del siglo pasado dicha responsabilidad se basaba principalmente en teorías de la representación imperantes en la época y se importaban modelos propios de derecho civil para hacer a las personas jurídicas responsables penalmente, a principio de este siglo los fundamentos pasan por los dictados de las teorías organizativas y la constatación de elementos característicos del derecho penal que se alejan de la impronta jurídico-civil»*. Lo que vengo denominando modelo latino ha emprendido

²⁵ O. Artaza Varela, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid, 2013, pp. 83 ss.; K. Mittelsdorf, *Unternehmensstrafrecht im Kontext*, Heidelberg, 2010, pp. 97 ss.; V. Mongillo, *op. cit.*, pp. 311 ss.; A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 102 ss., especialmente 120 ss.

²⁶ *Op. cit.*, p. 110.

este cambio radical hacia modelos organizativos²⁷ para responsabilizar a las personas jurídicas y otras entidades similares por los delitos vinculados a ellas.

En este contexto, el modelo latino excluye la responsabilidad (no la punibilidad²⁸) de la corporación cuando en el momento del hecho la organización disponía de un modelo de organización y gestión del cumplimiento de la legalidad eficaz y robusto²⁹, por lo que sólo debe ser responsable si en el delito cometido por la persona física o las personas físicas ha tenido influencia la ausencia del modelo o sus deficiencias. Esto está regulado de forma detallada en los arts. 6 y 7 d.lgs. italiano y fue prácticamente copiado -con pequeños matices- en la reforma española del año 2015 de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis), lo cual genera algunas disfunciones que aquí no pueden ser expuestas. Los sistemas no son idénticos y presentan diferencias importantes³⁰, pero lo relevante es que parten

²⁷ En mi opinión, desde esta perspectiva la mayor relevancia de la conocida propuesta de K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, pp. 180 s. (nº marg. 448) de “culpabilidad por defecto de organización” no va referida al fundamento de la culpabilidad, sino al cambio que representa para el sustrato de la imputación. Una gran corporación como Siemens, Deutsche Bank o Volkswagen no responde por una acción defectuosa, sino por los defectos de la organización. Pero ello todavía no nos dice cuál es el fundamento de la culpabilidad de la corporación. Si se reduce la propuesta a sancionar a la persona jurídica por un delito individual no debidamente controlado por la organización o que enriquece o puede enriquecer a la organización no se consiguen superar los inconvenientes de los sistemas vicariables. Esta idea fue desarrollada en toda su radicalidad por C. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp. 261 ss., por muchos lugares, aprovechando la peculiar teoría de los sistemas sociales autopoieticos de Luhmann. Una exposición concreta de sus planteamientos teóricos de cara a la interpretación de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español, *op. cit.*, pp. 89 ss. y *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Navarra, 2019, pp. 192 ss.

²⁸ Partiendo de un modelo de auto-responsabilidad y rechazando un modelo vicarial, el Tribunal Supremo español (básicas SSTs 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 de marzo) ha rechazado la pretensión de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 de tratar lo que el Código penal denomina “exención de responsabilidad” como algo que afecte en exclusiva a la punibilidad.

²⁹ En la línea del Decreto Legislativo italiano de 8 de junio de 2001, n.231, que utiliza la denominación “modelos de organización y de gestión para la prevención de delitos” (art. 6), la Ley chilena nº 20.393 (2.XII.2009) habla de “modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”, el Código Penal español utiliza expresiones como “modelos de organización y gestión” o “modelos de organización y de prevención” y el Código Penal para el Estado libre y soberano de Quintana Roo se refiere a “modelos de organización, gestión y prevención”. La Ley argentina 27.401 se refiere a “Programas de integridad”. En Colombia la Ley 2195 de 2022 se refiere a “Programas de Transparencia y Ética empresarial”.

³⁰ Por ejemplo, no existe en el Código Penal español una referencia como la del art. 6.3, que habilita una cooperación privado-pública: «I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati». En España, donde no está regulada una intervención pública de estas características, sobre la base de los estándares internacionales ISO 19600: 2015-Sistemas de Gestión de Compliance (sustituido por ISO 37301:2021, ya certificable) y 37001:2017-Sistemas de Gestión Antisoborno, se ha

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

de un enfoque basado en el riesgo. Es decir, no se concretan legislativamente los controles y medidas preventivas que se deben adoptar, sino que es la propia organización, a partir de una identificación, valoración y análisis de sus riesgos penales la que debe adoptar los controles pertinentes (autorregulación regulada)³¹. Además de ello se establece que existen ciertas herramientas mínimas de gestión de la legalidad que deben concurrir para que el modelo sea creíble e idóneo como un órgano específico, canales de denuncias y obligación de informar de incumplimientos, un sistema disciplinario y un sistema de verificación y mejora continua³². Las opciones para

desarrollado un estándar certificable UNE 19601:2017-Sistemas de Gestión de Compliance Penal. En la práctica muchas organizaciones se adaptan a estos estándares para planificar, implantar, verificar y mejorar continuamente (incluyendo la gestión del incumplimiento) los sistemas de gestión del *Compliance* penal con el fin de conseguir la correspondiente certificación.

Estas normas presentan siempre la siguiente estructura:

- Contexto de la organización.
- Liderazgo.
- Planificación.
- Apoyo.
- Operación.
- Evaluación del desempeño.
- Mejora.

En estos estándares se puede apreciar que existen instrumentos de *Compliance* indispensables que no están regulados en la legislación italiana/española (por ejemplo, las investigaciones corporativas internas de gran relevancia en el Proyecto de Colonia, la existencia de Códigos éticos o de conducta o la comunicación, sensibilización y formación en materia de *Compliance*).

³¹ Arts. 6, 13, 20 y 22 del Reglamento de la Ley N° 30424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas en Perú y que desarrolla los denominados “modelos de prevención” del art. 17 de la Ley que desarrolla.

³² En idéntico sentido arts. 18 Ter, Quáter y Quinquies del Código Penal para el Estado libre y soberano de Quintana Roo.

Vid. también los denominados “Lineamientos con Protocolo en Materia de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” elaborados por la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente sobre los denominados “Programas de Cumplimiento Penal Ambiental” y su contenido mínimo en relación con los delitos medioambientales, que establece que para que se entienda que el Programa de Cumplimiento ha previsto la adopción y ejecución de un modelo eficaz de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos contra el ambiente y reducir de forma significativa el riesgo de su comisión ha de incluir como mínimo los siguientes instrumentos:

1. La identificación de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos contra el ambiente que deben ser prevenidos.
2. El establecimiento de los protocolos o procedimientos que concreten la adopción de decisiones y de ejecución de las mismas para la prevención de delitos contra el ambiente.
3. La inclusión de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos contra el ambiente.
4. La imposición de la obligación de los empleados y directivos de la empresa de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. El establecimiento de respuesta que incluye un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

regular esta causa específica de exclusión de la responsabilidad de la corporación (diferenciada de las causas de exclusión de la culpabilidad individual) son variadas y en un trabajo de estas características no es posible profundizar en ellas, pero lo que importa es el aspecto esencial del modelo: la autonomía de la responsabilidad corporativa da lugar a exclusiones y atenuantes propias de dicha responsabilidad.

De esta manera el modelo latino aporta ventajas frente a otros sistemas de Derecho comparado. Permite que la persona jurídica cumplidora (con un buen sistema de gestión de *Compliance* antes del delito) no responda, aunque se cometa un delito en su beneficio o se dé el hecho de conexión, mientras la incumplidora puede ser sancionada, aunque no se condene a una persona física, gracias a que se rompe la excesiva identificación entre individuo y organización (modelo de auto-responsabilidad). La corporación no responde por culpabilidad ajena (del individuo), sino en relación con el delito cometido por la persona física, que es el presupuesto de su responsabilidad. Se trata de una responsabilidad propia, directa, cumulativa y complementaria de la individual y no de mera transferencia o de consecuencias accesorias de la responsabilidad individual. Tampoco se trata de una responsabilidad subsidiaria para cubrir carencias de la responsabilidad individual como en la regulación suiza. Responsabilidad individual y corporativa parten del mismo hecho (la infracción individual de la norma penal) -que para la persona jurídica es un presupuesto de su propia responsabilidad- pero, a partir de ahí, difiere el fundamento de la responsabilidad.

Estas consecuencias político-criminales razonables se pueden conseguir por varias vías, pero el modelo latino presenta un sistema coherente, sin perjuicio de que las legislaciones italiana o española deban ser perfeccionadas en muchos aspectos concretos.

Un pequeño excursus sobre las peculiaridades del Derecho mexicano.

Me da la impresión de que este es el camino que pretendió iniciar en el año 2016 el Código Nacional de Procedimientos Penales, que regula en los artículos 421 al 425 cómo se llevará a cabo el procedimiento en contra de las personas jurídicas. A través del Código Nacional de Procedimientos Penales el Derecho mexicano parece querer emprender un cambio de rumbo de los 33 Códigos Penales mexicanos (el de cada Estado de la República más el Código Penal Federal para delitos federales) hacia lo que podemos denominar modelos más organizativos.

6. La verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad de la empresa desarrollada que los hagan necesarios.

7. La orden de ejecución del modelo de cumplimiento preventivo deberá provenir del máximo responsable de gobierno corporativo de la empresa.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

Establece el art. 421:

“Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho”.

Es de destacar que el art. 422 del del Código Nacional de Procedimientos Penales diferencia entre *“la inobservancia del debido control”* y *“la exigibilidad de conducirse conforme a la norma”*. La Exposición de Motivos de la reforma del 2016 del Código Nacional de Procedimientos Penales justifica la reforma señalando que se busca

“que las personas jurídicas puedan responder penalmente de manera autónoma, es decir, con independencia de si las personas físicas (representantes o administradores) sean o no penalmente responsables.

En la actualidad el penalista alemán Klaus Tiedemann es el más representativo de la idea de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, su argumento principal consiste en que la empresa tiene una “posición de garante” sobre las acciones y omisiones de sus empleados, estando consecuentemente obligada a una organización correcta que, en caso de infringirse, ocasionaría responsabilidad penal. Considera la culpabilidad de las empresas como un defecto de organización de la persona jurídica.

En cuanto al caso de España, cabe decir que con la reforma al Código Penal español de junio de 2010, así como la reforma procesal respectiva de octubre de 2011, muestran que las personas jurídicas deben responder penalmente en forma autónoma.

Con base en lo anterior, se propone dentro del Capítulo específico del procedimiento para personas jurídicas, un modelo de imputación en México que reconozca la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia, por lo que se reforman los siguientes artículos:

En el artículo 421, se establece que las personas jurídicas, serán penalmente responsables de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio, o a través de los medios que ellas proporcionen, y ante la inobservancia del debido control en su organización, a fin de tener un amplio espectro de responsabilidad ante cualquier supuesto, marcando la separación de la responsabilidad penal de sus representantes o administradores de hecho o de derecho. La independencia anterior también se hace manifiesta para el caso del ejercicio de la acción penal en contra de las personas jurídicas, la cual se llevará a cabo a parte de la que se pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido. Estas distinciones se llevan a cabo con la intención de eliminar el modelo que actualmente prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales, a través del cual se hace depender el procedimiento de las personas jurídicas del procedimiento para las personas físicas, método que rompe el esquema de establecer un modelo de imputación autónoma para las personas morales”.

Se añade también por parte de la Exposición de Motivos que

“Asimismo, en los Códigos Penales de la República se deberán establecer los catálogos de delitos por los que podrá sancionarse a las personas jurídicas así como los ajustes necesarios para establecer los parámetros que nos permitan identificar el grado de culpabilidad de una empresa, de modo y manera que, para llevar a cabo la individualización de la sanción penal en estos casos, se deba estudiar la culpabilidad de la persona jurídica.

Se reforma el artículo 422, en el primer cambio establece las consecuencias para las personas jurídicas con personalidad jurídica propia, proponiendo un catálogo de sanciones, las cuales se podrán aplicar una o varias, y el órgano jurisdiccional, tomará como base los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad del numeral 410 del presente Código, así como el grado de culpabilidad, tomando en consideración 6 aspectos: a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma; b) El monto de dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo, en su caso; c) La naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral; d) El puesto que ocupaban, en la estructura de la persona jurídica, la persona o las personas físicas involucradas en la comisión del delito; e) El grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y f) El interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la sociedad, la imposición de la pena.”

La Exposición de Motivos de la reforma de 2016 del Código Nacional de Procedimientos Penales parece pretender con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas romper con una excesiva identificación entre responsabilidad individual y corporativa con el objetivo de superar los tradicionales problemas denominados de infra-inclusión.

Establece este mismo artículo en su último párrafo que

“Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas”.

Sin embargo, como muchos código penales no se han adaptado la legislación sustantiva a la nueva la legislación procesal desde 2016 (por ejemplo, el Código Penal del Distrito Federal) se ha generado una situación confusa, al menos para los que vemos el ordenamiento jurídico mexicano desde fuera³³.

³³ Sobre la compleja situación en el ordenamiento mexicano M. Ontiveros Alonso, *Tratado*, cit., pp. 1477 ss., con ulteriores referencias. Como señala este autor, debido a la vigencia de 34 Códigos Penales (uno por cada Estado, el de la Ciudad de México, el federal y el de Justicia Militar) *“la teoría y práctica del compliance en México tienen tantas realidades como códigos vigentes, de tal forma que se debe ser cauteloso al momento de generalizar una afirmación, pues muy probablemente no sea aplicable a todo el ordenamiento jurídico penal mexicano”* (p. 1478) Añade que *“lo que sí se puede hacer, merced a la reciente unificación procesal, es iniciar el análisis desde el CNPP, pues éste contiene*

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

Un problema adicional es que muchos códigos no han llevado a cabo la selección a la que hace referencia el CNPP. Eso da lugar a que se pueda interpretar, por un lado, que no se pueden aplicar las normas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas mientras no exista el catálogo³⁴ o, por otro, que cualquier delito sería susceptible de generar una responsabilidad penal de la persona jurídica (*numerus apertus*) a no ser que se entienda como lógicamente imposible.

III. CONCLUSIONES PERSONALES DE LA COMPARACIÓN ENTRE EL MODELO GERMANO (PROYECTO DE COLONIA) Y EL MODELO LATINO

El modelo germano asume un punto de partida clásico: las personas jurídicas no pueden ser hechas responsables de la comisión de delitos. No cabe más responsabilidad por el hecho que la individual y sólo se puede construir una responsabilidad penal a partir de las características de las acciones humanas. Como los requisitos que se vienen exigiendo para la culpabilidad sólo pueden concurrir en las personas físicas (responsabilidad subjetiva: dolo e imprudencia; conocimiento de la antijuridicidad, etc.), no cabe otro tipo de responsabilidad por la aparición de un delito. El modelo del Proyecto de Colonia no responsabiliza, ni penal ni administrativamente ni de otra manera, a la entidad por la aparición del hecho delictivo en el mundo. Se trata de un modelo preventivo ajeno a la responsabilidad por el hecho. La entidad sufre así unas consecuencias por una responsabilidad ajena, la de la(s) persona(s) física(s). No se

estándares de compliance explicables -ahora sí-, a escala nacional", "de tal forma que, con independencia de las disposiciones contenidas en las legislaciones locales, son de obligatoria aplicación". Pero también añade que "para comprender el alcance del compliance en México, no basta con el CNPP. Por el contrario, es indispensable interpretar su lectura con cualquiera de los códigos penales vigentes a escala nacional, que hayan reformado sus apartados de autoría y participación, e incorporado de esa manera la responsabilidad penal de las personas jurídicas" (p. 1482).

³⁴ Señala M. Ontiveros Alonso, *Manual*, cit., p. 54, que "otro asunto de especial relevancia es el relativo al, así denominado por el legislador, "catálogo" dispuesto en la legislación penal. Resulta que ya son varias entidades de la República que han incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que al mismo tiempo han omitido cualquier referencia a los probables delitos que éstas pueden cometer. Este es el caso de Yucatán, Tabasco y en cierta medida el Estado de México () el interrogante fundamental es si, ahí donde no existe catálogo, puede o no hacerse responsable a una persona jurídica. Un criterio que puede orientar esta pregunta es el siguiente: si el legislador federal, que dispuso la necesidad del catálogo de delitos, es el mismo que diseñó el código penal federal, en el que sí se insertó dicho catálogo, esto significaría que entonces sí es necesario señalar qué delitos pueden cometer los entes colectivos". Así lo entiende este autor en p. 57, analizando el contenido del Código Penal de la Ciudad de México: "hay que reprochar al legislador de CDMX que, ignorando lo dispuesto en el CNPP, haya omitido establecer un catálogo de delitos, esto es, un *numerus clausus*, de hipótesis delictivas que puedan ser atribuidas a las empresas, tal y como exige el CNPP. Ante esta omisión, tal y como ya se advirtió más arriba, podría venirse abajo cualquier investigación ministerial en CDMX, pues si no existe catálogo y a pesar de ello pretende vincularse a proceso a una organización determinada, esto podría acarrear una eventual violación al principio de legalidad".

trata de *Verantwortung*, sino de *Haftung*, entendiendo esta acepción como responder por algo, aunque no sea un hecho propio, mientras la primera tiene que ver ya con la responsabilidad originaria por el hecho acaecido. Este es el modelo tradicional de la OWiG, que se pretende mejorar, pero no cambian sustancialmente los puntos de partida. Los cambios residen en la elaboración de un nuevo sistema de individualización de las sanciones para corporaciones más complejo que el existente, pero no afecta a sus presupuestos.

La alternativa latina parte de que se puede construir un tipo de responsabilidad corporativa por el hecho distinta que no se base en aspectos psíquicos que sólo pueden concurrir en los seres humanos, sino en razones organizativo-estructurales (defecto estructural de las organizaciones). El sistema central del Derecho Penal sigue siendo el de las penas para personas físicas culpables, por lo que no cabe duda de que el ser humano sigue siendo el protagonista de la imputación jurídico-penal. Pero, a partir del delito individual, se pueden construir otro tipo de responsabilidades reguladas en un subsistema propio que atiende a las características de las organizaciones. La pionera regulación italiana definió dicha responsabilidad como administrativa, aunque se sustanciara en un procedimiento penal. El ordenamiento español entendió que se trata de un subsistema del Derecho Penal, pero siendo la responsabilidad de las personas jurídicas diferente a la responsabilidad individual, definiéndola como una responsabilidad penal pero no criminal.

En este punto nos encontramos ante la diferencia esencial entre los modelos centroeuropeo y latino. El modelo alemán no pretende responsabilizar a la corporación por el hecho delictivo, mientras que el modelo latino entiende que, de alguna manera, se puede responsabilizar a las corporaciones, aunque el fundamento de la responsabilidad sea totalmente distinto al de las personas físicas.

Los autores del Proyecto de Colonia entienden que podrían utilizar el término pena (como el Proyecto de Nordrhein-Westfalen) ya que su uso es una decisión estrictamente política, pero que prefieren utilizar el término más genérico y neutral de sanción para mantener una distancia semántica con el Derecho Penal de las personas naturales -dejando claras las diferencias de principios y reglas³⁵- y por la relevancia que se pretende otorgar a la prevención especial. El posterior Proyecto gubernativo mantuvo esta opción terminológica. Sin embargo, en mi opinión, la multa en dichos proyectos no cumple los criterios para ser entendida como una pena ya que no es un mal que se aplique por ser responsable de un hecho punible y, por tanto, no es proporcional a la gravedad del hecho y de la responsabilidad de la propia persona jurídica³⁶. Esto no significa que entienda el modelo como ilegítimo o anticonstitucio-

³⁵ E. Hoven-T. Weigend, *op. cit.*, p. 31.

³⁶ Art. 11.1 Decreto Legislativo italiano. El art. 66 bis del Código Penal español establece para la multa criterios de proporcionalidad al hecho similares a los de las personas físicas (art. 66) y ambas contemplan como factores de determinación de la pena de multa la reparación y la reestructuración.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

nal, pero hay que tener claro que se trata de sanciones sin responsabilidad que no cumplen exclusivamente fines preventivo-especiales.

La multa se basa en un criterio de equidad o de distribución equitativa de costes porque la empresa se ha visto beneficiada o se pudo ver beneficiada por la comisión del delito o porque no se cumplieron ciertos deberes que correspondían a la corporación ("ahorro de costes", "ventaja indebida"). La corporación se ha visto beneficiada o se ha podido ver beneficiada por el delito o éste se ha cometido en el contexto de la realización de actividades en su interés o beneficio. El "hecho de conexión" contemplado en el art. 1 del Proyecto (los criterios que permiten hablar de *verbandsbezogene Straftaten*) sólo permiten una responsabilidad por las consecuencias como traslado de costes (deber de cargar con ciertos costes), pero sin que ello presuponga una responsabilidad propia de la corporación por el hecho.

Desde un punto de vista de los efectos prácticos, esto da lugar a que la única opción que tiene la corporación para librarse de la multa es que no se pueda probar el "hecho de conexión" relativo al real o potencial enriquecimiento o la infracción de deberes que correspondan a la entidad. Es decir, la corporación sólo puede alegar que no existía posibilidad de enriquecimiento o que no hubo fallos de prevención, control, vigilancia o aseguramiento. Pero dándose la conexión sufrirá la multa (aunque luego se vea atenuada). La existencia de un sistema de gestión o programa de cumplimiento sólido, eficaz y robusto -incluso modélico o perfecto- no excluye la sanción. Siendo esto así, es difícil que las corporaciones lleguen a la conclusión en este contexto normativo que tiene sentido realizar importantes inversiones o esfuerzos en políticas de cumplimiento de la legalidad penal o preocuparse por el cumplimiento de las normas si su eficacia o relevancia jurídica es nula de cara a sufrir la imposición de la multa.

Señala por su parte el Proyecto del gobierno, como es necesario superar el defecto de la OWiG de que no ofrece incentivos legalmente seguros para inversiones en *Compliance*. Si basta el injusto objetivo (una situación objetivamente incompatible con el Derecho: acción antijurídica que cumple los requisitos objetivos de un tipo penal) sumado al enriquecimiento o el previsible enriquecimiento o la infracción objetiva de algún deber propio de la persona jurídica, las corporaciones se verán escasamente incentivadas para gestionar el cumplimiento de la legalidad en sus organizaciones antes de que suceda algo. Si tener un buen modelo de organización y gestión de la legalidad penal o un sistema de gestión de *Compliance* penal (con su órgano específico, sus recursos financieros, personales y materiales, su canal de denuncias, sus programas de formación y concienciación, su sistema de verificación, actualización y mejora continua, etc.) sólo va a tener efectos para atenuar la multa acordada judicialmente, parece razonable esperar a que pase algo para implantar el modelo o el programa. Es difícil cumplir así el objetivo del Proyecto del gobierno alemán para el fortalecimiento de la integridad de la economía de estimular la implantación de los programas de cumplimiento de la legalidad penal.

El Proyecto de Colonia sólo reconoce eficacia jurídica a las medidas de *Compliance* para la suspensión parcial de la multa (§ 5) si se implantan *ex post facto* medidas técnicas, organizativas y personales que sean adecuadas para evitar las contravenciones corporativas y existe la expectativa de que en el futuro la corporación se comportará de forma fiel al Derecho («*sich künftig rechtstreue verhalten wird*»).

El modelo latino, por el contrario, pretende garantizar tal expectativa en general, no sólo en la corporación que sufre la multa, por lo que la ley garantiza que un buen sistema de cumplimiento evita la sanción: la corporación sólo responderá por el delito cometido por la persona física y, por consiguiente, sólo sufrirá sanciones, si carece de un adecuado y eficaz modelo de organización y gestión del cumplimiento de la legalidad penal en el momento del hecho. Tal situación se podría dar, por ejemplo, si, aunque no haya prevenido el delito, lo detecta de forma autónoma (por ejemplo, porque por la formación recibida un empleado informa de los hechos a través de un buzón ético), lo investiga y reacciona adecuadamente (despide al responsable del delito, pone los hechos en conocimiento de las autoridades y corrige los fallos puestos de manifiesto por la comisión del delito).

En el modelo del Proyecto de Colonia no se acaban de apreciar las ventajas para la entidad que no sólo *ex post facto*, sino ya antes de la comisión del delito, actúa de forma fiel al Derecho o es un buen ciudadano corporativo. El modelo latino establece diferencias apreciables entre ser ya una entidad cumplidora en el momento de los hechos e implantar un programa de cumplimiento *a posteriori* con el fin de rebajar la pena. De esta manera permite que, a pesar de que puedan existir ciertos fallos de control o preventivos, la corporación no responda si, a pesar del fallo, en el caso concreto queda reflejado que dispone de una adecuada estructura o cultura de cumplimiento que convierte al delito en algo accidental y, por ello, la multa en innecesaria. Queda claro en este modelo que la corporación que se ha preocupado por una estructura o gestión de *Compliance* adecuada y eficaz y ya es un buen ciudadano corporativo no será sancionada porque no es co-responsable, junto a la persona física, de la puesta en entredicho de la norma. No tiene sentido el castigo de ambos.

El Proyecto de Colonia sólo hace referencia a una expectativa de fidelidad al Derecho al regular la suspensión parcial de la multa (§ 5) como un elemento de la prevención especial, por lo que dicha expectativa, a pesar de no desempeñar papel alguno como presupuesto de la sanción, acaba adquiriendo un papel central para individualizar la sanción a la corporación. Es un requisito de la suspensión que quepa esperar que en el futuro la entidad se comportará de forma fiel al Derecho: «*Die Geldzahlung soll unter Auflagen teilweise zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn zu erwarten ist, dass der Verband (...) sich künftig rechtstreu verhalten wird*». Dejando de lado lo curioso que resulta que se haga referencia a un comportamiento de la corporación cuando no es reconocida como sujeto de imputación jurídico-penal³⁷, no

³⁷ Por ello la doctrina española que defiende un sistema orientado a la prevención especial prefiere hablar de una peligrosidad objetiva u organizativa.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

deja de ser llamativo que se contemple como objetivo de la prevención especial una expectativa de comportamiento leal al Derecho, pero dicha referencia jurídica sólo desempeña un papel para decidir sobre la suspensión parcial de la multa, pero no ya previamente para decidir si a la persona jurídica le corresponde una pena de multa. Juega un papel en el “cómo” de la sanción, pero no en el “sí”. Sería como si se dijera que para las personas físicas la prevención especial tuviera como objetivo una vida sin delitos, pero careciera de relevancia si el sujeto previamente es culpable o no de un delito. Todo esto son consecuencias lógicas del modelo adoptado.

Si traducimos la expresión «*der Verband (...) sich künftig rechtstreu verhalten wird*» en términos organizativos, podemos entender que se está refiriendo a una cultura de cumplimiento de la organización o a la gestión de un sistema o estructura de cumplimiento normativo. El modelo latino ya tiene en cuenta este aspecto para excluir la responsabilidad de la corporación y, por tanto, lo introduce como un elemento relacionado con el fundamento de la responsabilidad. Recordemos que en Derecho Penal derivamos el fundamento y los aspectos positivos de la culpabilidad a partir de los preceptos de la parte general de los Códigos penales que excluyen la misma. Los códigos no definen la imputabilidad o el conocimiento de la antijuridicidad, sino que regulan la exclusión de la culpabilidad en los casos de inimputabilidad o error invencible de prohibición. Si se contempla una exclusión de responsabilidad específica (aspecto negativo de la responsabilidad) ello debe tener alguna relación con el fundamento específico de la responsabilidad de las corporaciones.

El cambio sustancial que aporta el Proyecto de Colonia frente al Derecho alemán vigente es que el gasto financiero que supone la multa puede ser invertido en parte en una re-estructuración que tiene como finalidad prevenir que se vuelvan a cometer delitos o la continuidad de la actividad delictiva. En realidad, se parte de una cierta presunción *iuris et de iure* de la existencia de un déficit organizativo o estructural, con independencia de que no sea necesaria una reestructuración o la entidad no haya sido un factor criminógeno. El defecto organizativo es así algo que se presume en abstracto, pero no algo que se prueba en el caso concreto como presupuesto de la sanción.

Veo más coherencia en el modelo latino, que parte de una visión institucional de las personas jurídicas³⁸ y de los operadores corporativos en el tráfico jurídico y económico que implica una incumbencia institucional de la persona jurídica en el

³⁸ En este sentido se debe entender, por ejemplo, la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, que establece la obligación de empresas y grupos empresariales de divulgar información no financiera sobre la gestión de intereses públicos (cuestiones sociales y medioambientales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno) de forma similar a la información financiera. O la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad. La cuestión esencial no es ontológica, sino de cómo la sociedad concibe y trata a las organizaciones, no tanto desde la perspectiva de sus derechos, sino de sus deberes y responsabilidades.

cumplimiento de la legalidad en el ámbito de las actividades que son propias³⁹ (que es distinta a los deberes de control de riesgos o a los deberes de diligencia en el negocio o en las actividades sociales por parte de los superiores jerárquicos) y tiene en cuenta esa incumbencia no sólo para sustituir una pena de multa que se impone con criterios ajenos a una proporción a la responsabilidad por el hecho. En este sentido es relevante cuando el art. 7.3 del Decreto Legislativo italiano establece que «*Il modello prevede, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio*». Creo que el referente al «*misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge*» sería un referente equivalente al «*sich rechtstreu verhalten*», con la diferencia de que aquél juega ya un papel para responsabilizar a la persona jurídica. En términos de sociología de las organizaciones⁴⁰ se está haciendo referencia lo que se suele denominar “cultura corporativa”, en concreto a una “cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad”⁴¹. Ésta no suele surgir de forma espontánea, sino que es el resultado de políticas continuadas o de un sistema específico de gestión en ese sentido⁴², por lo que el modelo debería estimular de forma inteligente su implantación de forma generalizada sin esperar a que se cometa un delito. Esta visión institucional hace que la orientación político-criminal contra una “cultura corporativa criminógena”⁴³ resulte insuficiente, siendo necesario algo más exigente conforme al espíritu de los tiempos.

El Proyecto de Colonia no recoge una auténtica “Strafbarkeit von Verbänden”, ya que la multa, como sanción esencial, no se rige por criterios de proporcionalidad al hecho asumidos como legítimos en el ámbito jurídico-penal, mientras la prevención especial sólo juega un papel indirecto como diversión o como medio de rebajar el pago de la multa. El estímulo tiene un alcance limitado: frente al palo del procedimiento y de la sanción tras la comisión de un delito, la corporación puede mitigar el golpe cooperando y mejorando su *Compliance* con el fin de ser un “good corporate

³⁹ El cumplimiento de la legalidad penal como cometido sería entendido como una incumbencia suprapersonal que ya no puede ser exigida a individuos concretos y que, por ello, no puede generar responsabilidad individual. Esta idea reduce todo a dos opciones político-criminales: responsabilidad corporativa (modelo latino) o irresponsabilidad corporativa con mera carga de ciertos costes (modelo germano).

⁴⁰ R. Mayntz, *Sociología de la organización*, Madrid, 1996.

⁴¹ Sobre este concepto B. Feijoo Sánchez, La estabilización normativa como función del Derecho Penal, Santiago de Chile, 2021, pp. 159 ss.; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado*, cit., pp. 299 ss.

⁴² Gómez-Jara Díez, *Tratado*, cit., pp. 299 ss.; V. Mongillo, *op. cit.*, pp. 417 ss.; Ortiz de Urbina Gimeno, *Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de “cultura de cumplimiento”*, en *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, vol. II, Navarra, 2018, p. 381.

⁴³ E. Hoven-T. Weigend, *op. cit.*, p. 31 («La finalidad de sancionar a la corporación tiene que ser, más que una “retribución” por los delitos cometidos, la mejora permanente de sus estructuras internas y sistemas de Compliance. La corporación debe ser incitada a crear un clima resistente a la criminalidad y a convertirse (de nuevo) en un “buen ciudadano corporativo»).

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

citizen"⁴⁴. Pero si lo relevante, como señalan los autores del proyecto, es combatir las estructuras deficitarias y criminógenas que pueden desarrollar las corporaciones vinculadas a hechos delictivos, por qué no actuar directamente sobre esas estructuras y dejarlo a voluntad de la empresa en caso de que quiera reducir la multa cooperando.

Creo que aquí el Proyecto de Colonia no acaba de ser absolutamente coherente en sus objetivos declarados de otorgar un papel preponderante a la prevención especial, ya que la determinación de la multa, como sanción principal, no viene determinada por las necesidades de modificar las estructuras criminógenas. Ello tiene como consecuencia que una corporación sin estructura criminógena seguiría siendo sancionada y se pueden generar situaciones en que, siendo evidente que una corporación necesita reestructurarse, opte por pagar la multa al completo en vez de cooperar. ¿Qué fines político-criminales se estarían cumpliendo en ese caso? ¿Una prevención general negativa que sería ilegítima⁴⁵? Estamos ante un híbrido que no logro ver que funcione de forma coherente y permita llegar en todos los casos a decisiones razonables.

La base dogmática del modelo latino es la asunción de un ámbito de responsabilidad estructural diferenciada de la responsabilidad individual y que no estaría cubierta por ésta. La referencia a una responsabilidad estructural vinculada a una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad a largo plazo en la organización ofrece un concepto que puede ayudar a desarrollar esta dimensión diferenciada de la responsabilidad. De esta manera se superan los inconvenientes de los sistemas vicariales o cuasi-vicariales: resulta inasumible en Derecho Penal una responsabilidad corporativa con un fundamento idéntico a la responsabilidad individual y que parta como pecado indeleble de una identificación entre responsabilidad individual y supraindividual⁴⁶. La sanción corporativa no puede tener los mismos presupuestos y

⁴⁴ Me parece ciertamente exagerada la crítica a esta tendencia político-criminal (refiriéndose al proyecto de Nordrhein-Westfalen) por parte de B. Schünemann, *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts-Ein kriminalpolitischer Zombie*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2014, pp. 17 s., considerándolo una estrategia anticonstitucional, que infringe el principio de proporcionalidad y contraria al Estado de Derecho.

⁴⁵ Vid. Nota 1.

⁴⁶ G. Jakobs, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 565 s., 570 s. y *passim*, que cambió en este trabajo su posición original esbozada en su manual por no poder encontrar una responsabilidad de la persona jurídica con una fundamentación de su culpabilidad independiente de la individual siempre que no se quiera renunciar a ésta. La crítica es decisiva para los modelos de transferencia de la responsabilidad o de identificación. De acuerdo F. v. Freier, *Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2009, p. 109; F. Mulch, *Strafe und andere Massnahmen gegenüber juristischen Personen. Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechtseingriffe*, Berlin, 2017, pp. 68 s.; A. van Weezel, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Ontiveros Alonso, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2014, pp. 622, 642. Una revisión crítica de esta posición de Jakobs en J. P. Mañalich, *Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en Derecho penal chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 n° 2, 2011, apartado 6.2. Sobre el debate alrededor de este argumento en la doctrina alemana, C. Schmitt-Leonardy, *op. cit.*, pp. 78 s.

fundamento que la pena individual. Cuestión secundaria es la denominación de dicha responsabilidad como penal, administrativo-sancionadora o tercera vía, que depende de la Constitución de cada ordenamiento⁴⁷ y de las estructuras dogmáticas de cada Código Penal. De hecho, nadie puede afirmar hoy en día con rigor las diferencias prácticas y empíricas entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una responsabilidad administrativa a sustanciar en un procedimiento penal con adecuados mecanismos de publicidad.

La decisión básica para desarrollar un modelo de sanciones para personas jurídicas y otras entidades similares por la comisión de delitos es si tiene cabida dentro de un determinado ordenamiento jurídico una responsabilidad de organizaciones en clave estructural que no se limite a la prevención especial. En caso de que se entienda que, a pesar de las crecientes exigencias para las personas jurídicas en el cumplimiento de la legalidad, no es posible tal tipo de responsabilidad, sólo queda mantener la solución clásica: sanciones basadas en criterios utilitaristas o económicos en la línea del Derecho de competencia o de las sanciones para sujetos obligados a la prevención del blanqueo (beneficios, ahorro de costes, ordenación del tráfico mercantil, etc.) y

En mi opinión, esta sigue siendo la crítica más sagaz contra la responsabilidad penal de personas jurídicas. Jakobs parte de que no pueden ser al mismo tiempo los individuos y las personas jurídicas responsables por el mismo hecho y expone cómo no se ha podido encontrar una responsabilidad de la persona jurídica con una fundamentación de su culpabilidad independiente de la individual siempre que no se quiera renunciar a ésta. Este autor entiende que se trata de personas, pero no personas en sentido jurídico-penal (*Strafpersonen*) y que al Derecho Penal sólo le interesan como masa patrimonial a la que se puede hacer co-responsable de la multa (*Mit-Haftung*). Jakobs hace referencia a asumir un efecto, gravamen o carga jurídica sin ser responsable del hecho o de la infracción, en la línea de la ley de contravenciones (OWiG) alemana. Expone estas críticas en tiempos recientes G. Wagner, *Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe*, en *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrechts* 1/2016, pp. 127 ss., criticando la solución de la "Mit-Haftung". Se trata de un argumento muy potente contra los modelos de transferencia de la responsabilidad de los individuos (actuando en solitario o como órganos societarios) a las corporaciones. Pero pierde su fuerza si se puede construir una responsabilidad que ya no se puede dilucidar frente a individuos, por lo que no se transfiere. Es cierto que, si la persona jurídica necesita que una persona física actúe en su nombre y representación, la misma acción no puede generar responsabilidad penal para el órgano o persona física que actúa y para la persona jurídica ya que lo que se imputa a la persona jurídica debe des-imputarse al órgano o individuo y lo que se entienda como culpabilidad del órgano o individuo no puede imputarse como culpabilidad de la persona jurídica. Esta potente objeción puede ser salvada si se entiende que la responsabilidad de la persona jurídica empieza donde termina la individual (responsabilidad corporativa por defecto de responsabilidad individual). De esta manera la persona jurídica responde penalmente de algo de lo que no pueden ser hechos penalmente responsables las personas físicas, ni de forma individualizada ni como colectivo (responsabilidad des-individualizada como alternativa a la irresponsabilidad colectiva). Siendo esto así, no cabe una transferencia de culpabilidad y decae la objeción de la responsabilidad por hechos ajenos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas puede ser aceptada si aborda una dimensión estructural de la que sólo pueden responder personas jurídicas, pero nunca personas individuales.

⁴⁷ No se puede ocultar la relevancia en Italia del art. 27 de la Constitución y la interpretación de su alcance. En Alemania BVerfGE 123, p. 413.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

medidas de seguridad contra la peligrosidad objetiva (término utilizado por la doctrina para diferenciarla de la peligrosidad criminal como presupuesto de las medidas de seguridad y corrección para inimputables y semiimputables), instrumental (que pone el énfasis en la probabilidad de que la entidad pueda volver a ser utilizada para cometer hechos delictivos) u organizativa (la entidad presenta tales defectos organizativos o estructurales que se encuentra en un estado en el que es probable que vuelva a suceder lo mismo o algo similar) de la corporación como estructura o factor criminógeno (actitud criminógena de grupo o cultura corporativa criminógena⁴⁸).

No cabe más que combatir de cara al futuro factores criminógenos internos o estructuras deficitarias criminógenas. De hecho, la solución tradicional basada en la prevención especial o en un sistema de medidas específico⁴⁹ parte del presupuesto de que las personas jurídicas no puede ser hechas responsables de delitos (al igual que la sustitución en general de un Derecho Penal de penas por un Derecho Penal de medidas parte del mismo presupuesto). La fórmula del Proyecto de Colonia es aunar ambas respuestas en una ley mediante una respuesta híbrida para promover los fines preventivo-especiales (positivos) a cambio de reducción de la multa, que opera como incentivo para la cooperación.

Esta opción, perfectamente legítima, no representa un cambio significativo de los parámetros tradicionales, a diferencia del modelo latino. El modelo germano es insuficiente si se quiere promover la adopción generalizada de medidas de cumplimiento de la legalidad más allá de los tradicionales deberes de supervisión, control y vigilancia de los superiores con respecto a los subordinados en una organización ya que los elementos organizativos-estructurales sólo cobran relevancia desde el punto de vista de la prevención especial en la fase de individualización de la sanción.

Se ha buscado una traslación del modelo vicarial imperfecto que se ha ido implantando en algunos ámbitos del modelo anglosajón (responsabilidad vicarial en la que el *Compliance* sirve para atenuar la pena⁵⁰), propugnando un modelo vicarial (no

⁴⁸ Un referente clásico de la "actitud o espíritu criminógeno de la corporación o de grupo" como argumento político-criminal B. Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Colonia y otras, 1979, pp. 19 ss., 30 ss., 149 ss. Sobre este fundamento de las sanciones y el desarrollo posterior de esta idea R. Kölbel, "Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11/2014, pp. 552 ss., con amplias referencias; C. Schmitt-Leonardy, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heidelberg, 2013, pp. 118 ss. y *op. cit.*, pp. 82 s., en sentido crítico. Sobre una concepción de la cultura corporativa en la línea de la actitud criminógena de Schünemann, T. Günther, *Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Massnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung*, Berlín, 2019, p. 48, con ulteriores referencias.

⁴⁹ Baste mencionar dos referentes clásicos: R. Schmitt, *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, Stuttgart, 1958 y F. Bricola, *Il costo del principio « societas delinquere non potest » nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1970.

⁵⁰ Esto se formula como modelo teórico, ya que en la práctica en sistemas como el estadounidense se suele llegar a soluciones basadas en la oportunidad mediante *Non Prosecution Agreements* (NPA) y *Deferred Prosecution Agreements* (DPA). Este es también un objetivo de los Proyectos alemanes.

penal) complementado con una atenuación basada en consideraciones de prevención especial positiva⁵¹ (re-estructuración o re-organización basada en la implantación o mejora de las medidas de *Compliance*), que permite una prevención-especial al margen del Derecho Penal⁵². En conclusión, no les falta la razón a los autores del Proyecto de Colonia cuando insisten en que la reacción del Estado frente a corporaciones vinculadas a un hecho delictivo se caracteriza por su orientación preventivo-especial, aunque la multa no tenga esa finalidad, sino que sea el recurso o mecanismo para que la entidad esté dispuesta a su reestructuración. Una de las finalidades esenciales del modelo es la mejora estructural de las entidades, contemplando sólo multas elevadas para las corporaciones que no estén dispuestas o que no se esfuercen en la reestructuración. Este es el cambio esencial del modelo alemán que propone el Proyecto de Colonia y que ya fue implantado muchos años antes por el Decreto Legislativo italiano de una forma que considero más coherente o integrada en sus elementos⁵³.

No se debe olvidar el problema general de todo sistema orientado preferentemente a la prevención especial: se descuida la prevención general entendida como estabilización de normas y, al centrarse en los efectos en la persona o entidad que sufre la sanción, el modelo desatiende el cumplimiento generalizado como función del Derecho Penal.

IV. EPÍLOGO

El Proyecto de Colonia se conforma con la mera expectativa jurídica de que la corporación no sea un factor, estructura o estado de cosas criminógeno, considerando que no existe una incumbencia corporativa de velar por el cumplimiento de la legalidad: «*un moderno Derecho de sanciones para corporaciones se legitima a partir*

⁵¹ Sobre este tipo de medidas de seguridad: C. Kirch-Heim, *Sanktionen gegen Unternehmen. Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten*, Berlín, 2007, pp. 46 ss., 200 ss., 234; F. Mulch, *op. cit.*, pp. 167 ss., 184 ss., defendiendo de *lege ferenda* para el Derecho Penal alemán la solución clásica de combinar el comiso de ganancias con la defensa frente a peligros como fines legítimos de las medidas estatales contra personas jurídicas; M.-B. Napp, *Unternehmensstrafbarkeit und Unternehmenskuratel*, Berlín, 2006, exponiendo diversos modelos en pp. 177 ss.; A. Sachoulidou, *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung*, 2019, pp. 577 ss.; B. Schünemann, *Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenkuratel*, en Schünemann, *Unternehmenskriminalität. Deutsche Wiedervereinigung III*, Colonia, 1996; el mismo, *Placing the Enterprise Under Supervision («Guardianship») as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities*, en AA.VV., *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, International Colloquium Berlin 1998*, Friburgo, 1999. El Prof. Schünemann considera que la publicidad de la curatela posee, en todo caso, elementos preventivo-generales adicionales (crítico con esta idea T. Günther, *op. cit.*, p. 32).

⁵² C. Schmitt-Leonardy intenta hacer fructífera en este ámbito la idea de un *Interventionsrecht* en la línea de la escuela penal de Frankfurt (*Grundfragen*, cit., p. 95, con ulteriores referencias). En sentido crítico G. Dannecker, *op. cit.*, pp. 34 ss.

⁵³ Art. 12 sobre la reducción de la pena de multa. Vid. también art. 31 quater CP español.

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino...

del hecho de que las corporaciones pueden desarrollar estructuras empresariales defici-tarias o, incluso, criminales».

El modelo del Proyecto de Colonia puede cumplir con las exigencias de la Unión Europea de sanciones corporativas efectivas, proporcionadas y disuasorias. Pero en un contexto internacional más amplio la tendencia político-criminal a sancionar corporaciones por la comisión de delitos en lo que se ha denominado la “era Compliance”⁵⁴ no se puede desvincular del objetivo global de estimular una mayor responsabilidad de las empresas hacia el cumplimiento de la legalidad como medio de prevenir los delitos cometidos en su beneficio mediante políticas o programas de cumplimiento de la legalidad penal y la gestión de una estructura de cumplimiento paralela a la del negocio en sentido estricto. Desde esta perspectiva el Proyecto de Colonia, que sólo contempla la posibilidad de excluir la responsabilidad corporativa cuando la persona de dirección desatiende con su comportamiento una indicación expresa y concreta y elude medidas de seguridad idóneas para evitar tal tipo de contravenciones⁵⁵, se queda corto, por lo que considero preferible el modelo latino.

Tampoco es satisfactorio el Proyecto del gobierno de coalición del año 2020 cuando permite suspender al completo la pena de multa habilitando un amplio ejercicio de discrecionalidad (*discretionary sentencing*) al margen de criterios de responsabilidad por el hecho. Se puede optar por una advertencia con suspensión de la multa cuando se dan conjuntamente los siguientes requisitos: i) la amonestación es suficiente, ii) las circunstancias del caso concreto hacen prescindible la multa y iii) su imposición no es obligada para la defensa del ordenamiento jurídico. En esos casos es posible que el órgano de justicia dé instrucciones si son necesarias para prevenir hechos similares.

No se debe olvidar que los penalistas estamos familiarizados con un sistema que diferencia entre sujetos responsables e irresponsables, exigiendo la responsabilidad por el hecho como presupuesto irrenunciable de la multa y donde ésta es proporcional a la gravedad del hecho y la responsabilidad del que la sufre. Si no se renuncia a la lógica de la responsabilidad por el hecho, hay casos en los que la multa no sólo es preventivamente innecesaria para la defensa del ordenamiento jurídico, sino que ya es innecesaria o injusta. No renunciar a esta idea me parece un gran logro del modelo latino, que tanta influencia está teniendo en textos como el Código Penal para el Estado libre y soberano de Quintana Roo.

⁵⁴ L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, *El Derecho Penal económico en la era Compliance*, Valencia 2013.

⁵⁵ El § 4 Proyecto múniqué contempla la exclusión de la sanción corporativa no sólo como potestativa, sino obligatoria.

