
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado

PID_00249639

Adán Nieto Martín

Adán Nieto Martín

Primera edición: febrero 2018
© Adán Nieto Martín
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2018
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

1. Política criminal internacional y riesgos penales.....	5
2. Derecho de la UE y responsabilidad penal de personas jurídicas.....	7
3. Naturaleza jurídica de las sanciones.....	9
4. Entidades penalmente responsables.....	11
4.1. Estado y administraciones públicas	11
4.2. Personas jurídicas unipersonales y organizaciones sin personalidad jurídica	12
4.3. Grupos de sociedades	13
4.4. Transformaciones en la persona jurídica	15
5. Ámbito material.....	17
6. Acumulación de sanciones a personas físicas y jurídicas.....	19
7. Sistemas de imputación.....	21
7.1. Modelo vicarial	21
7.2. Modelo mixto	23
7.3. Modelo de culpabilidad de empresa	24
Bibliografía.....	27

1. Política criminal internacional y riesgos penales

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es en buena medida fruto del proceso de armonización del derecho penal al que estamos asistiendo en las dos últimas décadas. El hecho de que en apenas dos décadas el panorama legislativo relativo a esta materia haya variado y lo haya hecho con tal celeridad se debe a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas forma parte del núcleo duro de la política criminal internacional, procedente de la Unión Europea (UE), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), las Naciones Unidas o el Consejo de Europa.

Desde mediados de los años noventa del siglo pasado, la práctica totalidad de los convenios internacionales, en cualquiera de las materias, obliga a sancionar a las personas jurídicas. Lo hacen, sin embargo, concediendo un «margen de apreciación nacional» mediante el que dejan libertad a los Estados para que establezcan la naturaleza jurídica de la infracción, como también en lo que atañe a las sanciones a imponer o al sistema de imputación.

Este trabajo tiene como pretensión fundamental analizar cómo los diversos países se han movido dentro de este margen de apreciación. Pues aunque todos han dado el «sí» a la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas, lo han hecho por medio de regulaciones muy dispares entre sí. Esta disparidad es lógicamente consubstancial e incluso deseable en el derecho penal, que siempre ha estado vinculado a tradiciones jurídicas dispares y a valores culturales. No obstante, en el caso concreto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la disparidad tiene un costo importante. Las empresas, y no solo las grandes multinacionales, son actores económicos globales que desarrollan su actividad simultáneamente en países diversos a cuya legislación deben acoplar su conducta y normativa interna. Desde este punto de vista, disparidades legislativas no justificadas suponen un obstáculo inútil al desarrollo de su actividad comercial.

Un entorno jurídico complejo, no homogéneo, incrementa la inseguridad jurídica, la capacidad de desarrollar negocios e, incluso, puede tener repercusión en los costos de producción. La divergencia más preocupante de todas las que van a estudiarse es la que afecta a la importancia de los programas de cumplimiento en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En realidad, en este punto, el derecho comparado estaría dividido entre aquellos países que otorgan relevancia a estas medidas de autorregulación interna en el momento de determinar la responsabilidad o la pena y aquellos otros en los cuales los esfuerzos de las empresas en la prevención y detección de hechos delictivos carecen de valor.

En cualquier caso, la disparidad jurídica se concreta en que el mapa de riesgos penales que todo gestor societario diligente está obligado a cumplimentar, como elemento básico de su programa de cumplimiento y de la gestión de riesgos, no puede tomar como única referencia el sistema jurídico en el que la entidad tiene su principal centro de actividad.

En este punto debe tenerse en cuenta que hoy en todos los países de la UE existe, de una forma u otra, este tipo de responsabilidad y que, igualmente, en Latinoamérica en los últimos años el *societas delinquere potest* ha ido ganando terreno. Hoy son muchos los países de la región que establecen la responsabilidad penal de la empresa o que han puesto en marcha procesos de reforma para su pronta introducción.

Responsabilidad penal de la empresa en Latinoamérica

Existen iniciativas legislativas en este sentido en Nicaragua, Perú y en los Estados Unidos Mexicanos. México D. F. incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal (CP) operada en noviembre de 2014. Algunos países como Brasil y Argentina, que ya la habían introducido mediante leyes especiales, tramitan actualmente reformas del Código penal que afectan al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas.

Asimismo, a la hora de confeccionar el mapa de riesgos, también deben tenerse presente normas como la Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA, por su nombre en inglés) en los Estados Unidos o la Ley Bribery en el Reino Unido, que tienen un componente extraterritorial muy elevado. La corrupción realizada en cualquier parte del mundo por un empleado de la empresa puede dar lugar, si la empresa cotiza en las bolsas norteamericanas, a un proceso penal en este país. En el caso de la Ley Bribery, basta con que la persona jurídica realice negocios en el Reino Unido.

2. Derecho de la UE y responsabilidad penal de personas jurídicas

Dentro del proceso de armonización internacional, el proceso específico de armonización que se produce mediante el derecho de la UE constituye un supuesto especial derivado de las características especiales de este derecho, que en la actualidad algunos interpretan ya en clave de derecho federal. En efecto, a diferencia de lo que ocurre cuando la armonización procede de un convenio de derecho internacional, la importancia del derecho de la UE en esta materia no es solo político-criminal, ni acaba con la transposición de la norma europea.

Desde el punto de vista práctico, es de gran importancia el principio de interpretación conforme al derecho de la UE del derecho nacional, que comprende las directivas, pero también las decisiones marco (STJUE, de 16 de junio de 2005, procedimiento penal entablado contra Maria Pupino, asunto C-105/03, recopilación 2005 I-05285).

Su interpretación no puede llevar, sin embargo, a interpretaciones analógicas (STJUE [Sala Quinta], de 16 de junio de 1987, Pretore di Salo contra X, asunto 14/86, recurso 1897 0245; STJUE [Sala Sexta], de 8 de octubre de 1987, procedimiento penal entablado contra Kolpinghuis Nijmegen BV, asunto 80/86, recurso 1983 03969). Si el legislador nacional ha transpuesto erróneamente la normativa europea, dejando fuera supuestos en los que era necesaria la sanción de las personas jurídicas, la interpretación conforme no puede llevar a sancionar comportamientos que no quepan dentro del tenor literal posible de los preceptos nacionales.

En aquellos delitos en los que la responsabilidad penal de la persona jurídica provenga de la adaptación de la normativa europea, también resultan de aplicación los derechos fundamentales previstos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (STJUE [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson, asun. C-617/10).

Como se indica en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), esta relación del derecho penal armonizado con el derecho de la UE implica la necesidad de que el juez nacional plantee una **cuestión prejudicial** (art. 267 TFUE) cuando tenga dudas acerca de la interpretación que ha de darle a un texto nacional conforme al derecho de la UE o la relevancia de los derechos fundamentales del ordenamiento europeo.

Según la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (STEDH de 20 de setiembre de 2011, *Ullens de Schooten y Rezabveck c. Bélgica*, req. n.º 3853/07) y del Tribunal Constitucional (TC 58/2004, TC 194/2006) no plantear la cuestión prejudicial implica una violación de la tutela judicial efectiva y del derecho al juez natural.

Código penal español

El Código penal español no ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con delitos en los que la normativa europea así lo exige.

En concreto, los ámbitos en los que conforme al derecho de la UE debiera existir responsabilidad penal son: los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna (artículos 332 a 337), tal como se señala en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 6 de diciembre de 2008, relativa a la protección penal del medio ambiente (*Diario Oficial*, n.º L 328); los delitos de falsificación de moneda (artículos 386 y siguientes), a lo que obliga la Decisión marco del Consejo 2000/383/JAI, de 29 de mayo de 2000, sobre la falsificación de moneda con vistas a la introducción del euro; en esta materia, en lo concerniente a la falsedad en tarjetas y otros medios de pago distintos al efectivo exige también la introducción de la responsabilidad de personas jurídicas la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos al efectivo.

Tampoco se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los artículos 570 bis y siguientes relativos a las organizaciones criminales y a los grupos terroristas, pese a que la lucha contra la delincuencia organizada es uno de los ámbitos en los que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un papel más importante para el derecho europeo a tenor de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

En estos supuestos no es posible invocar el efecto directo de las directivas europeas con el fin de establecer directamente la responsabilidad penal de la empresa por impedirlo el principio de legalidad. La no transposición tiene, sin embargo, consecuencias jurídicas para España, que puede verse sometida a un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que puede, además, imponer multas de carácter coercitivo en estos casos al estado incumplidor (art. 260 del TFUE).

3. Naturaleza jurídica de las sanciones

En algunos ordenamientos, la fórmula que se ha adoptado para resolver la tensión entre las exigencias prácticas de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas y el recelo teórico o constitucional ha sido la vía de las sanciones administrativas o el establecimiento de sanciones con una naturaleza jurídica distinta a la pena.

Esta solución viene propiciada por los convenios y normas internacionales, donde se pone el acento sobre la eficacia y proporcionalidad de las sanciones, y no sobre el *nomen iuris*. Dentro de la UE, Alemania, Italia y Grecia han optado por la utilización de sanciones administrativas, Letonia, por sanciones coercitivas, y Polonia, por sanciones *quasi* penales. En Austria, la ley habla de responsabilidad *ex delicto* por parte de la persona jurídica.

Referencias bibliográficas

Manuel Espinoza de los Monteros (2012). «Criminal liability of legal entities in Germany». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 419-421). Nápoles: Jovene Editore.

Enrica Villani (2012). «Liability 'ex crimine' of collective entities in the Italian legal system: an overview». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 14-15). Nápoles: Jovene Editore.

Ana Salvina Valenzano (2012). «Main aspects of liability 'ex crimine' of legal entities in Southern European countries: Greece, Malta and Cyprus». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (pág. 563). Nápoles: Jovene Editore.

A efectos prácticos, el *nomen iuris* de las sanciones apenas tiene significado:

En la terminología del TEDH, estas sanciones constituyen **materia penal a los efectos del artículo 7 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH)**, por lo que les son de aplicación las garantías previstas en el mismo y los derechos fundamentales previstos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. A estos efectos, el TJUE acoge también un concepto amplio de sanción penal similar al que opera en el CEDH (últimamente STJUE [Gran Sala] de 26 de febrero de 2013, Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson, asun. C-617/10).

Por un lado, la existencia de un *nomen iuris* distinto tampoco impide que este tipo de sanciones queden fuera de los instrumentos de **cooperación judicial** basados en el principio de reconocimiento mutuo de la UE (*vid. infra*). Por otro lado, este tipo de sanciones no penales contra personas jurídicas derivadas de la comisión de delitos son **impuestas por el juez penal** en el mismo proce-

Referencia bibliográfica

Vincenzo Mongillo (2012). «The nature of corporate liability for criminal offences: Theoretical models and EU Member States Law». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol.II. Towards a common model in the European Union* (págs. 75-98). Nápoles: Jovene Editore.

Caso de Alemania

En Alemania, existen algunos proyectos para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es el caso *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, presentado en 2013 en el Estado de Renania del Norte de Westfalia.

Caso de Letonia

Ana Salvina Valenzano (2012). «Main aspects of liability 'ex crimine' of legal entities in Baltic Republics: Estonia, Latvia and Lithuania». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 488-489). Nápoles: Jovene Editore.

Caso de Polonia

Ana Salvina Valenzano (2012). «Main aspects of liability 'ex crimine' of legal entities in Eastern European countries: Poland, Czech Republic, Slovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Slovenia and Croatia». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (pág. 563). Nápoles: Jovene Editore.

so en el que se imponen las sanciones contra las personas naturales. Son los fiscales quienes instruyen, y los jueces y tribunales penales quienes imponen la sanción.

En Latinoamérica, el Anteproyecto de Código penal argentino de 2014, que acoge esta vía mixta, señala expresamente lo siguiente: «Se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal». Lo mismo ocurre en Perú con el proyecto de Ley de 2014 sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de corrupción, en la que se evita también el término *sanción* e incluso se propone crear un registro paralelo al de antecedentes penales. La Disposición complementaria final quinta afirma:

«El Poder Judicial implementa un registro informático de carácter público para la inscripción de las medidas impuestas a las entidades reguladas por la presente ley, con expresa mención del nombre, clase de sanción y duración de la misma, así como el detalle del órgano jurisdiccional y de la fecha de la sentencia condenatoria firme [...]».

En Brasil, el artículo 19 de la Ley 12.846 de 2013 prevé la responsabilidad de la empresa por infracciones contra las administraciones públicas nacionales y extranjeras y, aunque la califica de administrativa, el catálogo de sanciones incluye incluso la disolución de la entidad.

La diversa naturaleza de la sanción tampoco obsta para la aplicación del sistema de listas negras que ha establecido la nueva directiva de contratos públicos de la UE, tal como se indica en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (*Diario Oficial*, 28 de marzo de 2014, n.º L 92, pág. 65).

En el artículo 57, esta directiva excluye de la contratación pública a personas físicas o jurídicas que hayan sido «condenadas mediante sentencia firme» por determinados delitos (delitos contra los intereses financieros, corrupción, blanqueo de capitales, financiación de terrorismo...). La expresión elegida, como puede apreciarse, excluye cualquier referencia al tipo de sentencia, penal o administrativa de la condena.

Caso de Austria

Francesco Compagna (2012). «Corporate criminal liability in the Austrian legal system». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. 1. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 442-443). Nápoles: Jovene Editore.

4. Entidades penalmente responsables

El derecho comparado nos muestra que aunque comúnmente hablamos de responsabilidad de personas jurídicas, este concepto está sometido a un buen número de modificaciones, restricciones y ampliaciones a la hora de diseñar el ámbito subjetivo de la responsabilidad.

Hay varios aspectos divergentes que reflejan importantes problemas técnicos y de política criminal. Pueden agruparse en tres bloques:

- 1) la responsabilidad penal del propio Estado y las administraciones públicas como persona jurídica;
- 2) la responsabilidad de las empresas de pequeñas dimensiones y otra serie de asociaciones que carecen de personalidad jurídica;
- 3) las derivadas de haber optado por un término económico, como el de *persona jurídica*, y no uno fáctico, como el de *corporación* o *empresa*.

4.1. Estado y administraciones públicas

La exclusión de responsabilidad penal al Estado y a las administraciones públicas es una nota común que, en unos casos, la mayoría, se recoge de manera expresa (Estonia, Letonia Portugal, Austria, Bélgica, Anteproyecto de Código penal argentino y Chile), mientras que en otros es mantenida por doctrina y jurisprudencia (Alemania, Holanda y Brasil).

Casos de exclusión de responsabilidad penal al Estado y las administraciones públicas

Consultad los documentos siguientes: artículo 14 (3) del Código penal de Estonia; artículo 11 (2) del Código penal portugués; en Austria, sección 1 (3) de VbVB; artículo 5 del Código penal belga. También la propuesta de reforma del Código penal federal de México, planteada por el Partido Revolucionario Institucional, excluye expresamente la responsabilidad de los entes de derecho público: «No serán penalmente responsables las personas jurídicas de naturaleza pública». En igual sentido se pronuncia el nuevo Código penal de México D. F., que establece que «**quedan exceptuados de la responsabilidad de la persona moral o jurídica**». Por su parte, el Anteproyecto de Código penal de la Nación Argentina, en su artículo 59, al igual que en Chile el artículo 2 de la Ley 20.393, al delimitar el ámbito de aplicación de la norma se refiere únicamente a las personas jurídicas de derecho privado.

En el caso de Brasil, la Ley 9.605/98 de crímenes ambientales no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión. En la doctrina, entre otras, os recomendamos la siguiente lectura: M. A. Couto Santos (2001). «Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito publico por dano ambiental. Uma análise crítica». *Revista de Direito Ambiental* (vol. 24).

Referencia bibliográfica

Geneviève Giudicelli-Delage (2012). «Le champ personnel et matériel». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. VoI.II. Towards a common model in the European Union* (págs. 20 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

Existen, sin embargo, ordenamientos con opciones diferentes. Merece especial mención, a este respecto, el caso de Francia¹, que sanciona la responsabilidad de las entidades de derecho público pero limita las sanciones que le pueden ser impuestas, eliminando para este supuesto la disolución de la entidad y la supervisión judicial.

(¹)Art. 131-139 del CP.

Dinamarca² menciona los estados, municipios y autoridades estatales como sujetos de imputación de responsabilidad penal. Suiza incluye también a las personas de derecho público, a excepción de los entes territoriales. En el Reino Unido, la responsabilidad penal derivada de accidentes laborales (Ley Corporate Manslaughter) se aplica a numerosos organismos públicos, como los Departamentos de Transporte y Salud.

(²)Sección 26 del CP.

Existe una tendencia mayoritaria a incluir dentro de la responsabilidad penal a las empresas públicas, los partidos políticos y los sindicatos, por lo que la excepción que se hacía en España antes de 2012 era una rareza desde el punto de vista del derecho comparado. Igualmente, la mayoría de los ordenamientos incluyen a las empresas con participación estatal.

4.2. Personas jurídicas unipersonales y organizaciones sin personalidad jurídica

La adopción del término *persona jurídica* deja fuera a entidades u organizaciones que carecen de ella. Por esa razón en bastantes ordenamientos se reconocen expresamente como sujetos de imputación organizaciones que carecen de personalidad jurídica (Holanda, Alemania, Bélgica, Austria, Italia, Portugal y la ley anticorrupción brasileña). Entre estas entidades se incluyen asociaciones (Alemania, Dinamarca), sociedades civiles y sociedades mercantiles en formación (Bélgica) o alianzas comerciales (v. gr. Unión Temporal de Empresas o UTE) y los grupos europeos de interés económico (Austria).

En Perú, el anteproyecto de ley para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas de 2014 incluye expresamente en su ámbito de aplicación, entre otros, a las asociaciones, comités no inscritos, sociedades irregulares y entes que administran un patrimonio autónomo.

Caso de Perú

La Disposición complementaria modificatoria única establece la incorporación al Código penal peruano del siguiente artículo: «Cuando las personas jurídicas de derecho privado, las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, las sociedades irregulares, así como los entes que administran un patrimonio autónomo o las empresas del Estado o las sociedades de economía mixta resulten responsables por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 384, 387, 397, 397-A, 398 y 400, el juez impone la medida de multa conforme al artículo 4 numeral 1 de la ley que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en delitos de corrupción [...]». Y, en el mismo sentido, se pronuncia su artículo 1.

El nuevo Código penal de México D. F. y el reciente proyecto de reforma de Nicaragua adoptan una solución inspirada en el Código penal español, con un régimen de consecuencias accesorias similar al artículo 129 del mismo.

Caso de México

Artículo 27 bis: «Cuando la empresa, la organización, el grupo o cualquier otra clase de entidad o agrupación de personas no queden incluidas en los incisos *a* y *b* de este artículo, por carecer de personalidad jurídica y hubiesen cometido un delito en el seno, con la colaboración a través o por medio de la persona moral o jurídica, el Juez o Tribunal podrá aplicarles las sanciones previstas en las fracciones I, III, V, VI, VII y IX del artículo 32 de este Código».

Caso de Nicaragua

Artículo 113: «En el caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración o por medio de empresas, organizaciones o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 45 bis de este Código, la autoridad judicial podrá imponer motivadamente a tales entidades una o varias de las consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los numerales del 2 al 8 del artículo 49 inciso *d*. También procederá su aplicación a entidades con personalidad jurídica dedicadas a actividades exclusivamente delictivas».

En el caso de Reino Unido, los diferentes regímenes de responsabilidad penal previstos, dependiendo de la infracción cometida, presentan también diferencias en cuanto a los sujetos de imputación. Los delitos regulados por el *common law* solo pueden ser imputados a entidades con personalidad jurídica. En cambio, cuando se trata de *statutory offences*, el ámbito subjetivo puede resultar más amplio si así se prevé expresamente. Es el caso de la Ley Corporate Manslaughter de 2007, que reconoce como posibles responsables a las asociaciones (*partnerships*). En algunos casos, también es posible esta ampliación del ámbito subjetivo, aun cuando no se prevé expresamente (Trapasso, 2012).

Aunque desde el punto de vista político criminal debe discutirse, sin duda, la conveniencia de sancionar a pequeñas empresas y, más aún a microempresas, únicamente en Dinamarca³ y Holanda se establece una excepción expresa de las **personas jurídicas unipersonales**.

4.3. Grupos de sociedades

La elección de un término jurídico como el de *persona jurídica* en lugar de uno fáctico genera el problema de la imputación dentro de los grupos de sociedades.

En el **derecho sancionador de la competencia de la UE**, en el que el sujeto responsable es la empresa y no la persona jurídica, si se demuestra que la empresa matriz ha tenido una influencia decisiva sobre las prácticas sancionadas, el TJUE y la Comisión imputan los comportamientos de la filial a la matriz basándose en el concepto de unidad económica. Esta influencia no pasa necesariamente por la existencia de una intervención directa de la matriz en la comisión de esa determinada infracción, sino que puede derivar de no haber adoptado las medidas necesarias para evitarla.

Referencia bibliográfica

Maria Teresa Trapasso (2012). «Corporate criminal liability in the United Kingdom: General outlines». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (pág. 265). Nápoles: Jovene Editore.

⁽³⁾art. 25 ss. CP. *Vid.*

Hasta la fecha no se ha aclarado suficientemente en qué medida la atribución de responsabilidad al conjunto del grupo resulta compatible con el principio de responsabilidad por los propios actos. Recientemente el Tribunal Supremo alemán (BGH), en su sentencia de 18 de noviembre de 2014, a partir de este principio, ha considerado que la matriz no tiene que hacer frente obligatoriamente al total de la multa impuesta por la Comisión Europea de forma solidaria a distintas empresas que forman parte del mismo grupo.

El BGH considera que internamente la multa debe repartirse entre las personas jurídicas que hayan participado en el ilícito, teniendo en cuenta en qué medida han participado y/o contribuido a la comisión del ilícito cada una de ellas, así como las ganancias u otras ventajas obtenidas como consecuencia del mismo. Esta jurisprudencia, desarrollada coherentemente, supondría que se tuviese en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento común por parte de la matriz a la hora de establecer su responsabilidad.

En el derecho suizo, ámbito en el que el artículo 102 del Código penal utiliza un término económico de empresa (*Unternehmen*), no se ha seguido una vía similar a la del derecho de la competencia de la UE, tal como pone de manifiesto el caso **Alstom**. En este proceso fueron imputadas conjuntamente la matriz y la filial, que había pagado sobornos en distintos países que beneficiaban a varias empresas del grupo. La imputación de la matriz realizada por la fiscalía se efectuó sin utilizar las posibilidades de dirigir la imputación al conjunto del grupo que ofrece el término *empresa*, sino que se estructuró a partir de la constatación de la actuación de empleados de la matriz francesa en los hechos.

Esta es la solución que se ofrece en la mayoría de los ordenamientos europeos. La solución que se ha dado a esta cuestión pasa, en la mayoría de los casos, por entender que la intervención de la sociedad matriz no se produce como autor, sino como partícipe, limitándose a determinar la aplicación de las reglas ordinarias de autoría y participación (Bélgica, Austria, Francia).

En los países en los que rige un concepto unitario de autor, como Dinamarca o Italia, este problema se resuelve de una manera más sencilla, ya que las penas pueden ser similares. En conclusión, desde la perspectiva de los grupos de sociedades, cobra especial relevancia la obligación que se deriva de las normas armonizadoras de la UE de sancionar a las personas jurídicas por actos de complicidad o inducción (Giudicelli-Delage, 2012).

En Latinoamérica, solo la ley anticorrupción brasileña incluye una referencia específica a esta cuestión, estableciendo la responsabilidad solidaria de la filial y la matriz para el pago de la multa.

Ley anticorrupción brasileña

Artículo 3, párrafo 2: «As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado».

Referencia bibliográfica

Geneviève Giudicelli-Delage (2012). «Le champ personnel et matériel». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol.II. Towards a common model in the European Union* (págs. 36-45). Nápoles: Jovene Editore.

4.4. Transformaciones en la persona jurídica

Al igual que ocurre en el caso de los grupos de sociedades, la elección del término *persona jurídica*, en lugar del de *empresa*, hace necesario plantear una solución expresa para los casos en los que se produce algún tipo de transformación en la persona jurídica como consecuencia de un cambio de nombre, una fusión, una escisión, una adquisición etc.

En el **derecho sancionador de la competencia de la UE**, la Comisión y el TJUE, de nuevo sobre la base del término *empresa*, resuelven este problema constatando si en la nueva entidad los elementos materiales y humanos resultan similares.

El TJUE (Sala Quinta) en su reciente sentencia de 5 de marzo de 2015 (asun. C-343/13), responde una cuestión prejudicial sobre el artículo 19.1 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las **fusiones** de las sociedades anónimas (*Diario Oficial*, n.º L 295, pág. 36; EE 17/01, pág. 76). El Tribunal fue llamado a decidir acerca de si este precepto, que regula la **transmisión universal entre la sociedad absorbida y absorbente** de la totalidad del patrimonio activo y pasivo, incluye las multas derivadas de infracciones cometidas por la sociedad absorbida e impuestas por hechos anteriores a la absorción.

La respuesta del TJUE establece que su interpretación debe ser común en toda la UE como consecuencia de «la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad». A juicio del Tribunal, considerar extinguidas las infracciones cometidas por la sociedad absorbida contravendría el principio de transmisión universal que establece esta directiva, que protege los intereses de terceros en los procesos de fusión.

Entre estos terceros se encuentra el interés del Estado por situaciones, como la infracción cometida por la absorbida, iniciadas antes de iniciarse el proceso de absorción y solo constatadas después de la misma (apartado 32):

«Si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados».

Los accionistas de la sociedad absorbente:

«pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad».

La decisión del TJUE no solo justifica, sino que obliga a que en el derecho de los países miembros se cuente con cláusulas similares al artículo 130.2 del Código penal español para los casos de transformación producto de una fusión o adquisición. Siguiendo esta línea, la mayoría de los países tanto en Europa como en Latinoamérica contienen indicaciones sobre la transmisión de responsabilidades en caso de transformaciones o desaparición de la entidad.

Las empresas además deberán prestar especial atención a las disposiciones incorporadas en algunos ordenamientos para asegurar la sanción de las entidades aun cuando se hayan producido transformaciones. En este sentido, resultan especialmente contundentes el nuevo Código penal de México D. F. y la reforma proyectada en el Código penal de Nicaragua, que prevén la anulación de cualquier tipo de transformación cuando impida ejecutar efectivamente la sanción impuesta.

Caso de México

Artículo 27 cuáter: «El Juez o el Tribunal podrán anular la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona moral o jurídica, con el fin de que los hechos no queden impunes y pueda imponerse la sanción que corresponda. No será necesaria la anulación cuando la sanción consista en multa».

Caso de Nicaragua

Artículo 130.2: «La transformación, fusión, absorción, escisión, o cualquier tipo de simulación que impida la individualización de la Persona Jurídica no extinguirá su responsabilidad penal. En tales casos, la autoridad judicial declarará la cancelación o disolución de la transformación, fusión, absorción o escisión, si no pudiera determinarse la proporción de la persona jurídica originariamente responsable en la nueva entidad».

Otros países, como Bélgica o Luxemburgo⁴, han optado por adelantar la intervención, determinando la suspensión de las transacciones económicas y los procesos de disolución en los que participe la entidad durante la instrucción de un procedimiento del que pudiera resultar su responsabilidad.

⁽⁴⁾En Bélgica, artículo 31 del Código de instrucción criminal. En Luxemburgo, artículo 89 del Código de instrucción criminal.

Este tipo de preceptos pone de manifiesto la importancia de realizar exámenes de *due diligence* que abarquen las posibles infracciones cometidas por la empresa absorbida. Las auditorías previas a la fusión tendrán como objeto principal el sistema de cumplimiento normativo de las personas jurídicas. Esto evidencia que contar con un sistema de cumplimiento eficaz aumenta el valor de la entidad.

Desde el punto de vista de los principios del derecho penal, esta doctrina es perfectamente asumible. La imposición de multas a la empresa absorbida no constituye una sanción, un reproche que se efectúa a la sociedad absorbente, sino la plasmación de un riesgo patrimonial más unido a los procesos de absorción. El país con mayores particularidades en este punto es Francia, donde se mantiene un principio opuesto al de la Directiva (Giudicelli-Delage).

Referencia bibliográfica

Geneviève Giudicelli-Delage (2012). «Le champ personnel et matériel». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol.II. Towards a common model in the European Union* (págs.31-36). Nápoles: Jovene Editore.

5. Ámbito material

Un número significativo de estados han optado por un modelo *numerus clausus*, en el que las personas jurídicas únicamente pueden ser consideradas responsables de la comisión de determinados delitos.

Este es el caso de España, Italia, Portugal, Chile, Argentina y Brasil. También los países que tramitan actualmente la reforma de sus códigos penales o la introducción de nuevas leyes que prevén la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como Nicaragua y Perú, se decantan por este modelo. Francia, Alemania, Holanda, Bélgica y también el nuevo Código penal del Estado de México D. F. adoptan, sin embargo, un modelo distinto, aceptando la responsabilidad penal de las personas jurídicas por cualquiera de las infracciones previstas en la legislación penal.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Actualmente, en Argentina y Brasil la responsabilidad penal de las personas jurídicas se regula mediante leyes especiales. En el caso de Brasil, únicamente se recoge en la Ley de crímenes ambientales, aunque el proyecto de reforma del Código penal de 2012 plantea una ampliación del ámbito material. En concreto, el artículo 41 de este texto establece: «As pessoas jurídicas de direito privado serao responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisao de seu representante legal o contratual o de seu organo colegiado no interesse u beneficie da sua entidade». Además, la Ley 12.846, aprobada en 2013, introduce la responsabilidad administrativa de las empresas para las infracciones contra las administraciones públicas nacionales y extranjeras. Por su parte, en Argentina, el régimen vigente cuenta con un ámbito material más o menos amplio (régimen penal cambiario, lavado de dinero, espionaje, sabotaje, etc.). En este sentido, el nuevo anteproyecto del Código penal no parece que vaya a suponer una extensión de aquel, sino que operará una armonización de los distintos regímenes. Así se señala en la exposición de motivos: «Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto». La iniciativa de reforma del Código penal federal en México también se decanta por un modelo *numerus clausus* (*vid.* art. 13 ter).

En el caso de Nicaragua, el artículo 45 afirma: «En los casos expresamente previstos en los Delitos de Tenencia, Tráfico y Depósito de Armas, Municiones, Explosivos y otros Materiales Peligrosos, Asociación Ilícita, Crimen organizado, Terrorismo, Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, Tráfico de Órganos, Tratos de personas, Lavado de dinero, bienes o activos, Cohecho, Tráfico de influencias, Peculado, las personas jurídicas serán responsables penalmente [...]». En el caso de Perú, el propio enunciado de la ley señala que esta se limita a los delitos de corrupción.

En el caso de México, el artículo 27 bis expone: «Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos y, en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este Código, y en las leyes especiales del fuero común [...]».

Aunque el catálogo de infracciones varía en tamaño y contenido de unos ordenamientos a otros, se repiten en casi todos los casos los delitos de corrupción, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y los delitos contra el medio ambiente. En este sentido, debe advertirse que existe una tendencia a la expansión del ámbito material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El modelo del Reino Unido, que podría definirse también como *numerus clausus*, presenta, sin embargo, la peculiaridad de que cada una de las infracciones que puede cometer la entidad tiene previsto su propio y diferenciado régimen de responsabilidad penal, con reglas de imputación diferentes.

Mientras que en las infracciones del *common law* rige la fórmula del *alter ego* y la doctrina de la identificación entre empresa y personal de alta dirección (*brain area*), en la Ley Bribery se establece un modelo en el que contar con un programa de cumplimiento constituye una *defense* que excluye la responsabilidad. En el caso de homicidios a trabajadores o consumidores como consecuencia de la actividad de la empresa, se examina si ha existido un defecto en la dirección (*management failure*) derivado de una serie de factores o indicadores que operan cumulativamente.

El modelo suizo merece especial atención en este aspecto. *A priori*, el Código penal establece un sistema de *numerus clausus*: la persona jurídica podrá ser declarada responsable por la comisión de determinados delitos, a saber, financiación del terrorismo, blanqueo de capitales, crimen organizado, delitos contra la libre competencia y corrupción. Pero, además, el Código penal prevé un régimen de responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica que la hace responsable de cualquier delito, cuando la persona individual responsable de los hechos no haya podido ser individualizada y la infracción haya tenido lugar en el desarrollo de la actividad social.

Caso de Suiza

Para saber más sobre el caso de Suiza, véase el artículo 102.1 y 102.2 del Código penal suizo. Más información en:

Enrica Villani (2012). «Corporate criminal liability and organization failure under the Swiss Criminal Code». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 581 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

6. Acumulación de sanciones a personas físicas y jurídicas

Las normas de armonización de la UE establecen que la responsabilidad de las personas jurídicas no debe impedir la de la persona física. La acumulación de sanciones opera en la mayoría de los ordenamientos, pero a la vez se establece la posibilidad, en determinados casos, de sancionar independientemente a la persona jurídica, si en la persona física concurren determinadas causas de exclusión de la responsabilidad.

Esta tendencia también se encuentra en Latinoamérica (Chile, México D. F. y en los proyectos de ley de Perú, Nicaragua, Argentina y Brasil). Esta última posibilidad es especialmente debatida cuando la persona física autora de la infracción no ha sido identificada. Mientras que en Suecia, Austria, Bélgica, Alemania, Italia y Finlandia se admite expresamente esta posibilidad, en otros países resulta imprescindible que se abra un proceso penal contra la persona jurídica (Hungría, con la excepción de fallecimiento o enfermedad mental) o que incluso sea considerada penalmente responsable (Polonia).

En el Código penal francés y belga encontramos, además, excepciones a la regla de la acumulación. El artículo 121.2 del Código penal francés establece la responsabilidad exclusiva de la persona jurídica en algunos casos de delito imprudente (imprudencia simple, causación indirecta). También Bélgica ha incluido, en una confusa disposición de su Código penal (art. 5), una excepción a la acumulación de responsabilidades en los casos de delitos imprudentes que ha dado lugar a diversas interpretaciones y debates. En principio, una vez identificada la persona individual que ha intervenido en los hechos, solo será condenada la persona –física o jurídica– que haya cometido la infracción más grave.

Así mismo, la acumulación de sanciones se matiza en Francia mediante el principio de **oportunidad procesal**. La Circular de la Fiscalía de 2004 (Circulaire relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales) establece que la acumulación de sanciones es la regla en los delitos dolosos; sin embargo, en el caso de infracciones imprudentes, la única imputada debe ser la persona jurídica cuando no se acredite de manera suficiente la imprudencia de una determinada persona física.

La regla de la acumulación de sanciones a la persona física y jurídica, por su excesiva formalización en caso de sociedades pequeñas, plantea problemas al principio de *ne bis in idem*.

El Código penal de México D. F. (art. 27 ter) establece en este punto una regla similar a la del artículo 31 ter del Código penal español, sin limitar la compensación de sanciones a la multa:

«En caso de que se imponga la sanción de multa por la comisión de un delito, tanto a la persona física como a la persona moral o jurídica, el juez deberá observar el principio de proporcionalidad para la imposición de las sanciones».

Por una parte, en Finlandia, en el marco de la medición de la pena, el Código penal otorga capacidad a los jueces para renunciar a la imposición de la sanción contra la persona jurídica cuando se trate de una pequeña empresa y se haya sancionado a un directivo. Por otra parte, Alemania se rige por el principio de oportunidad, como se muestra en el apartado 47.1 de la Ley de delitos administrativos alemana (OWiG), con la intención de evitar sanciones desproporcionadas como consecuencia de una doble sanción.

7. Sistemas de imputación

Existen en el derecho comparado diversos sistemas de imputación de las personas jurídicas que pueden, sin embargo, reconducirse a tres grandes modelos: el modelo vicarial, que a su vez admite dos variantes; el modelo mixto, y el modelo de la culpabilidad de empresa (Nieto Martín, 2008).

7.1. Modelo vicarial

De acuerdo con el modelo vicarial, la responsabilidad penal de la persona jurídica se deriva sin más de la actuación de una persona física, que actúa en el marco de sus funciones dentro de la empresa. La responsabilidad de la persona jurídica requiere que se haya constatado la existencia de una infracción, aunque no necesariamente que se haya identificado a su responsable.

Este modelo contiene varios submodelos. En el primero de ellos, la responsabilidad para la persona jurídica puede derivarse de la actuación de cualquier persona, sea directivo o no, que actúa para la empresa en el marco de sus funciones con la intención de beneficiarla. Este modelo (*respondeat superior*) más amplio es el que se sigue en los Estados Unidos (Selvaggi, 2012), aunque en este país la existencia de un programa de cumplimiento, y, por tanto, «la culpabilidad de la organización», es un factor que se tiene en cuenta en sede de determinación de la pena y que puede dar lugar a una atenuación muy importante. También parece ser el modelo acogido (art. 421) por el nuevo Código nacional de procedimientos penales de México, aprobado en 2014 y publicado en el *Diario Oficial* el 5 de marzo del mismo año:

«Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta solo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido».

El segundo submodelo, mucho más extendido en Europa, es el que se conoce como **teoría de la identificación**. De acuerdo con el mismo, la imputación solo se produce cuando quien actúa es un representante de la entidad, ya sea aisladamente o como miembro de un órgano de administración, o una persona dotada de autoridad. Este tipo de responsabilidad la encontramos en el Reino Unido en los delitos que requieren *mens rea*, en Francia, Luxemburgo y Estonia.

En Latinoamérica este tipo de responsabilidad se encuentra en el Estatuto anticorrupción de Colombia y en el nuevo proyecto de reforma del Código penal de Brasil,⁵ en el que se imputa a la persona jurídica las actuaciones que por su cuenta y beneficio, y en el ejercicio de la actividad social, realizan sus representantes, administradores de hecho o de derecho y quienes tienen capacidad

Referencia bibliográfica

Adán Nieto Martín (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.

Referencia bibliográfica

Nicola Selvaggi (2012). «Criminal liability of corporations and compliance programs in the US system». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 601 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

⁽⁵⁾Vid. Art. 41. nota. 14

para intervenir en la formación de la voluntad de la entidad y comprometerla. De acuerdo con esta subvariante, no siempre es necesario constatar, además, que la persona física actúa con la intención de beneficiar a la empresa.

Caso de Colombia

Artículo 34: «Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente».

Este último modelo es el que opera en Alemania en el marco del apartado 30 OWiG, en el que se afirma que la responsabilidad de la persona jurídica deriva del hecho de que un representante legal, persona con capacidad para adoptar decisiones o controlar la actividad de la empresa, realice una infracción o que el delito haya sido cometido por un empleado, pero siempre como consecuencia de la infracción de un deber de vigilancia de las personas mencionadas en primer lugar. Esta última posibilidad de la teoría de la identificación consistente en la infracción de un deber de vigilancia que nos acerca al modelo mixto, ya que la infracción del deber de vigilancia puede reconducirse a la no existencia o existencia defectuosa de un programa de cumplimiento (Espinoza, 2012).

Referencia bibliográfica

Manuel Espinoza de los Monteros (2012). «Criminal liability of legal entities in Germany». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 421 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

Aparentemente, en sus normas de armonización, la UE recurre a un modelo similar al alemán, distinguiendo entre dos categorías de sujetos directivos y subordinados, exigiendo en este caso la infracción de deberes de supervisión y control. La razón última de esta distinción es conceder a los Estados miembros un margen mayor de apreciación a la hora de establecer las sanciones que deben imponer en el caso de que el delito haya sido cometido por un subordinado debido a la infracción del deber de vigilancia.

En el informe explicativo del II Protocolo relativo al Convenio para la protección de los intereses financieros se señala expresamente que «el apartado 1 puede interpretarse como una disposición cuyo ámbito de aplicación se limite a casos en que la persona jurídica en cuanto a tal pueda reprochársele la conducta de las personas que actúan en su nombre». De este modo, la UE da libertad en relación con los administradores y altos directivos para que se acoja un modelo similar al francés, al que impera en el Reino Unido o a los países que, como vamos a ver, se integran en el modelo mixto.

7.2. Modelo mixto

En el modelo mixto de atribución de responsabilidad resulta necesario, normalmente, encontrar una persona física responsable dentro de la estructura de la persona jurídica o con una relación de subordinación a los directivos de la entidad que realicen la infracción.

Lo relevante de este modelo es, sin embargo, que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad por haber adoptado medidas de prevención (Italia, Polonia, Austria, Bulgaria, Finlandia, Hungría, República Checa, Suecia, Lituania y Eslovenia).

Este es el modelo adoptado por países como Chile e incorporado a los proyectos de ley que se tramitan en Nicaragua y Perú.

Casos de Nicaragua

Artículo 45 bis del proyecto de reforma del Código penal: «Las personas jurídicas serán responsables penalmente: a) De los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su provecho, por sus representantes legales o por sus administradores de hecho o de derecho. b) De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades propias de la sociedad, por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior han podido realizar los hechos, por no haberse ejercido sobre ellos el debido control o vigilancia».

Caso de Perú

Artículo 2 de la Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de corrupción: «Las entidades reguladas por la presente ley son responsables de los delitos señalados en el artículo 1, cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto, por: 1) Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. 2) Las personas naturales que prestan servicio a la entidad y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden o autorización de éstos últimos. 3) Las personas naturales señaladas en el numeral precedente cuando no se ejerza el debido control y vigilancia, en atención a la situación concreta del caso [...]».

En países como Italia y, en su senda, España tras el nuevo 31 bis, la vinculación de la responsabilidad de la empresa al autor individual se traduce en que las condiciones para la atribución del hecho a la entidad son diferentes según si el delito ha sido cometido por un representante de la empresa o por un alto directivo o un subordinado.

Si el delito ha sido cometido por un administrador o alto directivo, se exige que este haya eludido fraudulentamente los medios de control y que, además, exista un órgano de supervisión independiente del órgano de administración que se haya encargado de supervisar la efectividad de los controles en relación con este grupo de personas. En el derecho italiano, se prevé además una discutida inversión de la carga de la prueba en este supuesto en virtud del cual es la persona jurídica quien debe probar estos elementos (Villani; Nieto Martín, 2012).

Referencia bibliográfica

Enrica Villani (2012). «Liability 'ex crimine' of collective entities in the Italian legal system: an overview». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 15 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

Adán Nieto Martín (2012). «Criminal liability of legal entities in Spain». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 189 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

7.3. Modelo de culpabilidad de empresa

El tercer modelo, denominado de culpabilidad de empresa, sería aquel en el que la responsabilidad de la empresa se aprecia de manera independiente a la responsabilidad individual. Tanto en la UE como en el derecho comparado, resulta difícil catalogar un sistema dentro de este modelo, por lo que más bien puede hablarse de una tendencia en virtud de la cual la responsabilidad del ente surge con independencia de las responsabilidades individuales.

Una primera tendencia la encontramos en el caso de las infracciones imprudentes. En Francia, como se ha visto, el proceso puede dirigirse exclusivamente contra la persona jurídica, cuando no existe ninguna persona física con el grado de culpabilidad necesario para imputarle un delito imprudente (*vid. supra*). Por lo que, en esencia, es la agregación de distintas responsabilidades individuales o la «desorganización» como tal de la entidad la que justifica la infracción.

Esta visión es la que subyace también al homicidio de la corporación en el Reino Unido, donde aunque hay que constatar la implicación de los altos directivos de la entidad, el criterio decisivo es la *management failure*, que se presenta como una agregación de diversas conductas imprudentes. Fuera de Europa pueden ser reconducidos a este modelo las previsiones del Código penal australiano. Aunque el Código establece un modelo de responsabilidad que en algunos casos coincide con la teoría de la identificación, y en otros supuestos, con el modelo mixto, en las infracciones imprudentes señala que «la culpabilidad es atribuible a la organización cuando la conducta de la empresa aparece como imprudente en su conjunto».

En el ámbito de los delitos dolosos, la doctrina del conocimiento colectivo que se aplica en los Estados Unidos responde a una misma idea. La existencia de la intencionalidad, en los concretos individuos, se mantiene en relación con la organización sumando los conocimientos de todos o algunos empleados. En el *leader case* de esta doctrina, *United States vs Bank of New England* (821, n.º F 2d 844, 1 Cir. 1987), el Tribunal de Apelación mantuvo que, puesto que las corporaciones fragmentan el conocimiento mediante la creación de diversos departamentos y tareas, el agregado de estos conocimientos supone el conocimiento intencional de la corporación.

Un modelo de imputación que se acerca tendencialmente a la culpabilidad propia es el previsto en el Reino Unido en materia de corrupción en la Ley Bribery, donde aunque es necesaria la determinación de un responsable individual, la persona jurídica cumple su propia infracción consistente al no haber establecido un sistema eficaz de prevención de la corrupción (sección 7.2), aunque la eficacia del sistema se determina con referencia a la infracción cometida por el sujeto. Igualmente, el Código penal suizo se aproxima a este modelo de responsabilidad cuando establece la responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica.

Para ello, según el artículo 100 cuáter, deben darse tres factores que evidencian la independencia de responsabilidad del responsable individual:

- 1) que el hecho no pueda ser adscrito a ninguna persona natural,
- 2) que el delito haya sido cometido en el ejercicio de la actividad comercial,
- 3) que la falta de adscripción del hecho a la persona individual se deba a una carencia en la organización interna.

Cuando, en cambio, la forma responde directamente lo que se produce en relación, únicamente, con la corrupción, el blanqueo de capitales y el terrorismo, el defecto de organización de la empresa se vincula a la infracción cometida: «[...] no haber puesto todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida» (art. 100 cuáter 2).

Bibliografía

Compagna, Francesco (2012). «Corporate criminal liability in the Austrian legal system». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 442-443). Nápoles: Jovene Editore.

Espinoza de los Monteros, Manuel (2012). «Criminal liability of legal entities in Germany». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 419 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

Giudicelli-Delage, Geneviève (2012). «Le champ personnel et matériel». En: Antonio Fiorella (ed.) *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. II. Towards a common model in the European Union* (págs. 20-45). Nápoles: Jovene Editore.

Mongillo, Vincenzo (2012). «The nature of corporate liability for criminal offences: Theoretical models and EU Member States Law». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. II. Towards a common model in the European Union* (págs. 75-98). Nápoles: Jovene Editore.

Nieto Martín, Adán (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.

Nieto Martín, Adán (2012). «Criminal liability of legal entities in Spain». En: Antonio Fiorella (ed.). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 189 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

Selvaggi, Nicola (2012). «Criminal liability of corporations and compliance programs in the US system». En: Antonio Fiorella (ed) *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 601 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

Trapasso, Maria Teresa (2012). «Corporate criminal liability in the United Kingdom: General outlines». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (pág. 265). Nápoles: Jovene Editore.

Valenzano, Ana Salvina (2012). «Main aspects of liability 'ex crimine' of legal entities in Southern European countries: Greece, Malta and Cyprus». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (pág. 563). Nápoles: Jovene Editore.

Valenzano, Ana Salvina (2012). «Main aspects of liability 'ex crimine' of legal entities in Baltic Republics: Estonia, Latvia and Lithuania». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 488-489). Nápoles: Jovene Editore.

Valenzano, Ana Salvina (2012). «Main aspects of liability 'ex crimine' of legal entities in Eastern European countries: Poland, Czech Republic, Slovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Slovenia and Croatia». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (pág. 563). Nápoles: Jovene Editore.

Villani, Enrica (2012). «Corporate criminal liability and organization failure under the Swiss Criminal Code». En: Antonio Fiorella (ed) *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 581 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

Villani, Enrica (2012). «Liability 'ex crimine' of collective entities in the Italian legal system: an overview». En: Antonio Fiorella (ed). *Corporate criminal liability and compliance programs. Vol. I. Liability "ex crimine" of legal entities in Member States* (págs. 14 y ss.). Nápoles: Jovene Editore.

