

AUSGABE 12/2018

S. 523 - 623

13. Jahrgang

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2018 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

- Jahrestagung 2018 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht
Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe**
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg 523

AUFSÄTZE

Völkerstrafrecht

- Vorsatz im Völkerstrafrecht**
Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn 524

- Im luftleeren Raum? Völkerstrafrecht im Kontext von Konflikt
und Transformation**
Von Rechtsanwältin Elisabeth Baumgartner, Dr. Julie Bernath,
Bern 536

- Aktuelle Entwicklungen in der Strafverfolgung des
Generalbundesanwalts auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts**
Von Bundesanwalt beim BGH Christian Ritscher, Karlsruhe 543

- Judicial developments in the jurisprudence of the
International Criminal Court in 2017–2018**
By Thomas Körner, Den Haag 546

AUFSÄTZE

Europäisches Strafrecht

- Freiheitsentzug bei Verdacht terroristischer Straftaten
Menschenrechtliche Überlegungen aus Anlass einer
StPO-Novelle in der Slowakei**
Von JUDr. Viliam Hečko, PhD., Trnava, Prof. Dr. Otto Lagodny,
Salzburg 558

- Die Europäisierung des strafverfahrensrechtlichen
Datenschutzes
Zum Anwendungsbereich der neuen Datenschutz-Richtlinie
für Polizei und Justiz**
Von Prof. Dr. Gerrit Hornung, Wiss. Mit. Stephan Schindler,
Wiss. Mit. Jana Schneider, Kassel 566

- The protection of the EU's financial interests by means of
criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017
Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the
Union's financial interests**
By Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Thessaloniki 575

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Theile
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos, Richter am
Kosovo Sondertribunal,
Den Haag
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin
Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 12/2018

S. 523 - 623

13. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

12/2018

Internationales Strafrecht

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

De Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Juez del Tribunal especial para el Kosovo, Göttingen/Den Haag

583

Der Fall Puigdemont – Oder: Warum eine katalanische Rebellion kein deutscher Hochverrat sein soll

Von Wiss. Mitarbeiter Sascha Holznagel, Berlin

604

Strafrecht

Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?

Von Wiss. Mitarbeiterin Rita Vavra, LL.M. (Columbia), Berlin

611

BUCHREZENSIONEN

Strafprozessrecht

Sebastian Bauer, Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen, 2018

(Dr. Wolfgang Ziebarth, Mannheim)

619

VARIA

Völkerstrafrecht

Conference Report: “Twenty Years of the ICC’s Rome Statute: Utopia – Reality – Crisis”, Liverpool, 7./8. September 2018

By Tobias Beinder and Swantje Maecker, LL.M. (King’s College/London), Hamburg

621

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

De Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Juez del Tribunal especial para el Kosovo, Göttingen/Den Haag*

En el presente artículo se realiza un análisis de la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas transnacionales por crímenes internacionales, una cuestión altamente relevante del Derecho Penal Internacional Económico (I. 1.). Por un lado, el artículo muestra que la circunstancia de que las personas jurídicas actúan mediante sus miembros individuales no permite una fundamentación puramente colectiva – en el sentido del modelo organizacional – de esa responsabilidad, (I. 2.). Por otro lado, una fundamentación de la responsabilidad con base en el modelo de atribución hace surgir cuestiones complejas, como el riesgo de una acumulación de la responsabilidad penal, la definición del rango del individuo que desencadena la responsabilidad de la empresa, la identificación del trabajador o la necesidad de la comprobación del delito concreto. En última instancia, el modelo de atribución remite a las ya conocidas formas de intervención en el delito, en donde la responsabilidad por complicidad adquiere una relevancia especial. Así, mientras que en el ámbito objetivo se hace necesaria la distinción entre una participación jurídico-penalmente relevante y los denominados “comportamientos neutrales” (II. 2. a), en el ámbito subjetivo se requiere de un estándar idóneo, que no resulte disuasivo para la actividad empresarial (respetuosa de la ley), ni perjudicial para la persecución de los crímenes (II. 2. b). De cualquier modo, ha de evitarse colocar expectativas demasiado altas en una responsabilidad penal (internacional) de las empresas. Pues al igual que en otros ámbitos, el Derecho Penal, como mero componente de un enfoque global, solo puede desplegar aquí efectos preventivos (limitados).

I. Cuestiones sobre la responsabilidad jurídica (internacional)

1. Cuestión previa: enfoque en la empresa como tal („corporate approach“)

Se denomina Derecho Penal Internacional Económico¹ a una parte del Derecho Penal Internacional (DPI) que se ocupa de

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal especial para el Kosovo (Kosovo Specialist Chambers), La Haya, Países Bajos; *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Colombia. El autor agradece a Gustavo Urquiza, LL.M., doctorando y docente en la GAU por la adaptación del presente artículo para esta publicación desde una versión más extensa (Ambos, Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas, 2018), donde además de los contenidos incluidos en este artículo son desarrolladas las cuestiones conceptuales preliminares

aquellos comportamientos de empresas o de sus responsables que conllevan una infracción de normas penales del Derecho Internacional². Esos comportamientos están relacionados con la actividad económica (producción/procesamiento/comercialización de productos/servicios). Se trata pues de comportamientos del ámbito económico³ que aparecen a menudo como comportamientos lícitos („neutrales“) („ancillary/neu-tral business activities“, „actions neutres“). Las normas penales del Derecho Internacional correspondientes son, en principio, los crímenes nucleares del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad;⁴ en esencia, se trata aquí de normas de sanción de graves violaciones de derechos humanos así como de sus normas primarias de comportamiento.⁵

La ofensiva del Derecho Penal Internacional sobre el colectivo, esto es, la búsqueda de su *accountability*⁶ en el ámbito del Derecho Penal Internacional, está basada en la premisa de que, por lo regular, la comisión de crímenes macrocriminales solo es posible con los inmensos recursos

relevantes (v. I.), la valoración de la intervención de las empresas desde una perspectiva de la praxis jurídica (v. II.), así como la praxis del Derecho Penal Internacional desde Núremberg (v. III.).

¹ Sobre la cuestión terminológica en diversos idiomas v. Ambos, Derecho Penal Internacional Económico, 2018, p. 27.

² Cfr. Jeßberger, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, p. 13 (13 ss.); también Wittig, en: *ibid.*, p. 241 (241 s.), „Aplicación del Derecho Penal Internacional vigente respecto de actores económicos [...]“; acerca de la creciente importancia del Derecho Penal Internacional en este ámbito International Commission of Jurists (ICJ), 2008, p. 5; a favor de un tal Derecho Penal Internacional Económico Soyer, en: Kert/Lehner (eds.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext*, *Festschrift für Frank Höpfel*, 2018, p. 113 (113, 125).

³ Respecto al concepto de la relación con el negocio, relevante en ese sentido para la responsabilidad jurídica v. nota 36 y texto principal.

⁴ Respecto al crimen de agresión en este contexto v. Ambos (supra nota 1), p. 24.

⁵ Acertadamente a favor de una limitación proveniente de los derechos humanos Thurner, *Internationales Unternehmensstrafrecht: Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, 2012, p. 220 ss., 227 s., 277 s. (con un catálogo concreto en p. 224, que si bien contiene como cuarto grupo los crímenes nucleares del ECPI sin embargo en general se extiende más allá de ellos).

⁶ Referencialmente sobre el concepto de *accountability* y su relevancia para diversos actores, entre ellos las empresas v. Backer, *Unpacking Accountability in Business and Human Rights: The Multinational Enterprise, the State, and the International Community*, abril 2018, 1 (1 ss y passim), disponible en SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=3163242> (14.11.2018).

organizativos y financieros que usualmente son puestos a disposición por los actores económicos.⁷ A menudo existe también una intervención estatal en los crímenes, de modo que una persecución penal está excluida de facto.⁸

Si bien en la discusión llevada a cabo en el ámbito del Derecho Penal Internacional se distingue entre la punibilidad de la empresa como tal y la del empleado de la empresa, sin embargo, su enfoque principal – en el sentido de un modelo de imputación holístico-colectivo⁹ – gira en torno a aquella.¹⁰ Las razones esgrimidas son las que ya se conocen de la discusión del Derecho Penal Económico nacional – en donde, desde hace años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas goza de una creciente preferencia,¹¹ como

⁷ *Abrantes*, RPCC 26 (2016), 78 (78); *Bernaz*, JICJ 15 (2017), 527 (527, 528).

⁸ Cfr. también *Adam*, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht*, 2015, p. 246 (la no sanción de violaciones de derechos humanos como „ventaja“ económica).

⁹ Al respecto *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 (129) con notas adicionales.

¹⁰ A favor por ejemplo *Stoitchkova*, *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, 2010, p. 108 ss.; *Thurner* (supra nota 5), p. 251 ss., 278 ss.; *Engelhart*, en: *Burchard/Triffterer/Vogel* (eds.), *The Review Conference and the Future of the ICC. Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen*, 2010, p. 175, 185, 186, 188 („special set of rules for corporate criminal responsibility“, aunque sin desarrollo [186], y en todo caso una responsabilidad directa de personas jurídicas en cuanto a crímenes internacionales nucleares); *Adam* [supra nota 8] p. 225 ss. (quien ya al principio anuncia la fundamentación de un tal modelo de responsabilidad como objetivo de la investigación, p. 17 ss.); *Kathollnig*, *Unternehmensstrafrecht und Menschenrechtsverantwortung: die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen im Rahmen internationaler Unternehmensaktivitäten*, 2016, p. 146, 251 s. (complemento ECPI o un propio código); *Velten*, *ÖstAnwbl* 2016, 599 (603), („derecho penal especial para colectivos“ respecto a violaciones de derechos humanos); *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 1 (4).

¹¹ Cfr. ya *Dannecker*, GA 2001, 101 (101, 106 s., hablando de una „tendencia mundial“). V. como ejemplo de modificaciones legislativas en ese sentido: LO 5/2010 de 22.6.2010, modificada por la LO 1/2015 de 31.03.2015 (España, al respecto *Zugaldía Espinar* [2013], p. 59 ss.; v. también *Silva Sánchez*, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2º ed. 2016; p. 319 ss., y especialmente 356 ss.; sobre la reforma española de 2015, *ibid.*, p. 367 ss.); Ley n.º 20.393 de 2.12.2009 (Chile, v. al respecto *Hernández Basualto*, REJ 16 [2012], 75 ss.); Ley n.º 30424 de 21.4.2016, modificada mediante el Decreto Legislativo n.º 1352 de 7.1.2017 (Perú; aun cuando ambas leyes hacen referencia a la „responsabilidad administrativa de las personas jurídicas“, sin embargo, existen voces en la literatura peruana que consideran ello como la incorporación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, v. al

consecuencia de lo cual Alemania aparece cada vez más aislada –:¹²

- Surgimiento de una estructura empresarial („corporate culture“, „culture d’entreprise“) que facilita o incluso promueve la comisión de delitos („actitud criminal del colectivo“¹³, „irresponsabilidad organizada“¹⁴, „irresponsabilidad individual estructural“¹⁵) y encubre la identificación de los responsables („corporate veil“)¹⁶,

respecto *García Cavero*, en: *Ambos/Caro/Urquiza* [eds.], *Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales* [en publicación]; Ley n.º 27401 de 1.12.2017 (Argentina, v. al respecto *Lavia Heidempergher/de Artaza*, *La responsabilidad penal de la persona jurídica. Un cambio de paradigma*, en: *La Ley*, LXXXII, n.º 12, edición de 17.1.2018, p. 1–3, disponible en www.bomchil2.com.ar/Uploads/Documents/La_Ley_17-01-2018_20180119114345.pdf [14.11.2018]; v. también *Prado*, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos procesales*, a propósito de la Ley 27.401, p. 1 ss., disponible en www.bolsacba.com.ar/img0/ijje/040420180005034d584618.pdf [14.11.2018]).

¹² Cfr. también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 (124, „aldea gala“, internacionalmente „ubicuo“).

¹³ *Adam* (supra nota 8), p. 244 (*Schünemann*, en: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* [eds.], *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. ed. 2007, citando el Vor §§ 25 ss. nm. 21); también *Velten*, *ÖstAnwbl* 2016, (599) 600; *Long*, ICLR 17 (2017), 997 (1019: „flaws in corporate culture“); crit. *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, *wistra* 2018, 27 (29).

¹⁴ Fundamentación del concepto en *Schünemann*, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1979, p. 13 ss. (quien no solo lo ha utilizado para la fundamentación de una responsabilidad autónoma sino para la descripción de la, en su opinión, lamentable falta de responsabilidad de empresas); al respecto v. también *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 287 ss., con notas 7 y 8.

¹⁵ *Heine*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 198; asimismo *Dannecker*, GA 2001, 101 (104).

¹⁶ *Thurner* (supra nota 5), p. 247; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (56); diferenciadamente *Schmidt*, *Crimes of Business in International Law. Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the ICC*, 2015, p. 384 ss.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo *Dannecker*, GA 2001, 101 (102) („encubrimiento de responsabilidades“); U.S. Department of Justice – Office of the Deputy Attorney General, Memorandum „Individual Accountability for Corporate Wrongdoing“, en Washington D.C., 9.9.2015, (Yates Memorandum), disponible en www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download (14.11.2018). p. 2 („responsibility [...] diffuse [...]“);

debido a lo cual ella no puede ser modificada estructuralmente con el „reemplazo“ o la criminalización de responsables individuales que sirven de chivos expiatorios („scapegoating“ de directores individuales)¹⁷;

- Una mayor estigmatización a través del proceso penal y de la pena (reproche ético-social, censure)¹⁸ en comparación con el proceso y las sanciones civiles o administrativas y con ello un mejor efecto comunicativo (expressive), preventivo-especial¹⁹ y preventivo-general²⁰;

recientemente *Estellita*, Responsabilidad penal de dirigentes de empresas por omissão, 2018, p. 40, 47, 72.

¹⁷ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (247, trabajadores de la empresa como „chivos expiatorios y peones sacrificados“, pese a que ellos han actuado para y por medio de la empresa).

¹⁸ *Clapham*, en: Kamminga/Zia-Zarifi (eds.), Liability of Multinational Corporations Under International Law, 2000, p. 139 (147); *Thurner* (supra nota 5), p. 237 s.; sin embargo, relativizando ello desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Kölner Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes (Forschungsgruppe Verbandsstrafrecht, Henssler et al), publicado en NZWiSt 2018, 1 (22 s.), disponible en www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/17134.html (14.11.2018), (porque entre las consecuencias jurídicas de las infracciones administrativas y las penales no existiría una diferencia sustancial, ético-socialmente justificable; por eso, el proyecto también utiliza el concepto „sanción“ en lugar de „pena“).

¹⁹ Al respecto desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico U.S. Department of Justice – The Deputy Attorney General, Memorandum „Bringing Criminal Charges against Corporations“, en Washington D.C., 16.6.1999 (Holder Memorandum), disponible en

www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF (14.11.2018), p. 1, 2 („change of corporate culture“); Yates Memorandum (supra nota 16), p. 1 („changes in corporate behaviour“); basándose en el enfoque de los EE.UU Kölner Entwurf (supra nota 18), p. 20, 21 s.

²⁰ V. al respecto por ejemplo *Kyriakakis*, NILR 56 (2009), 333 (361–364), quien se sirve de la teoría expresiva de la retribución – orientada preventivo-generalmente –; en general *Kuntz*, Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law, 2017, p. 32 („enhance the effectiveness.“); v. también *Clapham* (supra nota 18), p. 147; *Ramaswamy*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (153, „greater deterrent effect“); ICJ (eds.), Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, 2008, p. 6 („effective means of shaping corporate conduct“), 59 („effective impetus to improving business behaviour“); *Engelhart* (supra nota 10), p. 183; *Thurner* (supra nota 5), p. 69 s., 237; también *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (83); *Kubiciel*, ÖstAnwbl 2016, 574 (577); *Kathollnig* (supra nota 10), p. 247; desde una perspectiva clásica del derecho penal económico *Dannecker*, GA 2001, 101 (104); Yates Memorandum (supra nota 16) p. 1; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (129, 155);

- Asunción de una intimidación más efectiva respecto a agentes racionales („rational choice Modell“) („risk-benefit-calculation“)²¹ y
- Esperanza de una recuperación de activos más sencilla y sobre todo más fructífera en el caso de empresas con un patrimonio considerable (usualmente multinacionales) en comparación con personas individuales²².

Naturalmente, gran parte de esas suposiciones, especialmente en lo que respecta a la mayor capacidad de rendimiento del Derecho Penal, son empíricamente inciertas.²³ Adicionalmente a ello, parece contradictorio aducir a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las funciones y los fines del tradicional Derecho Penal de la culpabilidad orientado a personas naturales (estigmatización, efecto expresivo, intimidación, etc.), si aquellas solo se pueden fundamentar para las personas jurídicas por medio de su asimilación a través de las personas naturales – psíquicamente constituidas – (al respecto seguidamente I. 2.). Además, no puede pasarse por alto que un enfoque del Derecho Penal Internacional en el colectivo significa la inversión de su concepción original de un Derecho Penal individual proveniente de Núremberg. Finalmente, la sanción penal del colectivo como tal puede hacer desaparecer de la mira a los individuos responsables en la realidad.

Por otro lado, la jurisprudencia de Núremberg referida al Derecho Penal Internacional Económico y aún más la actual implicación de empresas en violaciones de derechos humanos muestra ya sin embargo que una exclusiva persecución (penal individual) de los miembros de la empresa no se ajusta a la dinámica colectiva del comportamiento criminal empresarial

Kölner Entwurf (supra nota 18) p. 13; crít. *Vogel*, en: Kempf (ed.), Unternehmensstrafrecht, 4. Symposium aus der Veranstaltungsreihe „Economy, Criminal Law, Ethics“, 2012, p. 205 (214 s.); *Schmidt* (supra nota 16), p. 374 ss.

²¹ ICJ (supra nota 20), p. 9; Discusión (distinguiendo entre personas jurídicas y naturales) en *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (824 ss.); crít. en ese sentido *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (82 s.); desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum (supra nota 19), p. 2 („deterrence on a massive scale“); Yates Memorandum (supra nota 16), p. 1.

²² *Clapham* (supra nota 18), p. 147; *Schabas*, IRRC 83 (2001), 439 (453); ICJ (supra nota 20), p. 59 („enable victims’ redress and remedy“); *Thurner* (supra nota 5), p. 237, 240; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico, por ejemplo, *Dannecker*, GA 2001, 101 (103).

²³ Respecto a las pocas investigaciones, las cuales no ofrecen una imagen clara *Karstedt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (supra nota 2), p. 179 ss. (regulación no penal más efectiva); exigiendo más investigaciones *Schmidt* (supra nota 16), p. 388 s.; en ese sentido, sobre el ámbito español v. *Silva Sánchez* (supra nota 11); p. 325 („[...] la reforma legal no ha venido precedida de estudio empírico alguno que avalara las suposiciones de un sector de la doctrina y permitiera superar las objeciones político-criminales a la implantación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas“).

– la empresa es precisamente más que la suma de sus miembros (sin pretender abogar con ello, sin embargo, por una aproximación fundada sistémicamente/en la sociología de la organización o, incluso, por una equiparación con las personas naturales, al respecto infra I. 2.) –²⁴ Adicionalmente a ello, desde una perspectiva político-criminal-normativa no puede existir ninguna duda de que los graves abusos del poder económico que culminan en la comisión de crímenes internacionales constituyen un injusto merecedor de pena, de modo que existe la necesidad de un Derecho Penal Internacional Económico – e incluso enfocado en la empresa como tal –;²⁵ en donde, no por último, la empresa aparece por eso como un destinatario idóneo de la imputación, sobre todo porque el mencionado „velo corporativo“ („corporate veil“) lleva a que la responsabilidad individual sea desfigurada hasta el punto de hacerla irreconocible.²⁶

En el caso de empresas que actúan de forma transnacional surge la cuestión respecto al destinatario de la imputación del injusto de Derecho Penal Internacional: ¿la empresa matriz o la filial que actúa cerca al lugar de los hechos? En tal sentido, *Kuntz* ha desarrollado un concepto autónomo y supranacional de empresas transnacionales – recurriendo al derecho internacional de inversiones²⁷, al derecho europeo de competencia („single economic entity doctrine“)²⁸ y al derecho de daños y de competencia de los EE.UU. („enterprise theory“)²⁹ –, como resultado de lo cual, el control definitivo de la matriz surge de su control efectivo sobre la(s) filial(es)³⁰. De ello se sigue que en caso la matriz permanezca

inactiva a pesar de un comportamiento relevante para el Derecho Penal Internacional por parte de la filial, aquella puede ser responsabilizada por omisión („parent liability“) – en caso de que se asuma una posición de garante de vigilancia frente a la fuente de peligro que representa la „filial“³¹ – en todo caso si en el resultado de injusto se ha realizado el peligro relacionado con el negocio.³² No obstante, aquí ha de considerarse que en tales casos los requisitos de la responsabilidad por omisión tienen que ser adecuados al contexto de comisión del Derecho Penal Internacional, es decir, tienen que ser *flexibilizados de acuerdo con el contexto específico*³³. En relación con la posición y el deber de garantía esto significa, por ejemplo, que existen deberes de supervisión más intensos para la matriz en caso de operaciones en zonas riesgosas con estructuras de gobierno deficitarias („weak governance zones“)³⁴. El criterio de la *relación con la actividad de la empresa* del comportamiento específicamente peligroso, como, por ejemplo, la represión violenta de un movimiento local de protesta, también tiene que ser adecuado de acuerdo con el contexto específico, de modo tal que ello ya ha de ser afirmado cuando el comportamiento relevante ha servido en un sentido amplio al interés empresarial de maximización de

mano de determinados criterios). Igualmente, en el resultado, aunque con una fundamentación menos elaborada *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 140 ss.; *Thurner* (supra nota 5), p. 254 s.; *Kathollnig* (supra nota 10), p. 155 (por medio de autoría o complicidad en caso de un hacer activo).

³¹ *Wittig* (supra nota 2), p. 249; brevemente sobre la relación matriz-filial desde una perspectiva del Derecho Penal Económico clásico v. *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 233 („parece que la matriz debe intervenir si recibe la información relativa a un hecho ilícito [aunque sea en la forma de meras sospechas]).

³² Cfr. también *Zerbes* (supra nota 24), p. 205, 222 ss., 235 ss.; *Kubiciel*, *ÖstAnwbl* 2016, 574 (578); en ese sentido, respecto al derecho holandés (más bien restrictivo) *Ryngaert*, *CLF* 29 (2018), 1 (10 s.) (de acuerdo con lo cual para la imputación no sería suficiente el mero control de la matriz).

³³ *Zerbes* (supra nota 24) p. 236–238, 240 (Los criterios de imputación tendrían que „ser colmados con contenidos modificados“, de modo que una „corresponsabilidad“ por un injusto grave en la actividad empresarial puede ser comprendida adecuadamente en las regiones riesgosas); *Wittig* (supra nota 2), p. 249 s. (aseguramiento de un proceso no violento con la cooperación con las fuerzas de seguridad locales), 250 s. (competencia plena de la directiva), 257 („muestra de la imputación [...] caracterizado de otra manera [...]).

³⁴ Sobre este concepto OECD, *Weak Governance Zones – Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises*, 8.6.2006, disponible en www.oecd.org/daf/inv/mne/weakgovernancezones-riskawarenesstoolformultinationalenterprises-oecd.htm (14.11.2018). Respecto al contexto de la práctica jurídica en general *Karstedt* (supra nota 23), p. 159, 171 ss.

²⁴ Cfr. también *Engelhart* (supra nota 10), p. 184 („corporation as a special social system with its own rules and its own dynamics“); *Zerbes*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein* (supra nota 2), p. 214, 230 s., 234 („dinámica de un colectivo empresarial“).

²⁵ Igualmente *Zerbes* (supra nota 24), p. 234 (responsabilidad penal porque no constituye un simple injusto administrativo); *Singelstein*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein* (supra nota 2), p. 145, 146 („consenso“, de que determinados cursos de los acontecimientos „caen bajo la competencia del Derecho Penal [...]“); desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico y resaltando la proporcionalmente escasa sanción según el derecho alemán *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 13 (comparación con el hurto de bicicletas punible).

²⁶ Cfr. desde una perspectiva de la teoría de la organización *Ortmann*, *NZWiSt* 2017, 241 (243).

²⁷ *Kuntz* (supra nota 20), p. 72 ss., 328 (demostrando previamente que del Derecho Internacional general no puede derivarse ningún criterio, p. 62 ss.).

²⁸ *Kuntz* (supra nota 20), p. 111 ss. (160–162), 328 s.

²⁹ *Kuntz* (supra nota 20), p. 204 ss. (242 s.), 248 ss., 331 s. donde el derecho de los EEUU – como el del Reino Unido (Ibid, p. 163, 167 ss., 197 ss., 330 s.) – distingue en principio más estrictamente (recurriendo a criterios jurídicos) entre la matriz y las filiales („Salomon principle“, „separation of legal personalities“).

³⁰ *Kuntz* (supra nota 20), p. 253 ss., 332 s., 337 („parent’s power to control the subsidiary“ y „actual exercise of parental control“, siendo que estos controles se pueden fijar de la

las ganancias³⁵; pues dado que las empresas tienen que actuar para maximizar las ganancias, entonces, en todo comportamiento dirigido a ese fin existe también una relación interna con la actividad de la empresa.³⁶

2. Modelo de organización versus modelo de atribución

Las cuestiones fundamentales acerca de la capacidad de acción, de culpabilidad y de ser penadas,³⁷ de las empresas,

³⁵ *Zerbes* (supra nota 24) p. 237 s. En este sentido también *Momsen*, en: *Momsen/Grützner* (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, p. 75 s. (suficiente „riesgo abstracto típico del negocio“, que puede realizarse a través de delitos económicos centrales y – podría añadirse – de crímenes internacionales según las circunstancias).

³⁶ Cfr. respecto al concepto – a veces entendido más estrictamente – de la relación con el negocio (*Betriebsbezogenheit*) en el marco del § 130 OWiG („Contravenciones de deberes [...] que conciernen al titular [...]“) *Rogall*, en: *Senge* (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5º ed. 2018, § 130 nm. 81 ss.; *Niesler*, en: *Graf/Jäger/Wittig* (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2º ed. 2017, § 130 OWiG nm. 62 (Relación con el campo de acción o con la administración del negocio); *Raum*, en: *Wabnitz/Janovsky* (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4º ed. 2014, p. 257, 302 (relación interna, persecución del fin de la empresa); *von Galen/Maas*, en: *Leitner/Rosenau* (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017, § 130 OWiG nm. 56 ss. („Relación con la administración del negocio y empresa“).

³⁷ Conciso por ejemplo *Kuntz* (supra nota 20), p. 31 con referencias adicionales en nota 74 („pragmatic approach concerning moral blameworthiness.“); considera superables („not insurmountable“) los problemas conceptuales ICJ (supra nota 20), p. 58 (sin embargo, sin ofrecer explicaciones concretas); cfr. también *Long*, *ICLR* 17 (2017), 997 (1014 ss., quien quiere lidiar con la crítica – formulada también y precisamente en la discusión angloamericana (cfr. por todos *Hasnas*, *American Cr.L.Rev.* 46 [2009], 1329 [1329 ss.] con notas adicionales; resumidamente *Beale*, *ZStW* 126 [2014], 27 [36 ss.]) – respecto a la ausencia de responsabilidad moral de personas jurídicas por medio de un enfoque reactivo-normativo y consecuencialista radical en el sentido de Strawson, de acuerdo con la cual solo dependería de si „our lives will be better by projecting the norm of international criminal liability“ (1019). En la literatura jurídico penal nacional ya con anterioridad *Dannecker*, *GA* 2001, 101 (107 ss., justificando una compatibilidad con las categorías fundamentales mencionadas en el texto principal); recientemente *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 17, 22 s. (ninguna contradicción con el principio de culpabilidad puesto que éste sería derivado de la dignidad humana, pero los colectivos „no tomarían parte [...] en la protección de la dignidad“; „sanción“ en lugar de „pena“; al respecto ya supra nota 18); sin embargo, crít. *Schünemann*, en: *Sieber/Dannecker/Kind-häuser/Vogel/Walter*, (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70.*

Geburtstag, 2008, p. 429, 430 ss.; rechazando ello recientemente *Greco*, *GA* 2015, 503 ss. (no existe una imputabilidad porque la culpabilidad sería personalísima, ni tampoco capacidad de ser penada porque la pena requeriría la culpabilidad – considerando la supresión de derechos congénitos causada con ella, por ejemplo, de la libertad –); v. también *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 310, quien basado en la ausencia de libertad y autoconciencia en la persona jurídica niega que sus hechos „[puedan] mostrar las características mínimas de la acción humana tal como ésta se examina en los niveles sistemáticos de la acción, la imputación subjetiva y la culpabilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva de una construcción del delito que no prescinde de la concepción directiva de las normas jurídico-penales“. Por eso, a los hechos de las personas jurídicas tampoco se las podría considerar culpables en un sentido clásico puesto que el reproche jurídico en sentido estricto estaría condicionado a un sujeto con conciencia y libertad, relación que precisamente estaría ausente en las propuestas alternativas al principio clásico de culpabilidad (p. 311); en definitiva, la falta de conciencia y libertad junto a otras dificultades (relativas al hecho) llevarían a tener que reconocer que no existiría un „hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por el hecho que diera lugar a la imposición de una pena“ aunque sí una „base fáctica suficiente“ para otras consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (p. 317); *Cigüela Sola*, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, p. 381 ss. y *passim*; *el mismo*, *InDret* 1/2016, 1 (18 ss.), disponible en www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305704/395582 (14.11.2018); *el mismo*, *GA* 2016, 625 (625 ss., no existe una integración de una organización en el concepto de culpabilidad tradicional, orientado a un derecho penal individual, „puesto que ella como metasujeto colectivo no cumple con los requisitos de identidad, [...] para actuar frente a la norma de derecho penal como persona“ [GA [2016], 625; Culpabilidad, p. 383], al disponer únicamente de una „identidad narrativa“ o „temporal“ [GA [2016], 626 ss.; más detalladamente *el mismo* [supra nota 37], p. 154 ss.] sin „capacidad de iniciativa propia“ [GA [2016], 630; más detalladamente, *el mismo* [supra nota 37], p. 166 ss.], sin „capacidad de comprender el sentido de la propia acción“ [GA [2016], 632; más detalladamente *el mismo* [supra nota 37], p. 211 ss.] y sin „identidad política“ ni „ética“ [GA [2016], 633 ss.; más detalladamente *el mismo* [supra nota 37], p. 243 ss. y 261 ss.], expresado brevemente, a ella le faltaría la capacidad de „causar autónomamente el hecho organizativo“ y ella „desarrolla la organización únicamente como aporte de sus miembros“, es decir, su organización depende de otros [GA [2016], 637, resaltado en el original]; *Mulch*, *Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen*, 2017, p. 43 ss., 199 ss. (quien rechaza una responsabilidad penal de personas jurídicas por falta de reprochabilidad personal y capacidad de ser penada); *Gracia Martín*, en: *Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou* (eds.), *Estudios de Derecho Penal.*

que en el ámbito de lengua alemana pueden rastrearse hasta el siglo XIX,³⁸ solo poseen una importancia reducida en la discusión del Derecho Penal Internacional, pues, especialmente en el círculo jurídico angloamericano, el extendido reconocimiento de una responsabilidad penal de la empresa es aceptado con cierta despreocupación pragmática como algo dado y además, por las razones mencionadas, existe el convencimiento de su necesidad político-criminal. De cualquier modo, la fragmentación de los enfoques presentes en los derechos nacionales, con sus modelos de responsabilidad configurados de un modo diverso, hace difícil hallar un modelo de responsabilidad universalmente aceptable. Por eso, la discusión del Derecho Penal Internacional también gira esencialmente en torno a los dos grandes modelos de responsabilidad, a saber, el de la responsabilidad colectiva de la persona jurídica en sí (modelo de organización) y el de la imputación individual, derivada (modelo de atribución)³⁹. El enfoque colectivo orientado a la

culpabilidad por organización de la empresa⁴⁰ („culpabilidad por la conducción del negocio“ a causa del manejo deficiente del riesgo y una realización del riesgo típico del negocio⁴¹, organización o ética empresarial deficitaria⁴², „policy“⁴³ criminal), incluso en el caso de un concepto jurídico de persona con contenido sistémico (sobre esto, seguidamente), no ignora el hecho de que *siempre se actúa mediante personas naturales*⁴⁴, si no se quiere ya fingir jurídicamente

Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, 2017, p. 115 ss. con notas adicionales (contra el Art. 31^{bis} Código Penal español); *Jahn/Schmitt-Leonardy /Schoop*, wistra 2018, 27 (28 s., culpabilidad personal, falta de auto-reflexión); igualmente en contra *Murmann*, en: Ambos/Bock (eds.), *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschafts-strafrechts*, 2018 (en publicación); también crít., pero en última instancia dejando la cuestión abierta *Estellita* (supra nota 16), p. 63 ss., 73.

³⁸ Cfr. por una parte *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, p. 312, 350–352 (denominada como teoría de la ficción, según la cual persona jurídica no sería un ser racional, sensible, sino „solo un ser que tiene un patrimonio“; por lo cual su „existencia real“ se basaría en „la voluntad representativa“ de su trabajador, „la cual, como consecuencia de una ficción, puede serle atribuida como su propia voluntad“ [312]; sin embargo, esto solo podría valer en el Derecho Civil) y por otra parte v. *Gierke*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 603, 607 s., 743 s., 754 s. (reconocimiento de la „personalidad colectiva real“ de las personas jurídicas y entonces la „capacidad de voluntad y de acción“ así como la capacidad penal de cometer delitos que se deriva de aquello).

³⁹ Cfr. *Meyer*, *ZStrR* 131 (2013), 56 (78 ss., quien en última instancia critica una „determinación arbitraria de los puntos definitivos de la imputación con base en consideraciones de utilidad“, 84); *Adam* (supra nota 8), p. 190 ss. (teorías de la atribución, en especial la doble atribución del comportamiento y culpabilidad, teoría de la identificación y vicarious liability), 197 ss. (teorías sistémicas: de la personalidad colectiva al sistema autónomo, responsabilidad por el estado, adelantamiento; en general, a favor, especialmente respecto a la imputabilidad, p. 207 ss.); desde una perspectiva del common law por ejemplo *Colvin*, *CLF* 6 (1995), 1 ss. (quien respecto al modelo de atribución habla de las „nominalist theories“ y respecto al modelo de responsabilidad colectiva – de forma absolutamente sorprendente – habla de „realist theories“); a favor del „modelo de organización“ *van den Herik*, en:

Burchard/Triffterer/Vogel (supra nota 10), p. 171 s.; crít. *Weigend*, *JICJ* 6 (2008), 927 (936 ss., 944 s.)

⁴⁰ Fundamental *Tiedemann*, *NJW* 1988, 1169 (1172 ss.) („culpabilidad por organización“, „déficit de organización“); *el mismo*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5^o ed. 2017, p. 180 s. Explícitamente a favor de un traslado al Derecho Penal Internacional *Thurner* (supra nota 5), p. 264, 276.

⁴¹ *Heine* (supra nota 15), p. 253 s., 261 ss. (265 s.), 308 ss. (308, 310, 313); concretizando respecto a la gestión defectuosa del riesgo y a la realización del peligro típica del negocio *ibid*, p. 271 ss., 288 ss.; a favor *Thurner* (supra nota 5), p. 260.

⁴² *Dannecker*, *GA* 2001, 101 (112 s., 117, estructura organizacional o ética empresarial deficitaria en el sentido de una ética social).

⁴³ En ese sentido, v. *ACJHPR*, Art. 46C Protocolo de Malabo.

⁴⁴ Cfr. por ejemplo *Nerlich*, *JICJ* 8 (2010), 895 (895); *Zerbes* (supra nota 24) p. 232; también *Kuntz* (supra nota 20), p. 31 („acting through natural persons“); desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo *Dannecker*, *GA* 2001, 101 (109 ss., persona natural como destinatario de la norma desde un punto de vista ontológico, sin embargo, con una fundamentación de deberes originales para la empresa), 118 s. (desencadenamiento de la responsabilidad a causa de un „comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan por el colectivo“ y adscripción a éste); *Greco*, *GA* 2015, 503 (508, por eso „modelo de atribución camuflado“); *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 303 („los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por hecho propio acabarían en la imputación de un hecho ajeno“ y „cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo“); *Cigüela Sola* (supra nota 37), p. 182 s. y *el mismo*, *GA* 2016, 625 (629, actuación de la persona jurídica tiene su „origen en las acciones primarias de otros sujetos [...]“); *el mismo* (supra nota 37), p. 169 y *GA* 2016, 625 (631, el defecto de organización „aparece frecuentemente de modo acumulativo y difuso por parte de los miembros“ [resaltado en el original]); *el mismo* (supra nota 37), p. 204 s. y *GA* 2016, 625 (632, el conocimiento de la organización se compone „del de sus miembros“), *el mismo* (supra nota 37), p. 277 ss. y *GA* 2016, 625 (637) (condiciones de la identidad [temporal, organizativa, cognitiva, ética y política] de una persona jurídica se desarrolla solo como „aporte de sus miembros“ [resaltado en *GA*]); *Mulch* (supra nota 37), p. 192 con notas adicionales (comportamiento individual como desencadenante de la responsabilidad); *Estellita* (supra nota 16), p. 66 („decisões e

el elemento de comportamiento – recordando a *von Savigny*⁴⁵ –.⁴⁶

En ese sentido, también en el derecho angloamericano („common law“), favorable al modelo de organización, se reconoce que una empresa tendría que actuar „por medio de personas vivas“ („through living persons“⁴⁷). Según Colvin, el colectivo actuaría „como una entidad real“ („as real entity“) por medio del conjunto de sus trabajadores⁴⁸ (de lo cual también surgiría su imputabilidad así como su capacidad de ser sancionada penalmente)⁴⁹. En el marco de su investigación acerca de la responsabilidad de la empresa como consecuencia de la imputación del comportamiento (punible) de sus directivos en el derecho angloamericano (especialmente, australiano) Solaiman y Langsted parten de que una „corporación es incapaz de hacer algo, mucho menos cometer un delito, sin sus agentes humanos“⁵⁰; la empresa actuaría por medio de la suma de sus trabajadores, cuyo conocimiento agregado („aggregate“) representaría al mismo

comportamientos de pessoas naturais“). Sin embargo, los defensores de un enfoque meramente consecuencialista como, por ejemplo, *Long*, ICLR 17 (2017), 997 (1014 ss.), supra nota 37, no se plantean esa cuestión.

⁴⁵ Supra nota 38.

⁴⁶ En ese sentido la crítica en *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (81) respecto a la fundamentación sistémica de la responsabilidad, que en última instancia acabaría en una ficción jurídica („corporate knowledge“ o incluso „intent“ ficticia, inexistencia de una relación actual entre un conocimiento/voluntad colectivo agregado y la acción del injusto, inexistencia de una capacidad de reflexión sobre el injusto).

⁴⁷ Fundamental House of Lords, *Tesco Supermarkets Ltd. v Nattras*, [1972] AC 153, 170 (Lord Reid): „A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must *act through living persons*, though not always one or the same person“. (Resaltado del autor); igualmente *Simester et al.*, *Simester and Sullivan's Criminal law: theory and doctrine*, 6^o ed. 2016, p. 288 („[...] gateway to corporate liability [...] through the conduct [...] of persons connected with the company“).

⁴⁸ Respecto a la correspondiente „theory of aggregation“ cfr. por ejemplo *Simester et al.* (supra nota 47), p. 285 s. („faults of any two or more persons associated with the company may be aggregated and attributed *in toto* to the company“; es decir se trata de la fundamentación subjetiva de la responsabilidad, de una „corporate guilt“ [Resaltado en el original]).

⁴⁹ *Colvin*, CLF 6 (1995), 1 (18 ss., 23 ss., el colectivo tendría un deber de configurar las estructuras organizacionales que eviten delitos; si omitiera ello, sería responsable a causa de su „organisational responsibility“ [al respecto y sobre la corporate negligence 25 ss.]; el ámbito subjetivo del hecho [„mental state“] se derivaría de la corporate culture o policy [31 ss.]; v. su propuesta de ley p. 40 s.).

⁵⁰ *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (129, 130, 137, 144). Texto original: „corporation is unable to do anything, let alone commit an offence, without its human agent [...]“.

tiempo el tipo subjetivo⁵¹. En un ámbito práctico los memorandos de los ex Fiscales Generales adjuntos de los Estados Unidos Eric Holder (2009–2015) y Sally Quillian Yates (2015–2017) resaltan el comportamiento de los miembros del colectivo⁵², y especialmente el Memorando de Yates contiene referencias prácticas sobre la persecución más eficiente del personal directivo.⁵³ En el caso de autores cercanos al círculo jurídico europeo-continental („civil law“) puede leerse algo similar. En el modelo holístico de Stoitchkova la imputación al colectivo como tal se produce como consecuencia de una „aggregation“ de los aportes al hecho de sus miembros⁵⁴. Adam se decide en el resultado por un modelo de atribución modificado, el cual es combinado con una responsabilidad por omisión y organización y con lo cual no deja mucho de su anteriormente defendido enfoque sistémico; no obstante, se renuncia a la condena de la persona natural.⁵⁵

Sin embargo, si esto es así, es decir, si los colectivos se componen de personas naturales y actúan mediante ellas, entonces, a pesar de una extrema normativización los teóricos de una „personalidad de la empresa“ („corporate personality“) independiente – es decir, el colectivo como una persona social (con capacidad de acción, de injusto y de ser penada) – tampoco ignoran el hecho naturalístico de que incluso la interacción más elaborada de personas en un

⁵¹ *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (130, con referencia a Denning L J en House of Lords, *H L Bolton (Engineering) Co Ltd v T J Graham & Sons Ltd*, [1957] 1 QB 159, 172 tal como es citado en Supreme Court of South Australia, *The Queen v Goodall* (1975) 11 SASR 94, 112: la empresa „in many ways be likened to a human body“ con algunos trabajadores, quienes serían „nothing more than hands to do the work“ mientras que los directivos serían „who represent the directing mind and will of the company, and control what it does“) y 156 s. (con referencia a U.S. District Court for the District of Massachusetts, *US v Bank of New England* 821 s. 2d 844, 854 [1st Cir 1987]: conocimiento del banco como „sum of the knowledge of all of the employees“).

⁵² Holder Memorandum, p. 4 („corporation can only act through natural persons [...]“); Yates Memorandum, p. 1 ss. („individual accountability for corporate wrongdoing“ [p. 1], „[...] investigations should focus on individuals from the inception of the investigation“ [Punto 2, p. 4]).

⁵³ Yates Memorandum, p. 1 ss.; al respecto v. *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 424 („golpe de timón en el American Way de afrontar la delincuencia de empresa“).

⁵⁴ *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 113 ss. („combined acts or omissions of individual agents where each act or omission is in itself insufficient“ [114]), con lo que entiende los posibles aportes al hecho de una manera amplia en el plano objetivo [134–137] y exige subjetivamente una „constructive corporative fault“ [118–121] así como dolus eventualis e imprudencia [121–134]). Similar *Thurner* (supra nota 5), p. 259, 277 („Imputación de la culpabilidad del órgano como culpabilidad propia“, culpabilidad de los „trabajadores“).

⁵⁵ *Adam* (supra nota 8), p. 225 ss. (225), 233 s.; respecto a su enfoque esencialmente sistémico teórico ya supra nota 39.

complejo colectivo e interpretada desde la perspectiva de la sociología de la organización no transforma a esas personas en máquinas ni al colectivo en una persona con todas las características específicas de la personalidad (así como la inteligencia artificial más desarrollada tampoco convierte una máquina en una persona).⁵⁶ Con ello no se niega la existencia de una específica cultura corporativa („corporate culture“) producto de la cooperación sistémica y la interacción de personas naturales organizadas en la forma de un colectivo, pero el colectivo es y sigue siendo „persona“ solo en un mero sentido jurídico, „sin una realidad trascendente más allá del ámbito meramente legal“.⁵⁷

Entre los teóricos de la personalidad autónoma del colectivo⁵⁸ *Carlos Gómez-Jara*⁵⁹ defiende la posición quizás más radical. Él sostiene – con base en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos – un concepto constructivista de la culpabilidad empresarial⁶⁰, como resultado de lo cual se distingue⁶¹ entre personas jurídicas imputables e imputables y se hace depender la imputabilidad – tanto en el caso de personas naturales como jurídicas – de la „autorreferencialidad“⁶². La cuestión de si ésta se halla lo suficientemente desarrollada para la afirmación de la imputabilidad dependería de la complejidad interna de la persona jurídica⁶³. Esta complejidad sería el fundamento de la

capacidad de autoorganización, autodeterminación y autodirección, de lo cual se derivaría la „competencia sobre su ámbito de organización“⁶⁴ y la correspondiente responsabilidad por su aseguramiento⁶⁵; esto constituiría un equivalente funcional de la capacidad de acción propia de la persona natural.⁶⁶ Si bien Gómez-Jara reconoce las acciones de personas naturales en el marco de las personas jurídicas⁶⁷, considera que ello „no es lo propio de la persona jurídica“⁶⁸. En ese sentido, solo constituirían presupuestos no identificables con el injusto realizado por medio del defecto de organización.⁶⁹ Lo decisivo para la determinación del injusto de la persona jurídica sería únicamente el ejercicio deficitario de la libertad de autoorganización⁷⁰ y el

autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno“); *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290 (309) („autorreferencialidad como consecuencia de una suficiente complejidad interna“).

⁶⁴ *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. 10 (2010), 455 (461) („cierta competencia sobre su ámbito de organización“, [resaltado en el original]); *el mismo*, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez (eds.), Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, p. 121 („una determinada competencia o posición de garante sobre su propio ámbito organizativo“, [resaltado en el original]).

⁶⁵ *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 290 (324, 325 ss., libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias).

⁶⁶ *Gómez-Jara Díez* (supra nota 64 – Tratado), p. 122.

⁶⁷ *Gómez-Jara Díez* (supra nota 64 – Tratado), p. 109; con más detalle *el mismo* (supra nota 64 – Tratado), p. 135 ss.

⁶⁸ *Gómez-Jara Díez* (supra nota 64 – Tratado), p. 136 („no es lo propio de la persona jurídica“ [resaltado en el original]).

⁶⁹ *Gómez-Jara Díez* (supra nota 64 – Tratado), p. 109: „la persona jurídica [...] no responde por dichos presupuestos – es decir, acciones u omisiones de personas físicas – sino [...] por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad)“; cfr. también (en el marco de la proscripción de una responsabilidad por hechos ajenos) *ibid.*, p. 135: „Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, los comportamientos de personas físicas sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas pero no como su fundamento“ (resaltado en el original).

⁷⁰ *Gómez-Jara Díez* (supra nota 64 – Tratado), p. 140 „[...] la persona jurídica tiene una libertad de autoorganización que puede utilizar correcta o defectuosamente. Cuando dicha libertad es utilizada de modo defectuoso, se produce un defecto de organización, que desde la perspectiva jurídico-penal constituye su injusto propio. O expresado de otra manera, lo que una persona jurídica „hace“ es organizarse. Y dicha organización puede ser correcta o defectuosa. La persona física actúa, precisamente en el marco de esa organización correcta o defectuosa. Cuando la persona física actúa delictivamente dentro de una organización correcta, no se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica. Sin embargo, cuando se produce dicha

⁵⁶ V. también *Dandekar/Kunz*, Bioinformatik. Ein einführendes Lehrbuch, 2017, p. 203 ss.

⁵⁷ *Simester et al.* (supra nota 47), p. 288 (con referencia a *Hart*). Texto original: „with no transcendent reality beyond the merely legal realm“. La opinión de Lord Hoffman que allí se cita y que se remonta al empirismo inglés referida a que „there is no such thing as the company itself“ queda sin embargo demasiado rezagada respecto a los conocimientos actuales de la sociología de la organización, a los cuales se hará referencia a continuación en el texto principal.

⁵⁸ Ya con anterioridad, sin embargo, con una menor elaboración desde una perspectiva de la sociología de la organización *Dannecker*, GA 2001, 101 (108 s., 111, 116 s., empresas como „sujetos sociales reales, autónomos“ con una capacidad de acción fundamentadora de un injusto, aunque con su constitución jurídica como condición de su imputabilidad penal).

⁵⁹ Cfr. en especial *Gómez-Jara Díez*, La culpabilidad penal de la empresa, 2005; resumidamente en alemán *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290.

⁶⁰ *Gómez-Jara Díez* (supra nota 59), p. 201 ss.; *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290 (293 ss., 302 ss., la organización como sistema autopoietico que se reproduciría por sí misma). Crít. *Cigüela Sola* (supra nota 37), p. 189 ss., 382 s. (según el cual, la perspectiva de la sociología de la organización pasaría por alto la diferencia entre el „ser social“ y el „deber-ser normativo“).

⁶¹ *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. 10 (2010), 455 (455 ss.).

⁶² *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. 10 (2010), 455 (456 s.); *el mismo* (supra nota 59), p. 242 ss.

⁶³ *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. 10 (2010), 455, (457, „la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la

cuestionamiento subyacente de la norma penal.⁷¹ De manera similar, *Ortmann*⁷², desde una perspectiva de la teoría de la organización, se ha basado recientemente en el grado de autoorganización y la autonomización de las organizaciones para fundamentar la capacidad de acción de éstas, independiente de sus miembros – actuación que „*pasa a través* de la actuación de sus miembros individuales“ –.⁷³ El comportamiento organizacional podría ser entendido como una „causación imputable“ (socialmente relevante) en el sentido de *Jakobs*⁷⁴ – quien no obstante rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷⁵ –.⁷⁶ Las organizaciones, en especial las empresas, actuarían como „actores corporativos“; si bien el „surgimiento“ de su capacidad organizacional de acción y responsabilidad se construiría sobre la base de acciones individuales y la responsabilidad individual, sin embargo, no se reduciría a ello⁷⁷. La acción corporativa sería una realidad, y solo una ficción en el sentido de una producción de consecuencias

actuación delictiva en el seno de una organización defectuosa, entonces sí se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica“. (resaltado en el original). Cfr. también *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290 (330 ss.).

⁷¹ La capacidad para ese cuestionamiento se sigue de nuevo de la propia complejidad de la respectiva empresa, lo cual posibilitaría su capacidad para participar en el discurso público sobre normas en el sentido de un „good corporate citizen“; *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 290 (315 s., 327 ss.).

⁷² *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (241).

⁷³ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (241 s., resaltado en el original).

⁷⁴ *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992, 1992, p. 29 (respecto a la relevancia social del concepto de acción – como elemento conector entre sociedad y derecho penal, que consistiría en „hacer comprensible el mundo social“ – *ibid.*, 12, 27 ss., 45 s.).

⁷⁵ A favor del reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2º ed. 1991, 6/44 s. („determinación valorativa del sujeto de imputación“, „Output“. „Conformidad constitucional de las actuaciones del órgano“ [de la persona jurídica] como sus propias acciones); la explícita finalidad de esa perspectiva con referencia a la „relatividad de la personalidad“ sin embargo *el mismo*, en: Prittwitz/Baurmann/Günther (eds.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, p. 559, 560 con nota 7, 561 ss. (donde él enfatiza especialmente la diferencia entre la persona jurídica y natural y rechaza una adscripción en el ámbito de la acción, así como una transferencia de la culpabilidad).

⁷⁶ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (243, „Organizaciones como los ‚colaboradores imputables‘ de los modernos [...] con lo cual es por mucho la mayor potencia.“, resaltado en el original).

⁷⁷ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (243 s.).

prácticas y reales, de la causación imputable como „interconexión cíclica de autodescripción y heterodescripción, por una parte, y de autoimputación y heteroimputación de la decisión, la actuación y la comunicación, por otra parte ...“⁷⁸. La culpabilidad de la acción organizacional radicaría en la decisión contraria al Derecho a pesar de la existencia de una „posibilidad de actuar de un modo distinto“; ello tendría que orientarse por la „capacidad de acción y por la responsabilidad“ específicas de la persona jurídica, es decir, una „responsabilidad empresarial“ („corporate responsibility“), y no por un concepto de culpabilidad derivado de la dignidad humana.⁷⁹ La culpabilidad por organización sería precisamente „la culpabilidad de la organización“⁸⁰. Por lo demás, tendría que distinguirse entre un defecto de organización – meramente imprudente – y una realización – dolosa – de fines u objetivos empresariales por medio de un comportamiento punible –“un objetivo organizacional“–.⁸¹

En el *modelo de la atribución*, la responsabilidad se vincula – de un modo igualmente derivado – al comportamiento (relacionado con el negocio)⁸² del miembro de la empresa. Aquí, sin embargo, la asunción de la subsistencia de una responsabilidad del correspondiente miembro⁸³ – más allá de la absolutamente controvertida cuestión sobre su fundamentación⁸⁴ (contingente a la organización interna de la empresa) y sobre la que aquí no se profundizará – conduce a una duplicación o acumulación de la responsabilidad – responsabilidad paralela del trabajador y de la empresa – difícilmente justificable desde una

⁷⁸ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (245 s.).

⁷⁹ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (246 s.).

⁸⁰ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (248, resaltado en el original).

⁸¹ *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 (248).

⁸² Sobre el concepto v. ya nota 36 y texto principal.

⁸³ A favor ya v. *Gierke* (supra nota 38 p. 769 „sanción simultánea de los titulares o cotitulares de los órganos culpables individualmente“); asimismo desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Thurner* (supra nota 5), p. 263, 276 s., 282; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum, p. 2; *Dannecker*, GA 2001, 101 (124); *Vogel*, en: Kempf (supra nota 20), p. 213 s.; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (142 ss., 148 ss., quienes, en contra de la jurisprudencia angloamericana dominante, quieren hacer responsables a los directivos como „principal“ y no solo como „accomplice“); asimismo Rat der Europäischen Union, Entwurf von Schlussfolgerungen des Rats über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rats im Bereich des Strafrechts, 16542/2/09 REV 2, JAI 868 DROIPEN 160, 27.11.2009, p. 10 así como Art. 121–122 párr. 3 CP (responsabilidad penal del respectivo trabajador permanece intacta).

⁸⁴ Sobre ello recientemente *Utz*, Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, 2016; desde una perspectiva del derecho comparado *Estellita* (supra nota 16), p. 37 ss. y *passim* (especialmente la referencia a la discusión brasileña, alemana y española con amplias referencias).

perspectiva dogmática.⁸⁵ Si la imputación presupone el control o dominio, entonces surge el problema de que a menudo las empresas no dominan suficientemente a sus trabajadores (órganos)⁸⁶, aunque tanto las premisas como la configuración concreta del dominio exigen una discusión más detallada.

Desde una perspectiva práctica se discute ante todo si bastaría con el comportamiento punible de cualquier trabajador de la empresa (modelo del motivo, vicarious liability)⁸⁷ o si sería necesario que ese comportamiento haya sido realizado por un directivo („directing mind“⁸⁸, teoría de

la identificación o teoría del *alter-ego*)⁸⁹. En última instancia, se requiere de ambos enfoques (modelo dual), porque tanto un directivo⁹⁰ como cualquier otro trabajador pueden actuar⁹¹, pero ha de distinguirse las exigencias en caso de una imputación a la empresa o a cargo de ella: en el caso de un directivo, éste actúa como si se tratara del colectivo mismo y su comportamiento (punible) es al mismo tiempo el del colectivo⁹²; en el caso de otro trabajador, su comportamiento puede imputarse directamente al colectivo (cuando aquél ha actuado en el marco de su competencia) o como infracción del deber de vigilancia (en caso de un hecho excesivo)⁹³,

⁸⁵ Crít. sobre todo *Jakobs* (supra nota 75 – FS Lüderssen), 565, según el cual una adscripción del comportamiento del órgano (trabajador) a la empresa presupondría que dicho comportamiento le fuera excluido a aquél, puesto que quedaría consumido mediante la adscripción; igualmente crít. *Weigend*, JICJ 6 (2008), 927 (933, „split of personality“); *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 28; en contra ya *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1173), (culpabilidad de organización como „culpabilidad previa“ del colectivo); *el mismo* (supra nota 40), p. 181 (distintos sujetos de imputación); *Vogel*, en: Kempf (supra nota 20), p. 207 con nota 8 (según el cual en el ámbito de la participación una adscripción del autor principal al partícipe también tendría lugar sin la exclusión del comportamiento respecto de éste y que tendría que concederse primacía a los argumentos político criminales; con referencia a la exposición de motivos en el ámbito suizo); v. también *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 298, para quien el modelo de atribución abonaría más bien a una responsabilidad alternativa y, por eso, no fundamentaría satisfactoriamente una sanción simultánea del órgano y de la persona jurídica (además, en el contexto de su análisis de la legislación española, señala que „el carácter acumulativo de la responsabilidad puede resultar especialmente criticable en los casos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones“, p. 337, con nota al pie 30). El problema también es conocido en el derecho angloamericano, cfr. *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (142 s.) con referencia a la decisión contenida en Supreme Court of South Australia, *The Queen v Goodall* (v. nota 51), donde Bray CJ hablaba de „some sort of metaphysical bifurcation or duplication of one act by one man“, „so that it is in law both the act of the company and the separate act of himself as an individual“, pero consideraba esto en el resultado como irrelevante ((1975) 11 SASR 94, 99 s.).

⁸⁶ *Schünemann* (supra nota 37), p. 431; a favor *Weigend*, JICJ 6 (2008), 927 (937).

⁸⁷ Al respecto *Colvin*, CLF 6 (1995), 1 (6 ss.); *Vogel*, en: Kempf (supra nota 20), p. 210.

⁸⁸ Respecto al origen en la jurisprudencia inglesa cfr. *Kuntz* (supra nota 20), p. 165 ss.; sobre el asunto igualmente el Model Penal Code (MPC) de los EE.UU, que hace depender la responsabilidad penal de que „the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting on behalf of the corporation within the scope of his office or employment“. (§ 2.07 [1] [c]

Official Draft 1962); a favor también *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 22; igualmente en el ámbito de la Unión Europea, la posición del Consejo, según la cual la responsabilidad jurídico penal de una persona jurídica es posible cuando los delitos „fueron cometidos a su favor por una persona que ha actuado individualmente o como parte de un órgano de la persona jurídica y que [...] ostenta [...] una posición directiva [...]“ (Rat der Europäischen Union [supra nota 83], p. 9 s.). Respecto a la compleja definición abstracta de los directivos cfr. *Dannecker*, GA 2001, 101 (122 s.); para una definición v. *Kölner Entwurf* (supra nota 18), p. 3 (§ 1 párr. 4).

⁸⁹ Sobre esto *Colvin*, CLF 6 (1995), 1 (8 ss.); *Adam* (supra nota 8), p. 192 ss.; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129 (131, así como ya las referencias de la jurisprudencia supra nota 51); crít. desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Thurner* (supra nota 5), p. 256 s.; crít. sobre la fundamentación de la imputación desde el punto de vista del derecho comparado *Heine* (supra nota 15), p. 221 s.

⁹⁰ Donde la definición del „level of authority“ tiene que manejarse de modo flexible y debería reflejar la „wide variety of decision-making systems in legal persons“, cfr. OECD, 2009, párr. 2 b.

⁹¹ Igualmente, *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 (128, planteamiento de identificación para el ámbito directivo y la culpabilidad por organización para los niveles medio/inferior); igual en el resultado desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Dannecker*, GA 2001, 101 (118, „comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan para el colectivo“).

⁹² Cfr. House of Lords, *Tesco Supermarkets*, supra nota 47: „[...] the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company [...]. He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the *persona* of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company“. Cfr. también *Zerbes* (supra nota 24), p. 232 s.

⁹³ *Zerbes* (supra nota 24), p. 233; en este sentido también UK Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, según el cual un colectivo es responsable de la muerte de una persona, cuando esto puede atribuirse a un „gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased“, cfr. sección 1, disponible en www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/section/1 (14.11.2018); igualmente *Kyriakakis*, NILR 56 (2009), 333

siempre que allí se manifieste la ya mencionada culpabilidad por organización como consecuencia de una organización deficiente o de una ética empresarial⁹⁴ ausente⁹⁵. Por un lado, el comportamiento criminal del trabajador constituye en cualquier caso un indicio de la responsabilidad de la empresa, por otro lado, ello depende de forma decisiva de la organización de la empresa, por lo cual el modelo de la atribución desemboca en un „modelo organizacional oculto“ („hidden organisational model“)⁹⁶ o resulta equiparable a un modelo de „responsabilidad estructural“⁹⁷. En ese sentido,

(365, „organisational model for the attribution of criminal fault to the corporation“). Respecto a la decisión de actuar en el marco de la competencia y excesivamente también *Dannecker*, GA 2001, 101 (118).

⁹⁴ Supra nota 40 ss. y texto principal.

⁹⁵ Cfr. desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico *Dannecker*, GA 2001, 101 (119, 121); *Tiedemann* (supra nota 40), p. 181 (imputación del comportamiento del órgano complementado con el elemento colectivo de la organización consistente en un defecto de organización y de vigilancia). Esto corresponde al § 130 OWiG, según el cual la infracción (dolosa o imprudente) del deber de vigilancia del empresario en caso de comisión simultánea de una „contravención“ (condición objetiva de la punibilidad) tiene un efecto fundamentador de la responsabilidad con base en su falta de vigilancia (omisión propia y peligro abstracto), cfr. más detalladamente *Rogall* (supra nota 36), § 130 nm. 17 ss., 38 ss.; *von Galen/Maas* (supra nota 36), § 130 nm. 54 ss. Cfr. también respecto a la punibilidad por corrupción OECD, 2009, B), párr. 2 b. tercer guión („A person with the highest level managerial authority fails to prevent a lower level person from bribing [...]“).

⁹⁶ Debo esta idea a una acotación en la discusión realizada por *Carsten Momsen* en el marco del Simposio realizado en Berlín mencionado en la presentación. Similar también *Thurner* (supra nota 5), p. 277 cuando propone una „imputación penal combinada a la empresa“.

⁹⁷ A favor de ello, con base en su rechazo de una culpabilidad propia de la organización (nota 37) *Cigüela Sola* (supra nota 37), p. 291 ss., 384 ss. (según el cual „aquellas personas jurídicas de organización suficientemente compleja, en cuyo seno se haya cometido un delito que se coexplique, en mayor o menor medida, por la influencia de factores criminógenos que lo han facilitado o promovido, radicados en el contexto de interacción que la organización ofrece, y que constituirían un ‚injusto estructural/objetivo‘ valorado negativamente por el Derecho“, p. 384 s.). El modelo de „responsabilidad estructural“ constituiría un „nuevo ‚subsistema‘, análogo al ‚subsistema de medidas de seguridad‘ [...] diferenciado] del ‚Derecho penal nuclear‘, con sus propios principios y reglas“, p. 386). Similar *Silva Sánchez* (supra nota 11), p. 358 ss. cuando (al analizar la regulación española) señala que las „dinámicas de grupo internas“ conformarían una „realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos“, es decir un „estado de injusto“ entendido como „injusto sistémico“ (p. 359), en donde lo fundamental residiría en que el hecho antijurídico de la persona física manifieste „un

también es importante observar que la culpabilidad por organización – en correspondencia con la nueva situación legal francesa⁹⁸ – puede ser presumida cuando una empresa no ha instaurado un programa de compliance, en especial respecto a posibles riesgos para los derechos humanos^{99,100}. Sin embargo, esto significa a la inversa que en caso de un compliance perfecto habrá de reconocerse a la empresa una „defensa basada en una debida diligencia“ („due diligence defence“¹⁰¹); en otras palabras, el cumplimiento (casi) perfecto de los deberes de diligencia respecto a los derechos humanos actúa, es decir, algo así como una „distancia prudencial“ respecto a la responsabilidad penal de la empresa¹⁰².

Adicionalmente a ello, se discute si tiene que probarse el delito concreto e identificar al trabajador o si, en cambio, basta con que se haya cometido un delito desde la empresa – en el sentido de la mencionada „responsabilité diffuse“¹⁰³ del

estado de defectuosa organización de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido“ (p. 360). Dicho injusto no daría lugar a una culpabilidad habilitante de penas *stricto sensu*, pero sí representaría una base fáctica suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (de la mano de un „juicio de pasado“, „juicio de presente“ y „juicio de futuro“, p. 360 s.), las cuales serían entendidas como un caso de la „segunda velocidad del Derecho Penal“ (p. 364 s.). A favor de una regulación para-penal („parastrafrechtlich“) basada en el concepto de responsabilidad por las consecuencias („Folgenverantwortungsdialog“) *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 29 s.

⁹⁸ Loi no. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre (1).

⁹⁹ Ibid, Art. 1 párr. 4: „[...] mesure de vigilance [...] à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droit humains [...]“.

¹⁰⁰ En caso de que uno de ellos no hubiese sido creado luego de tres meses, la empresa puede ser obligada a ello, a pedido de cualquier persona con un interés justificado (ibid, Art. 1 penúltimo párr.).

¹⁰¹ Cfr. también *Simester et al.* (supra nota 47), p. 289 con referencias adicionales en nota 129; *Kathollnig* (supra nota 10), p. 49 (exclusión de la responsabilidad penal con base en la existencia de compliance); *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 1 (9); *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 29 s.; respecto a las posibles medidas (preventivas) de compliance con efectos excluyentes de la pena (de la mano del caso Nestlé) cfr. *Müller-Hoff/Schmidt*, juridikum 2012, 261 (265 s.).

¹⁰² *Kathollnig* (supra nota 10), p. 251.

¹⁰³ Cfr. Art. 121-2 Code Penal (CP) („responsables [...] des infractions commises [...] para leur organs ou representants“; al respecto *Walther*, GA 2015, 682 [682, 683, 691], donde ésta, sin embargo, no se halla restringida de manera explícita a los directivos [“organs our representants”] y la jurisprudencia ha abogado por una “responsabilite diffuse” renuncia a una persona natural identificable), Ibid, 692.

ámbito francés –.¹⁰⁴ A favor de esto habla no solo que toda necesidad de individualización o identificación conduce precisamente a problemas de comprobación („corporate veil“)¹⁰⁵, los cuales serían evitados mediante una responsabilidad autónoma de las empresas¹⁰⁶, sino también que la ausencia de identificación se debe a la organización defectuosa y por eso ha de ser soportada por la empresa.¹⁰⁷

Desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional habla a favor del modelo de atribución que este sería más compatible con la orientación individual del ECPI. En ese sentido, el modelo propuesto por la delegación francesa de la CPI en 1998¹⁰⁸ también representa un estricto *modelo de*

¹⁰⁴ Así Engelhart, (supra nota 10), p. 186 s., que en general considera a la(s) persona(s) natural(es) y jurídica(s) como sujetos de imputación independientes entre sí, donde el comportamiento de aquellas tendría que evaluarse „in the corporate context“ pero no tendría que ser imputable a una persona determinada. Más bien bastaría con que se demostrara que algún empleado ha cometido el hecho y existiera una correspondiente infracción de la supervisión de la persona jurídica. Igualmente, Thurner (supra nota 5), p. 263 s. (basta la imputación objetiva del comportamiento descuidado a la empresa); igualmente desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 2001, 101 (118). Crít. por ejemplo, Weigend, JICJ 6 (2008), 927 (934, „[...] if an individual offender becomes a mere fiction, so does the model itself“).

¹⁰⁵ Cfr. ya supra nota 16 con el texto principal.

¹⁰⁶ Acertadamente Weigend, JICJ 6 (2008), 927 (933); crít. también Meyer, ZStrR 131 (2013), 56 (80), según el cual el modelo de la atribución compartiría los problemas de responsabilidad asociados a la responsabilidad individual como consecuencia de recurrir a la responsabilidad del trabajador.

¹⁰⁷ Cfr. también Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014, Erwäg. [considerando] 3.4.3. („[...] l'existence de carences d'organisation et que celles-ci empêchent d'imputer celle-là à une personne physique déterminée au sein de l'entreprise“).

¹⁰⁸ UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2, 251 s., „WORKING PAPER ON ARTICLE 23, PARAGRAPHS 5 AND 6.

5. Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute.

Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgement over a juridical person for the crime charged, if:

(a) The charges filed by the Prosecutor against the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and

(b) The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national

law of the State where the juridical person was registered at the time the crime was committed; and

atribución individual-accesorio, pues el comportamiento del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad del colectivo requeriría de la condena de aquél; es decir, la responsabilidad penal individual se convierte en el punto de partida de la imputación. Pero con ello, son reimportados al Derecho Penal Internacional Económico los problemas de la responsabilidad individual especialmente virulentos en el Derecho Penal Económico („corporate veil“)¹⁰⁹. Es decir, la responsabilidad podría fracasar debido a la imposibilidad de que el hecho cometido desde la empresa sea imputado concretamente a alguno de sus trabajadores. Por otro lado, el modelo francés – que sigue la denominada doctrina de la identificación – está limitado a los miembros del nivel directivo de la persona jurídica, es decir, a los „directing minds“¹¹⁰. Si bien esta limitación puede explicarse por el hecho de que solo los directivos de una empresa –a modo de un alter ego– son quienes la representan y, por eso, pueden fundamentar su injusto y culpabilidad¹¹¹; sin embargo, con ello se deja completamente de lado el comportamiento de otros trabajadores, relevante en el ámbito del Derecho Penal Internacional – a diferencia del enfoque dual que aquí se defiende –. De todos modos, a favor de una restricción a los directivos habla desde una perspectiva procesal penal internacional el que con ello se tendría en cuenta el principio de la persecución de los „más responsables“ („most

(c) The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of

that juridical person and in the course of its activities; and

(d) The natural person has been convicted of the crime charged. For the purpose of this Statute, „juridical person“ means a corporation whose concrete, real or dominant objective is seeking private profit or benefit, and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organization registered under the national law of a State as a non-profit organization.

6. The proceedings with respect to a juridical person under this article shall be in accordance with this Statute and the relevant Rules of Procedure and Evidence. The Prosecutor may file charges against the natural and juridical persons jointly or separately. The natural person and the juridical person may be jointly tried. If convicted, the juridical person may incur the penalties referred to in article 76. These penalties shall be enforced in accordance with the provisions of article 99” (nota al pie suprimida).

¹⁰⁹ Crít. en ese sentido también Clapham, JICJ 6 (2008), 899 (915 ss., 917: „difficulties connected to any supposed need to first find an individual perpetrator“, con referencia a Kyriakakis, JICJ 5 (2007), 809 (825); Engelhart (supra nota 10), p. 187; contra una persecución o condena de la persona natural también OECD, 2009, B) párr. 1.

¹¹⁰ Igualmente, Stoitchkova (supra nota 10), p. 110 s.

¹¹¹ Cfr. Colvin, CLF 6 (1995), 1 (8 ss.); Dannecker, GA 2001, 101 (122, reconocimiento de un propio injusto y de una propia culpabilidad de la organización, lo cual justifica la imposición de una pena solo en caso de un comportamiento de directivos).

responsable¹¹²); no obstante, esa consideración desatiende el hecho de que en última instancia se trata de la responsabilidad colectiva (de la empresa) y la persecución de los trabajadores (directivos) solo sirve como acceso („gateway“) para ello¹¹³.

II. Formas de intervención punible

La praxis jurídica distingue entre una intervención en calidad de autor y una intervención carente de esa condición.¹¹⁴ Ello puede traducirse en clave jurídico-penal, y siguiendo el modelo diferenciador (terminológico-funcional) del Art. 25 ECPI¹¹⁵, como una autoría (Art. 25 párr. 3 [a]) y una participación (Art. 25 párr. 3 [b]–[d]). A la complicidad le corresponde una especial importancia práctica.¹¹⁶ La responsabilidad del superior en el sentido del Art. 28 ECPI podría venir en consideración para la responsabilidad (*commission par omission*) por autoría (omisiva), en todo caso, siempre que se trate de la responsabilidad por las consecuencias dañosas provocadas por los subordinados¹¹⁷.

1. Responsabilidad en calidad de autoría

Una responsabilidad en calidad de autoría por un hacer activo vendría en consideración en los – seguramente pocos – casos en los que trabajadores mismos de la empresa cometen crímenes internacionales – como autores que actúan directamente (Art. 25 [3] [a] Alt. 1 ECPI) –, conjuntamente (Art. 25 [3] [a] Alt. 2 ECPI) o por medio de otro (Art. 25 [3] [a] Alt. 3 ECPI). La última de las modalidades mencionadas, es decir, la *autoría mediata*, permite imputar al personal directivo los delitos de quienes actúan directamente, siempre que, con base en la *teoría del dominio de la organización*¹¹⁸, se considere admisible una autoría mediata respecto de

ejecutores del hecho plenamente responsables¹¹⁹. Si bien en el ámbito del Derecho Penal Internacional esta forma de imputación ha sido reconocida por parte de la jurisprudencia de la CPI¹²⁰, sin embargo, ello solo ha sucedido en relación con el comportamiento de actores estatales o no estatales (paramilitares) en el marco de conflictos armados y, precisamente, sin relación con la criminalidad de empresa. Incluso si, de acuerdo con la jurisprudencia alemana de la instancia más alta¹²¹, se quiere trasladar esa teoría –en contra de Roxin, su *spiritus rector*¹²² – a esta área, ello requiere de un esfuerzo considerable para fundamentar convincentemente un dominio de la dirección respecto de los hechos de los trabajadores de la empresa o de terceros que actúan como ejecutores directos. Aquí se trata menos de la comprobación del – de por sí prescindible¹²³ – criterio del apartamiento del derecho¹²⁴, que de la cuestión referida a si la respectiva empresa está organizada vertical y jerárquicamente, de forma tal que pueda partirse realmente de un dominio sobre el ejecutor del hecho plenamente responsable – por medio de la estructura organizacional –.

Pero en el caso de una eventual *responsabilidad en coautoría* también podría resultar difícil la comprobación de una autoría funcional¹²⁵. Una responsabilidad conjunta en sentido amplio –con base en la „common purpose liability“ reconocida en el Derecho Internacional y que ha adquirido una gran relevancia¹²⁶ en los Tribunales Ad Hoc de la ONU

¹¹² Al respecto ICC/OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15.9.2016, párr. 42 s.; al respecto también *Ambos*, en: Ackermann/Ambos/Sikirić, (eds.), *Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška*, 2016, p. 24, 44 s., 48 con notas adicionales (en español v. *el mismo*, en: Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castifeira Palou [eds.], *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 9 ss., 13).

¹¹³ Cfr. ya *Simester et al.* (supra nota 47), p. 188.

¹¹⁴ Cfr. *Ambos* (supra nota 1), p. 29 ss.

¹¹⁵ Cfr. *Ambos*, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5º ed. 2018, § 7 nm. 13, 17 ss.; *el mismo*, *Treatise on International Criminal Law Vol. I*, 2013, p. 144 ss.

¹¹⁶ Cfr. *Ambos* (supra nota 1), p. 30 ss.

¹¹⁷ Para una distinción entre una responsabilidad en calidad de autoría con base en una omisión impropia (comisión por omisión) y una responsabilidad en calidad de participación debido a la infracción de un deber de vigilancia y la omisión de denunciar un delito cfr. §§ 4, 14, 15 VStGB.

¹¹⁸ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9º ed. 2015, p. 242 ss., 736 ss.; *el mismo*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2*, 2003, § 25 nm. 105 ss.

¹¹⁹ Para una discusión v. *Meini*, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus empresarios*, 2003, p. 181 ss. así como *Urquizo*, en: Pariona (ed.), *Veinte años de vigencia del Código Penal Peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2012, p. 245 ss.; recientemente *Caro*, en: *Ambos/Caro/Urquizo* (supra nota 11).

¹²⁰ Cfr. *Ambos* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*) § 7 nm. 25; *el mismo*, en: Triffterer/Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, 3º ed. 2016, Art. 25 nm. 13 s.

¹²¹ Así ya la „sentencia sobre los disparos en el muro“ BGHSt 40, 218 (236); posteriormente BGHSt 48, 331 (342); 49, 147 (163 s.); NSTZ 1998, 568; JR 2004, 245 (246).

¹²² *Roxin* (supra nota 118 – *Täterschaft*), p. 748 ss.; *el mismo* (supra nota 118 – *AT*), § 25 nm 129 ss.

¹²³ *Ambos*, GA 1998, 226 (241 s., 245); *el mismo*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2º ed. 2004, p. 606 ss. con notas adicionales (en español v. *el mismo*, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, 2005, p. 234 ss.).

¹²⁴ Insistiendo en ello también con respecto a las empresas económicas *Roxin* (supra nota 118 – *AT*), § 25 nm. 130.

¹²⁵ Cfr. también *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (880); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (869).

¹²⁶ Cfr. *Ambos* (supra nota 115 – *Treatise*), p. 123 ss., 160 ss. 172 ss.; *el mismo* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*), § 7 nm. 19, 30 ss. Sin embargo, en el Estatuto de la CPI, en especial en el Art. 25 (igualmente, § 7 nm. 31) no se encuentra un fundamento jurídico *explícito*, por lo cual la doctrina de la JCE no ha tenido relevancia hasta ahora en la jurisprudencia de la CPI (en contra *Lubanga*, *Decision on the*

particularmente en forma de la denominada empresa criminal conjunta („joint criminal enterprise“, jce) – viene en consideración en caso de una cooperación de la empresa con (otros) actores criminales, por ejemplo, para la expulsión de una población local¹²⁷. El propósito criminal o la empresa criminal consiste aquí en el comportamiento concretamente punible (planeamiento y ejecución); en tal sentido, resulta irrelevante el propósito general de la empresa¹²⁸. Sin embargo, surgen complejas cuestiones (de delimitación) respecto a la responsabilidad en calidad de participación del Art. 25 (3) (d) ECPI¹²⁹, pues allí se trata sobre todo de un (otro) aporte al crimen de un grupo, que –de acuerdo con la idea fundamental del jce– actúa con un „objetivo común“ („common purpose“)¹³⁰.

Una responsabilidad por omisión de los directivos de empresas podría fundamentarse en general en la figura de la *responsabilidad del superior* en virtud del Art. 28 (b) ECPI – en lo que respecta a los superiores civiles (no militares) –.¹³¹ Sin embargo, si se concibe la responsabilidad del superior civil en dependencia de la del superior militar, entonces resulta difícil divisar una semejanza estructural suficiente entre el directivo civil de una empresa y un comandante

militar.¹³² Adicionalmente a ello, en el caso de las empresas que actúan de modo transnacional faltará por lo regular, en todo caso respecto a la dirección de la empresa que se encuentra alejada del lugar de los hechos, su „control y autoridad efectivos“ („effective authority and control“) sobre los subordinados que cometen el hecho¹³³ o el „control y responsabilidad efectivos“ („effective responsibility and control“) sobre las actividades relacionadas con los crímenes.¹³⁴ Sin embargo, de ello se sigue a la inversa que un control efectivo podría ser aceptado si los directivos de la empresa en el lugar pueden coordinar o vigilar el comportamiento típicamente relevante; sin embargo, en caso de que ellos incluso hubieran emitido órdenes criminales, por ejemplo, a las fuerzas de seguridad (privadas)¹³⁵, entonces viene en consideración, una responsabilidad por un hacer activo en virtud del Art. 25 (3) (b) ECPI¹³⁶. En el marco de la responsabilidad del superior resultaría difícil probar el conocimiento („knowledge“) o la imprudencia consciente („consciously disregarded information...“)¹³⁷ del personal directivo de la empresa respecto de los crímenes de sus subordinados.

2. Complicidad punible versus comportamientos „neutrales“

a) Ámbito objetivo

Las mencionadas formas de intervención carentes de la calidad de autoría, es decir, formas de complicidad, hacen surgir la cuestión sobre la delimitación entre la complicidad punible y otros comportamientos („neutrales“) que no alcanzan el umbral de punibilidad. Las exigencias objetivas de la complicidad no han sido aclaradas de modo suficiente en el Derecho Penal Internacional. En principio, el aporte al hecho tiene que ser *esencial* para la comisión del hecho

Confirmation of Charges, PTC I, ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero 2007, párr. 335).

¹²⁷ Cfr. también ICJ (supra nota 20), p. 36; *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (879); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (868 s.).

¹²⁸ Orientándose por ello y confundiendo como consecuencia de esto la figura jurídica de la JCE *Thurner* (supra nota 5), p. 255 s.

¹²⁹ *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, Decision on the Confirmation of Charges, 16.12.2011, párr. 282 considera la jce y el Art. 25 (3) (d) como „not identical“, pero „similar“ y menciona cuatro diferencias (posibles) ([i]Forma de la intervención, [ii] pertenencia o no pertenencia al grupo, [iii] aporte al propósito común o al crimen cometido y [iv] criterio subjetivo).

¹³⁰ Cfr. más detalladamente *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm. 28 ss.; *el mismo*, en: Stahn (ed.), *Law and Practice of the ICC*, 2015, p. 592 ss. (en español v. *el mismo*, *Revista Penal*, 34 [2014], p. 5 ss.); brevemente *el mismo* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*) § 7 nm. 43; crít. en nuestro contexto también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (941-45); más optimista *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (880 s.), „more likely to capture a broader range of culpability of corporate actors [...]“.

¹³¹ A favor de una responsabilidad general del superior en caso de hechos del subordinado (trabajador de la empresa) referidos a la organización como forma independiente de intervención (§ 25a StGB) – orientada a los §§ 4, 13, 14 VStGB – debido a la „relevancia para el sistema“ de estos hechos *Bülte*, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, 2015, p. 777 ss. (812 ss., 891), 917 ss., 921 ss. (925, 970 ss.); crít. *Hoyer*, GA 2018, 57 ss.; a favor desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Kelly*, *Emory Int'l L.Rev.* 24 (2010), 671.

¹³² Cfr. *Schmidt* (supra nota 16), p. 326 ss. (359 s., 364), para quien faltaría una „sufficient similitude [...] to military authority relationships“ y las „unilateral capabilities of (military) superiors“; sobre su modelo de tipos de autoría *ibid*, p. 75 ss.; crít. respecto del control efectivo también *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (870, 872). Similar al „limited value“ de la „command responsibility“ del Derecho Penal Internacional en cuanto a la posible responsabilidad por omisión de las organizaciones internacionales que no actúan de acuerdo con las obligaciones correspondientes a su mandato („role responsibility“) *Klabbers*, *EJIL* 28 (2017), 1133 (1152 s.), puesto que organizaciones internacionales „do not normally encounter the type of situations encountered by military leaders“.

¹³³ Art. 28 (b) oración 1 ECPI.

¹³⁴ Art. 28 (b) (ii) ECPI.

¹³⁵ Afirmando en este caso la responsabilidad del superior ICJ (supra nota 20), p. 39.

¹³⁶ Cfr. *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm. 18 ss.; *el mismo* (supra nota 115 – *Internationales Strafrecht*), § 7 nm. 45.

¹³⁷ Respecto a este estándar cercano a la „wilful blindness“, *Ambos* (supra nota 115 – *Treatise*), p. 227 s.

principal¹³⁸, y el límite mínimo de ese requisito de esencialidad tiene que determinarse caso por caso. Como ya se ha señalado en otro lugar¹³⁹, es posible recurrir a los criterios de la imputación objetiva.¹⁴⁰ Entre ellos también se podría tener en cuenta el criterio (adicional) de la „dirección específica“ („specific direction“), el cual es considerado por distintos tribunales y en parte de modo distinto por estos¹⁴¹. Dejando de lado la determinación precisa de ese límite mínimo puede sostenerse en cualquier caso que las exigencias no son demasiado altas – únicamente han de excluirse los aportes „infinitesimales“¹⁴², los cuales de todos modos entrarían en conflicto con la exigencia de la causalidad¹⁴³ y el umbral de relevancia (gravity threshold)

¹³⁸ Cfr. *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 21 ss.; brevemente *el mismo* (supra nota 115 – Internationales Strafrecht) § 7 nm. 42; igualmente ICJ (supra nota 20), p. 36; CDH, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, principio 17 („efectos relevantes“), disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf (14.11.2018); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (857, 860); respecto a un estándar idéntico basado en el Alien Tort Statute (ATS) de los EE.UU. *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (410 ss., 414: „inherently harmful or specifically designed to assist with the realization of harmful purposes [...]“).

¹³⁹ *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm 26; con respecto al Art. 25 (3) (d) *Ambos* (supra nota 130 – Law and Practice), p. 603, 606.

¹⁴⁰ A favor de la imputación objetiva, en especial el incremento del riesgo también *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (864); a favor de una mera limitación de la causalidad excesivamente amplia por medio de las „proximate causes“ *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (671).

¹⁴¹ Más detalladamente *Ambos* (supra nota 115 – Internationales Strafrecht), § 7 nm 42 con notas adicionales de la literatura y jurisprudencia; respecto a la aplicación en nuestro contexto *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (430 ss., 432: „assistance was specifically meant to further the human rights violations“), quien sin embargo rechaza la restricción del tipo de complicidad conectada con ello (457 s.); en contra también *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (890).

¹⁴² ICC, Mbarushimana Confirmation Decision 16.12.2011, párr. 277; similar en nuestro contexto *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (858, Exclusión de una „absolute minimal assistance“); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (444, „more than a minimal effect“). Contra „a certain minimum degree“, sin embargo, ICC, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 23.3.2016, párr. 44.

¹⁴³ Recientemente ICC, Prosecutor v. Bemba et al., ICC-01/05-01/13, Judgment 19 October 2016, párr. 90 („effect on the commission [...] general causal requirement“), 94 („causal requirement [...] furthered, advanced or facilitated the commission [...]“). Esto corresponde al primer y tercer criterio („enables“ y „facilitates“ violaciones de derechos humanos) de la ICJ, Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate

como principio fundamental de competencia del ECPI (v. por ejemplo Art. 17 párr. 1 [d] ECPI) –.

Los criterios propuestos por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) para la determinación del comportamiento empresarial relevante – desde „posibilitar“ („enabling“), pasando por „exacerbar“ („exacerbating“) y hasta „facilitar“ („facilitating“) crímenes internacionales¹⁴⁴ – ofrecen una buena base para la discusión de la determinación de los „crímenes nucleares político-empresariales“ („corporate-political core crimes“), siempre que se comparta el punto de partida normativo del merecimiento general de pena del comportamiento descrito;¹⁴⁵ sin embargo, ellos describen solo un comportamiento empresarial riesgoso („zone of legal risk“)¹⁴⁶, no punible *per se*. Aquí el criterio de „enabling“ – en el sentido de un aporte relevante („crucial“) y necesario¹⁴⁷ – se corresponde con la exigencia de esencialidad, mientras que el de „exacerbating“ recuerda al incremento del riesgo en el sentido de la teoría de la imputación objetiva¹⁴⁸ y el de „facilitating“ – como una facilitación del hecho principal¹⁴⁹ – a la exigencia mínima del Derecho Penal Internacional para la responsabilidad penal por complicidad.¹⁵⁰ En definitiva, la capacidad de rendimiento de estos y otros criterios recién

Complicity in International Crimes, Vol. 1: Facing the Facts and Charting the Legal Path, 2008, p. 8–9 (donde basta la existencia alternativa de los tres criterios –el segundo es la exacerbación [„exacerbates“] de la situación de los derechos humanos–); a favor de una exigencia de causalidad restringida *Kathollnig* (supra nota 10), p. 154; *Thurner* (supra nota 5), p. 269 considera sin embargo que esa „relación causal“ no es necesaria, aunque por lo demás sigue a la Comisión Internacional de Juristas.

¹⁴⁴ ICJ (supra nota 143), p. 9, 10 ss.

¹⁴⁵ Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (925 s.), quien – inspirado en los criterios de la ICJ – quiere abarcar con ello los crímenes de actores políticos apoyados por la empresa; a favor también *Thurner* (supra nota 5), p. 269 s.

¹⁴⁶ ICJ (supra nota 143), p. 13.

¹⁴⁷ ICJ (supra nota 143), p. 9, 11 s. („abuses would not occur without the contribution of the company“, „at least one such crucial ingredient“, „necessary [...] factor“ [resaltado en el original]).

¹⁴⁸ ICJ (supra nota 143), p. 9, 12 („company makes the situation worse [...] abuse would have occurred on a smaller scale, or with less frequency [...]“, „increased the range of [...] abuses [...], number of victims [...], severity of the harm [...]“, „substantial negative effect“). Respecto al riesgo o incremento del peligro y a la correspondiente exclusión de la imputación en caso de reducción del riesgo *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4º ed. 2006, § 11 nm. 53–57.

¹⁴⁹ ICJ (supra nota 143), p. 9, 12 s. („[...] company’s conduct makes it easier to carry out the abuses or changes the way the abuses are carried out, including [...] methods [...] timing or [...] efficiency“; „[...] crime would not have happened in the same way“).

¹⁵⁰ Cfr. Art. 25 (3) (c) ECPI („facilitating“) y *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statute), Art. 25 nm 21 ss. con notas adicionales especialmente respecto a la jurisprudencia.

puede manifestarse en la discusión y solución de casos concretos complejos („hard cases“). Así, por ejemplo, en casos de entrega de instrumentos directos del delito¹⁵¹ („tailor-made“), podría satisfacerse la exigencia de esencialidad y con ello, por lo regular, también un „enabling“, pues sin tal instrumento no hay un hecho o en todo caso solo en una forma sustancialmente/significativamente distinta. En cuanto a la ya mencionada „silent complicity“ una punibilidad solo vendría en consideración si pudiera verse en el silencio de la empresa una forma de cooperación psíquica que se presentara como una facilitación („facilitating“) del hecho principal.¹⁵²

También resulta útil el criterio – también propuesto inicialmente por la CIJ¹⁵³ – de la proximidad („proximity“) entre el comportamiento de la empresa/sus directivos y los crímenes/autores/víctimas. La CIJ entiende la „proximity“ – en un sentido geográfico-espacial y cualitativo (duración, frecuencia y/o intensidad) – como relación de cercanía entre la empresa y los hechos, autores o víctimas.¹⁵⁴ De ello se sigue que la responsabilidad penal de la empresa resulta más probable mientras más cercana se encuentre ella a los hechos, autores o víctimas.¹⁵⁵ A la inversa, de ello se sigue que con

un considerable alejamiento („remoteness“) entre el comportamiento empresarial y los crímenes ya no puede fundamentarse materialmente – por ausencia de una relación de imputación – una responsabilidad penal o en todo caso ella es difícilmente comprobable desde una perspectiva procesal.¹⁵⁶ En ese contexto, a los deberes de diligencia (intensificados) en materia de derechos humanos y en el marco de las cadenas de suministro („supply chain due diligence“) le corresponde una especial relevancia, pues a través de ello puede compensarse la creciente dilución de la relación de imputación.¹⁵⁷

Cuando la acción de participación no consiste ya *per se* en un comportamiento (antijurídico) prohibido, por ejemplo, debido a la infracción de normas permisivas o prohibitivas (¡embargo!)¹⁵⁸, surge, en cuanto a su relevancia penal, el problema discutido bajo el nombre de *acciones neutrales o cotidianas*¹⁵⁹. Ya en Núremberg, Telford Taylor, fiscal en el proceso contra Krupp, señaló, por ejemplo, que el tráfico de armas no sería „criminal por sí mismo“¹⁶⁰. De manera similar, en el proceso Wilhelmstraßen se rechazó una condena contra Rasche, miembro de la junta directiva del Dresdner Bank, por el otorgamiento de créditos bancarios a

¹⁵¹ Acerca de la especial relevancia jurídico-penal en el suministro de „goods and services“ „tailor-made“ – en lugar de solo „generic“ – ICJ (supra nota 143), p. 27 ss.; también ICJ (supra nota 20), p. 37.

¹⁵² Similar ICJ (supra nota 143), p. 14 s., cuando allí en el marco de una „silent presence“ – neutral en sí misma – debe exigirse la manifestación de „approval and moral encouragement to commit the gross human rights abuses“; igualmente ICJ (supra nota 20), p. 20; respecto a una „moral contribution“ en este sentido también *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (672 s.).

¹⁵³ ICJ (supra nota 143), p. 8, 9, 23 ss.

¹⁵⁴ ICJ (supra nota 143), p. 8, 9, 23 ss. (8: „Was the company close or proximate [geographically, or in terms of the duration, frequency and/or intensity of interactions or relationship] to the principal perpetrator of the human rights abuses or the victims?“ [p. 8]; Proximidad „in time and space and relationship“, „certain level of closeness“ [p. 24]); resumidamente *Schmidt* (supra nota 16), p. 172 s.; a favor *Thurner* (supra nota 5), p. 273 s.; cfr. también *Ramasastri*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (118, „level, degree and duration“, donde el grado de complicidad pertenece a la esencialidad en el sentido arriba mencionado, pero ella supone una „substantial assistance“ por medio de una „duration“, 150).

¹⁵⁵ ICJ (supra nota 143), p. 9 („the closer in these respects that the company or its employees are to the situation or the actors involved the more likely it is that the company’s conduct will be found in law to have enabled, exacerbated or facilitated the abuses and the more likely it is that the law will hold that the company knew or should have known of the risk“), 24 („the closer – or more proximate – a company is, in time and space and relationship, to those who carry out the human rights abuses or those who suffer the abuses, the more likely it is that the company could be held legally responsible when it is complicit“); respecto a la „evidence of

proximity“ *ibid*, 25 s. En el resultado igualmente *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (853).

¹⁵⁶ Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (925, distinguiendo entre „causal“, „motivational“ y „organizational and structural remoteness“); similar en el resultado *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (672, respecto al alejamiento en el sentido de causalidad); *Kathollnig* (supra nota 10), p. 157 s. (causalidad como problema central de la determinación de la responsabilidad en el marco de las cadenas de suministro).

¹⁵⁷ De otra opinión, sin embargo *Kathollnig* (supra nota 10), p. 157, cuando quiere negar que la mera infracción de la „due diligence“ sobre derechos humanos constituya aún una infracción del cuidado de índole jurídico-penal.

¹⁵⁸ Respecto a la persecución de infracciones a sanciones de la ONU ICJ (supra nota 20), p. 50 s.; sobre el significado de un embargo en este contexto también *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (660).

¹⁵⁹ Cfr. por ejemplo *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56 (62, 65, „conducta económica neutral“). Una acción „neutral“ es *per se* atípica porque no es socialmente dañosa o porque no lesiona o pone en peligro un bien jurídico, cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (921) con nota 6. El problema es a menudo pasado por alto en la literatura. En ese sentido *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 104 señala, por ejemplo, que la „lawfulness of the conduct does not preclude liability“, es decir, priva a la legalidad del comportamiento de toda relevancia. Un comportamiento en calidad de autoría, esto es una „acción directamente dañosa para un bien jurídico“, no vale a limine como neutral, cfr. por ejemplo *Heyer*, Grund und Grenze der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht, 2013, p. 40, 478.

¹⁶⁰ TWC, Vol. IX, p. 60: „The armorer’s trade is no more inherently unlawful than that of the soldier or diplomat; all of these professions revolve around war and statecraft, but that does not make them criminal *per se*“.

empresas de las SS porque ello tendría que valorarse solo como un comportamiento económico habitual, el cual podría quizás ser considerado moralmente reprochable, pero no representaría una violación del Derecho Internacional.¹⁶¹ En el proceso contra IG Farben – aunque confundiendo el nivel objetivo y el subjetivo¹⁶² – se reconoció incluso la posibilidad de un uso neutral del gas venenoso Zyklon B entregado al campo de concentración.¹⁶³ Aunque estos puntos de vista deben ser considerados en el especial contexto histórico de los procesos penales económicos de Núremberg – en los que los fiscales y jueces estadounidenses también se ocuparon de distinguir¹⁶⁴ el capitalismo nacionalsocialista criminal del capitalismo estadounidense „limpio“ –, sin embargo, aquellos se encuentran paradigmáticamente al servicio de una jurisprudencia (estadounidense) favorable a la economía, que – dejando de lado el fuerte enfoque en el colectivo en el ámbito de la persecución previsto en el Memorando Holder¹⁶⁵

¹⁶¹ TWC, Vol. XIV, p. 622 („The real question is, is it a crime to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law? Does he [Rasche] stand in any different position than one who sells supplies or raw materials to a builder building a house, knowing that the structure will be used for an unlawful purpose? A bank sells money or credit in the same manner as the merchandiser of any other commodity. It does not become a partner in enterprise, and the interest charged is merely the gross profit, which the bank realizes from the transaction, out of which it must deduct its business costs, and from which it hopes to realize a net profit. Loans or sale of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and reflect no credit on the part of the lender or seller in either case, but the transaction can hardly be said to be a crime. Our duty is to try and punish those guilty of violating international law, and we are not prepared to state that such loans constitute a violation of that law, nor has our attention been drawn to any ruling to the contrary“. Crít. desde la perspectiva actual de la amplia criminalización de la financiación de crímenes transnacionales *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (931); también *Ramasastri*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (113, 118).

¹⁶² Crít. también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (938).

¹⁶³ TWC, Vol. VIII, p. 1169 („But neither the volume of production nor the fact that large shipments were destined to concentration camps would alone be sufficient to lead us to conclude that those who knew of such facts must also have had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put. Any such conclusion is refuted by the well-known need for insecticides wherever large numbers of displaced persons, brought in from widely scattered regions, are confined in congested quarters lacking adequate sanitary facilities“).

¹⁶⁴ Cfr. *Priemel*, *The Betrayal: The Nuremberg Trials and German Divergence*, 2016, p. 196 ss. („Saving Capitalism“).

¹⁶⁵ Holder Memorandum; posteriormente Yates Memorandum.

– pretende excluir tendencialmente y ya en el nivel objetivo a las meras operaciones comerciales de una punibilidad por complicidad.¹⁶⁶ Incluso la CIJ – más bien favorable a la responsabilidad – concede que una práctica comercial orientada al lucro por sí sola no podría fundamentar la responsabilidad.¹⁶⁷ En todo caso, esto resulta convincente cuando – en el sentido de la ya citada teoría de la imputación objetiva¹⁶⁸ – los correspondientes actos de aportación no incrementan el riesgo¹⁶⁹ específico del hecho o éste no se ha realizado en el resultado concreto,¹⁷⁰ es decir, cuando ellos, dicho de modo general, no se han revelado específicamente como socialmente dañosos o concretamente peligrosos.¹⁷¹ De cualquier forma, concurre aquél caso – inexistencia de una fundamentación de un riesgo específico del hecho – cuando el mencionado umbral mínimo de relevancia no es superado o cuando el aporte resulta completamente irrelevante en el contexto del hecho.¹⁷² Sin embargo, se tendrá que distinguir entre productos peligrosos per se o incluso letales, especialmente armas, y productos no peligrosos;¹⁷³ en este último caso, el riesgo específico del hecho no se incrementa per se, pero sí eventualmente debido al uso incorrecto de

¹⁶⁶ Para un análisis crítico de la ATS y la jurisprudencia de los EE.UU. cfr. en ese sentido *Michalowski*, *Texas Int.L.J.* 50 (2015), 403 (409 ss., 435 ss., 444, „[...] activity that goes beyond making a mere commercial transaction“).

¹⁶⁷ ICJ (supra nota 143), p. 15 („[...] company will not be held *legally* responsible merely for commercial engagement with the perpetrator [...]“ [resaltado en el original]); similar *Reggio*, *ICLR* 5 (2005), 623 (655, 664, compra o venta no es criminal per se).

¹⁶⁸ Supra nota 140.

¹⁶⁹ Sobre la desaprobación normativa y la ausencia de „neutralidad“ resultante de tales riesgos específicos del hecho cfr. *Heyer* (supra nota 159), p. 487 ss., 555 s.; resumidamente *Schmidt* (supra nota 16), p. 293 ss. con notas adicionales, quien por lo demás rechaza también un riesgo especialmente permitido („risk permission“) para los superiores civiles en el sentido del Art. 28 (b) ECPI (ibid, p. 360 ss.).

¹⁷⁰ A favor de la aceptación de una justificación en casos correspondientes a „negocios comunes“ *Rackow*, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007, p. 551 ss. Para un panorama exhaustivo sobre la „emergence of the risk standard“ en nuestro contexto *Schmidt* (supra nota 16), p. 201 ss., quien sin embargo incluso aboga por una restricción basada en los derechos humanos respecto al riesgo permitido (ponderación de libertad y seguridad en el contexto del Art. 21 párr. 3 ECPI, p. 212 ss.) y en el resultado rechaza su aceptación, entre otras cosas, como consecuencia del estándar subjetivo estricto del Art. 30 ECPI (296 s., 300).

¹⁷¹ Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (921, „specific social harm or an unacceptable degree of social dangerousness“).

¹⁷² *Michalowski*, *Texas Int.L.J.* 50 (2015), 403 (461) habla en ese sentido de la „immateriality of the assistance“ y ofrece el ejemplo elocuente del zapatero de Hitler, cuyo comportamiento – confección de los zapatos – era penalmente irrelevante ya desde una perspectiva objetiva.

¹⁷³ Cfr. *Kaleck/Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 699 (721).

estos productos de uso doble („dual use“, por ejemplo, equipos informáticos).

El *contexto comisivo* también puede ser relevante. Así podrá distinguirse de acuerdo a ello, si una empresa opera en un estado totalitario y le ayuda a realizar sus planes criminales – como en el mencionado caso de IG-Farben en relación con el Estado nacionalsocialista – o si ella se encuentra dentro de un estado democrático-liberal y hace sus negocios allí. En el primer caso resulta dudoso si el comportamiento de la empresa puede ya ser considerado „neutral“ o si el criterio de la neutralidad más bien „pierde [...] su poder diferenciador“ en un contexto totalitario¹⁷⁴.

Sin embargo, seguramente va demasiado lejos el dudar de modo general que el comportamiento efectuado en el marco de la actividad de empresas transnacionales pueda ser designado como „cotidiano“ y „normal“¹⁷⁵, aun cuando ha de admitirse que el merecimiento de pena de los aportes al hecho en el marco de un contexto macrocriminal relacionado con un conflicto parece más evidente que fuera de ese contexto.¹⁷⁶ En última instancia, la punibilidad y el merecimiento de pena solo pueden ser juzgadas en la mayoría de casos con base en una valoración global *objetiva-subjetiva*, en la cual solo el aspecto subjetivo del hecho dará a la conducta (objetiva) externamente neutral un significado delictivo. Aquí uno podría orientarse con base en la distinción, propuesta originalmente por Roxin, entre conocimiento (en general punible) y el mero tener-possible (en general no punible) de la resolución delictiva/del sentido delictivo.¹⁷⁷ Esto nos lleva al ámbito subjetivo del hecho.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Jeßberger, JZ 2009, 924 (931).

¹⁷⁵ Wittig (supra nota 2), p. 253.

¹⁷⁶ Vest, JICJ 8 (2010), 851 (855 s.); Kathollnig (supra nota 10), p. 159.

¹⁷⁷ Cfr. Roxin (supra nota 118 – AT), § 26 nm. 220 ss.; igualmente la tendencia de la jurisprudencia alemana, recientemente BGH, decisión del 21.12.2016, en NStZ 2017, 337 (338); decisión del 26.1.2017, en StV 2018, 19 (sin embargo, aceptación de una punibilidad, cuando el cómplice „con su cooperación, se interesa en ayudar a un autor reconociblemente dispuesto al hecho“); crít. Schörner/Bockemühl, StV 2018, 20.

¹⁷⁸ De todos modos una referencia a grupos de casos revela la escasa capacidad de rendimiento del concepto de las acciones neutrales y los límites derivados de ello para la valoración abstracta del injusto basada en criterios objetivo-subjetivos (igual en el resultado *Reggio*, ICLR 5 [2005], 623 [671, 693]; ICJ [supra nota 20], p. 37; *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 [2015], 403 [445 ss., 460, 464]; *Adam* [supra nota 8], p. 32; igualmente la jurisprudencia alemana, cfr. BGH, Res. de 21.12.2016, en NStZ 2017, 338 [„consideración valorativa en el caso concreto“]). Es decir, ello confirma la suposición de que por regla depende de la valoración del caso concreto. Entre los grupos de casos que muestran esa dependencia contextual puede mencionarse a: i) la *entrega de instrumentos del delito*, por ejemplo, la venta de armas o vehículos (donde ha de distinguirse entre mercancías

b) *Ámbito subjetivo*

En el ámbito subjetivo, el cómplice tiene que conocer el efecto incrementador del riesgo que tendrá su aporte respecto del hecho principal¹⁷⁹, sin embargo, sin tener que conocer sus detalles¹⁸⁰, es decir, tampoco el hecho (o los hechos) individual(es) específico(s) que subyace(n) al hecho global de Derecho Penal Internacional¹⁸¹. Ese conocimiento positivo parece ser adecuado a la luz del principio de culpabilidad y además plausible desde una perspectiva probatoria. Pues en el caso de la macrocriminalidad propia del Derecho Penal Internacional, las empresas que realizan actividades en zonas de crisis no podrán invocar de manera creíble el desconocimiento de las intenciones o actividades criminales de sus socios, si se tiene en cuenta la extensa cobertura que actualmente poseen los modernos medios de

claramente relacionadas con el hecho, especialmente armas, y aquellas que poseen un doble uso [„dual use“]), ii) la *financiación de crímenes internacionales o de grupos de criminales*, lo cual se lleva a cabo, por ejemplo, por medio de la concesión de créditos a favor de regímenes criminales, cuyo aparato de poder colapsaría sin los aportes financieros, iii) *empresas multinacionales que cooperan con un régimen en la persecución de disidentes*, por ejemplo, ayudando a vigilar a sus empleados o efectuando (o dejando que se efectúe) otra clase de medidas coercitivas contra ellas en sus instalaciones (más detalladamente sobre esas constelaciones y mostrando con preguntas sobre ejemplos y casos concretos esa escasa capacidad de rendimiento v. *Ambos* [supra nota 1], p. 126 ss.).

¹⁷⁹ Así también *Schabas*, IRRC 83 (2001), 439 (450); *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (143); *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (647, 681, según el análisis de la jurisprudencia nacional); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (859, „awareness“); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (882, 889); *Huisman/van Sliedrecht*, JICJ 8 (2010), 803 (822); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (462 ss., conocimiento „actual“, „relevant“); *Olson*, IntHumRightsLawJ, Vol. 1, número 1, Article 5, 1 (10 s., rechazando la exigencia de una intención); CDH, Principios Rectores (supra nota 138), principio 17 („a sabiendas“), *Wisner*, JICJ 15 (2017), 343 (348 s., 352); sobre la „evidence of knowledge“ (supra nota 143), p. 21 ss.

¹⁸⁰ ICJ (supra nota 143), p. 21 (no es necesario un conocimiento del „full extent“ de los crímenes, bastando el conocimiento de „some abuses“ o „one of a group of crimes“); ICJ (supra nota 20), p. 21; *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (681, „not of the specific crime“); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (882); *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (463 s.). Esto corresponde a las exigencias generales del tipo subjetivo de la complicidad, *Roxin* (supra nota 118 – AT), § 26 nm. 272 ss.; *Ambos/Bock*, en: Reed/Bohlander (eds.), *Participation in Crime, Domestic, Comparative and International Perspectives*, 2013, p. 334. Poco claro *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (853, „[...] has to know specifically [...]“).

¹⁸¹ Sin embargo, a favor de tal conocimiento de la „sub-offence“ *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939).

comunicación¹⁸². Si bien no se podrá inferir sin más el conocimiento de la mera presencia en una zona de crisis¹⁸³, esto se seguirá a menudo de la información disponible o podrá ser asumida como consecuencia del comportamiento pasado o de la posición de la empresa/de sus trabajadores¹⁸⁴. En última instancia, el conocimiento positivo podrá ser derivado con frecuencia del contexto comisivo del hecho.¹⁸⁵

Sin embargo, *menores exigencias subjetivas*, ya sea en la forma del dolo eventual o de la *recklessness*¹⁸⁶, llevarían a que las empresas y sus trabajadores estuvieran expuestos a un riesgo más alto de punibilidad en caso de operaciones realizadas en zonas de crisis, lo cual solo podría ser eludido mediante una investigación minuciosa de sus socios. No obstante, tales deberes activos de investigación se dejarían derivar posiblemente de los deberes intensificados de diligencia en materia de derechos humanos¹⁸⁷, sin embargo,

¹⁸² *Schabas*, IRRIC 83 (2001), 439 (450 s.); *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623 (654, „extremely unlikely that an economic actor does not have knowledge [...]“); no obstante, crít. *Kaleck/Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 699 (716, „difficult to prove [...]“).

¹⁸³ Igualmente ICJ (supra nota 20), p. 23.

¹⁸⁴ Cfr. ICJ (supra nota 20), p. 23 s.

¹⁸⁵ Igualmente *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (462 s.).

¹⁸⁶ A favor ICJ (supra nota 143), p. 19 („[...] even though it may not have wanted the abuses to occur, undertook the course of conduct anyway“ = *dolus eventualis*), 20 ss. („should have known“, „foreseeability“, „wilful blindness“); *Thurner* (supra nota 5), p. 272 s., 276; *Kathollnig* (supra nota 10), p. 160, 162.

¹⁸⁷ Esos deberes de diligencia en materia de derechos humanos („human rights due diligence“) pueden hallarse, por ejemplo, en el contexto de los denominados principios Ruggie. Según aquellos, las empresas deben desarrollar procedimientos, sobre todo para una “evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas” CDH, Principios Rectores (supra nota 138), principio 17 así como principios 18–21; crít. sobre la falta de una distinción entre el Management de “business risks” y el “standard of conduct required to discharge any obligation” *Bonnitcha/McCorquodale*, Concept, EJIL 28 (2017), 899 (proponiendo incluso una aclaración de la relación entre ambos aspectos); réplica de *Ruggie/Sherman*, Reply, EJIL 28 (2017), 921 ss. (923 ss.); réplica de *Bonnitcha/McCorquodale*, Rejoinder, EJIL 28 (2017), 899 (929 ss.). Acerca de la posible concretización por medio del sistema interamericano de derechos humanos *Cantú Rivera*, en: Letnar Čerňič/Carrillo-Santarelli (ed.), *The Future of Business and Human Rights, Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, 2018, p. 180 ss. A favor (pero sin una fundamentación adicional) *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403 (463, „due diligence responsibilities“, „active inquiries“).

ello requiere con seguridad de obligaciones „más intensas“ y más precisas para la fundamentación de una responsabilidad penal. La responsabilidad por omisión en cuestión – omisión de una investigación activa – requiere de una especial posición de deber que sea similar a una garantía por custodia de la respectiva empresa con respecto a los bienes jurídicos eventualmente puestos en peligro, pues solo entonces se puede fundamentar deberes o mandatos de actuación que vayan más allá de meras prohibiciones de comportamientos (*neminem laedere*)¹⁸⁸. Independientemente de esas consideraciones, desde una perspectiva jurídica general la aceptación de tales deberes de investigación tendría en todo caso consecuencias perjudiciales para la disposición a las inversiones.

Por otro lado, un *requisito de intención* adicional, como surge por ejemplo del Art. 25 (3) (c) ECPI („for the purpose of facilitating“; „en vue de facilitar“) parece dar lugar a una situación desproporcionadamente restringida,¹⁸⁹ dado que una empresa no persigue a menudo el objetivo de cooperar con crímenes internacionales, sino únicamente la maximización de las ganancias¹⁹⁰. Una reinterpretación cognitiva del requisito de intención, tal como se discute en el marco de la intención de destruir propia del crimen de genocidio,¹⁹¹ no puede ser fundamentada convincentemente en nuestro

¹⁸⁸ En el fondo se trata de los deberes de actuación para la fundamentación de la punibilidad por omisión, cfr. originalmente *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagrafen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, 2^o ed. 1803, § 24 p. 24 s. con referencia a *Winkler*, De Crimine Omissionis, 1776 (exigiendo un „especial argumento jurídico“ que fundamente la „vinculación respecto a la comisión“); recientemente con una perspectiva de derecho comparado (respecto al derecho alemán, inglés y francés) *Schräggle*, Das begehungsgleiche Unterlassungs-delikt, Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen, 2017, p. 13 ss., 51 ss.; específicamente sobre el common law *Ashworth*, Positive Obligations in Criminal Law, 2013.

¹⁸⁹ Sin embargo, a favor la jurisprudencia de la ATS desde U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, cfr. *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (414 ss., 427); a favor también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939 s.); explícitamente en contra *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (885 ss.), concluyendo que el requisito de intención no es exigido en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario (889); en contra también *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (823).

¹⁹⁰ Cfr. también *Ramasastri/Thompson*, 2006, p. 18 s.; *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (925, „motivational remoteness“ como expresión de diferentes fines de un actor político y una empresa); *Kathollnig* (supra nota 10), p. 162.

¹⁹¹ Cfr. *Ambos*, Treatise on International Criminal Law Vol. II, 2014, p. 27 ss. con notas adicionales.

contexto.¹⁹² Sin embargo, viene en consideración una interpretación restrictiva consistente en que la intención – como consecuencia de la exigencia de un doble dolo en la participación – solo ha de referirse a la acción de complicidad y no al hecho principal; respecto a este rige el requisito del dolo que allí se encuentra previsto.¹⁹³ A favor de esa interpretación restrictiva habla también desde una perspectiva político-criminal-consecuencialista el hecho de que la exigencia de un componente doloso voluntativo se convertiría fácilmente en un obstáculo para la persecución.¹⁹⁴ Es decir, un comportamiento orientado a un objetivo solo existirá cuando la empresa se hace cómplice criminal de un régimen o de un actor no estatal en el sentido de la mencionada intervención con calidad de autoría, es decir, cuando actúa al mismo tiempo con „animus auctoris“¹⁹⁵. En tal sentido, con base en un estándar de dolo incrementado voluntativamente no habría sido posible la condena contra van Anraat, puesto que a éste seguramente le era indiferente si Saddam Hussein quería utilizar los componentes del gas mostaza que le fueron entregados para un asesinato masivo de su propia población civil o solo para el blanqueo de textiles.¹⁹⁶

Sin embargo, se puede recurrir a ese requisito voluntativo consistente en la persecución de un objetivo criminal de un modo complementario o alternativo. En el ámbito del derecho positivo surge una *combinación cognitiva-voluntativa* del estándar general de dolo del Art. 30 ECPI en conexión con las exigencias cognitivo-volitivas alternativas del Art. 25 párr. 3 (d) (i) y (ii) ECPI: o el partícipe es consciente de que su aporte incrementa el riesgo o él persigue por sí mismo el objetivo criminal. De acuerdo con ello, la persecución del objetivo criminal no tiene que existir de forma adicional (cumulativa), sino que basta con su concurrencia alternativa.

¹⁹² Sin embargo, a favor *Vest*, JICJ 8 (2010), 851 (862).

¹⁹³ Cfr. *Stewart*, An important new orthodoxy on complicity in the ICC Statute?, 21.1.2015, disponible en www.jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/ (14.11.2018); también *van Sliedregt/Popova*, Interpreting „For the Purpose of Facilitating“ in Article 25 (3) (c)?, 22.12.2014, disponible en www.jamesgstewart.com/interpreting-for-the-purpose-of-facilitating-in-article-253c/ (14.11.2018); a favor *Ambos* (supra nota 120 – The Rome Statue), Art. 25 nm. 27 con nota 194 s.; a favor *Wisner*, JICJ 15 (2017), 343 (349).

¹⁹⁴ Cfr. también *Ramasastri/Thompson*, 2006, p. 19 („too high a threshold“); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (889, „unnecessarily onerous“, „difficult to prosecute“); *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (939, „difficult to establish“), 944 (respecto al Art. 25 [3] [d]); *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (828, „too high a threshold“); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 403 (438, „in most cases of corporate complicity [...] difficult to satisfy this criterion [intent]“; para una derivación – poco aceptable – del elemento voluntativo desde el conocimiento ICJ (supra nota 20), p. 22.

¹⁹⁵ Acertadamente *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (941).

¹⁹⁶ En realidad, el Tribunal de distrito de La Haya sostuvo que un estándar de dolo eventual/previsibilidad era suficiente, cfr. *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (807 s., 821).

Desde una perspectiva político criminal y de persecución estratégica habla a favor de una exigencia volitiva para el dolo la idea de una restricción de la persecución penal a los „most responsible“, pues por lo regular son estos quienes precisamente persiguen el fin de cometer el hecho principal y por eso –dejando de lado el acceso total a la empresa representada por ellos– deberían caer primordialmente en la mira de una persecución internacional¹⁹⁷. Quien (tampoco) no quiere cooperar con el hecho principal es „menos responsable“ („less responsible“) y por ello – en el marco de una justicia penal internacional estructuralmente sobrecargada – solo posee una importancia subordinada.

El enfoque – aquí defendido – primariamente cognitivo, aunque complementado con el elemento doloso de la intención descarta en todo caso la reducción (adicional) de las exigencias del dolo, ya sea mediante la creación de un tipo de complicidad específico de Derecho Penal Económico con dolo eventual¹⁹⁸ o en general con un aporte objetivo al hecho de especial peso (aquí denominado como modelo de la compensación) – en cierto modo, como una inversión del incremento usual de las exigencias subjetivas para la compensación de un escaso aporte objetivo al hecho –.

III. Conclusiones

En el contexto del Derecho Penal Internacional Económico, la discusión acerca de la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas se remite esencialmente a los enfoques ya conocidos del Derecho Penal Económico clásico, es decir, los denominados modelos de organización (responsabilidad colectiva de la persona jurídica) y de atribución (de imputación individual, derivada). En principio, y sin negar con ello la existencia de una cultura corporativa („corporate culture“), la fundamentación de esa responsabilidad con base en el modelo de organización debe quedar descartada si, sobre todo, se tiene en cuenta el hecho difícilmente refutable de que la empresa actúa a través de sus miembros, una circunstancia que, por cierto, no es ignorada por los defensores mismos de ese modelo. Por otro lado, el modelo de atribución también ha de enfrentar diversas dificultades, como, por ejemplo, el riesgo de una eventual acumulación de las responsabilidades del empleado (competente) y de la empresa. Otras cuestiones son la de la determinación del estatus del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad de ésta, frente a la cual se adopta aquí un modelo dual (es decir, referida a los directivos y a otros trabajadores de menor jerarquía) aunque con exigencias diversas en cada caso), así como de la eventual necesidad de identificación del delito y del trabajador, lo cual tendría que rechazarse si precisamente se pretende evitar problemas de comprobación („corporate veil“) y, además, hacer justicia a la organización defectuosa de la empresa.

Una fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el modelo de la atribución

¹⁹⁷ Al respecto ya las referencias en supra nota 112. Considerando a los „senior executives“ de Caterpillar como „most responsible“ *Wisner*, JICJ 15 (2017), 343 (356).

¹⁹⁸ *Stoitchkova* (supra nota 10), p. 108 ss.

lleva sin embargo a otras cuestiones, entre ellas, las relativas a las formas de intervención, en donde desde una perspectiva práctica cobra particular relevancia la complicidad. En primer lugar, viene en consideración en el ámbito objetivo la necesidad de un umbral mínimo de punibilidad que permita distinguir entre un acto de participación y las así denominadas “conductas neutrales”. Respecto a esta cuestión resulta relevante la “esencialidad” del aporte, cuyo límite mínimo ha de ser determinado, sin embargo, caso por caso y para lo cual podrían en principio ser de utilidad, entre otros, los criterios de la imputación objetiva. En segundo lugar, en el ámbito subjetivo se precisa la definición de un estándar que resulte adecuado y que, al mismo tiempo, no termine desincentivando por completo la necesaria actividad empresarial (respetuosa de la ley) ni obstaculizando la persecución penal. Ambas condiciones parecen ser cumplidas por un enfoque primariamente cognitivo (conocimiento positivo del cómplice respecto del efecto incrementador del riesgo que tiene su aporte respecto del hecho principal, sin conocimiento de los detalles del hecho) aunque complementado con una interpretación restrictiva de la intención (intención referida únicamente a la acción de complicidad y no al hecho principal).

De cualquier modo, más allá de la posibilidad de una fundamentación de la responsabilidad penal internacional de las empresas, la búsqueda de una *accountability* de las personas jurídicas mediante el recurso al Derecho Penal Internacional no ha de pasar por alto que otras circunstancias – como las menores perspectivas intimidatorias del Derecho Penal Internacional Económico en comparación con el Derecho Penal Económico clásico o los objetivos modestos del Derecho Penal Internacional – pueden servir justamente para evitar que se depositen expectativas demasiado altas en la consecución de ese cometido.