

Modelo de responsabilidad penal de la organización en Alemania, propuesto por el Versang-e

Model of criminal liability of the organization in Germany, proposed by Versang-e

*Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha¹
George Walter Barreto de Oliveira²*

RESUMEN: El Gobierno Federal Alemán propuso, en 2020, el Proyecto de Ley para el Fortalecimiento de la

-
- 1 Pós-doutoramento concluído com aprovação no Programa de Pós-graduação em Direito na FDUFG (2018). Concluiu o segundo curso de doutorado, no programa de pós-graduação da FDUFG (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - RJ (1993) e especialista em filosofia - pós-graduação lato sensu - (2012) pela mesma universidade. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - RJ (1988). Coordenador da Linha de pesquisa Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito e coordenador do projeto coletivo de pesquisa: Liberdade, segurança jurídica e limites ao poder penal no Estado Democrático de Direito (área: Direito Penal contemporâneo), do Programa de Pós-graduação em Direito da FDUFG, líder dos grupos de pesquisa Criminal compliance e Responsabilidade penal de pessoas jurídicas, registrados no CNPq. Professor Titular de Direito Penal da FDUFG, nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Desembargador Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, ocupando vaga destinada ao quinto constitucional do Ministério Público. Email: fgalvaoufmg@gmail.com.
 - 2 Mestre e doutorando em Direito Penal (FD|UFG). Especialista em compliance (CEDIN), e em Direito penal econômico (IBCCRIM + U. Coimbra). Advogado. Email: walt.b.george@gmail.com.

Integridad en la Economía, que prevé sanciones a las organizaciones. La propuesta trae un turbo modelo de responsabilidad, cuyos referenciales argumentativos y naturaleza jurídica vienen siendo cuestionados. El presente trabajo analiza el Proyecto de Ley y concluye que el mismo pretende instituir responsabilidad penal para las organizaciones, adoptando inconsistente modelo, basado tanto en el defecto de organización como en el hecho de conexión.

PALABRAS CLAVE: Política criminal; Responsabilidad; Organización; Derecho Penal; Alemania.

ABSTRACT: The German Federal Government proposed, in 2020, the Bill for the Strengthening of Integrity in the Economy, that provides for sanctions to organizations. The proposal has a blurred model of liability, whose argumentative references and legal nature have been questioned. This article analyzes the Bill and concludes that the Bill intends to institute criminal liability for organizations, adopting an inconsistent model of liability based on the argumentative references of the organizational fault and the act of connection.

KEYWORDS: Criminal policy; Liability; Organisation; Legal Entity; Criminal Law; Germany.

1 Introducción

El presente artículo pretende analizar el modelo de responsabilidad de las organizaciones, propuesto por el Proyecto de una Ley para el Fortalecimiento de la Integridad en la Economía³ (en adelante, VerSanG-E), que tramita en adelantada fase en el Parlamento Alemán.

3 ALEMANIA, 2020.

El Ministerio Federal de Justicia y Defensa del Consumidor (en adelante, BMJV), que elaboró el anteproyecto del VerSanG-E, tergiversó en lo que se refiere a la índole criminal de la responsabilidad de la organización. Evitó el uso del término “pena criminal” (*Kriminalstrafe*) en el texto de la minuta, bien como la polémica a respecto de la naturaleza de la responsabilidad. Para tal, el BMJV partió de la premisa⁴ de que las sanciones a las organizaciones ya están consolidadas en la Ley de Contraordenaciones⁵ (en adelante, OWiG). No obstante, la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la organización propuesta por el VerSanG-E es controvertida.

Una vertiente crítica a la perspectiva ministerial⁶ comprende que el VerSanG-E establece en su contenido una responsabilidad de naturaleza penal, frente a un análisis de los caracteres que componen y circunstancian el modelo, tales como: (i) el énfasis legislativo de tratamiento específico de las infracciones penales; (ii) el cambio cualitativo (mayor desvalor ético social) y cuantitativo (mayores sanciones) al contenido abordado; (iii) la observancia de las reglas del Código de Proceso Penal Alemán y el juicio por jueces con competencia criminal.

Entendiendo esa perspectiva crítica como siendo la más adecuada, el presente artículo admite la premisa de que el VerSanG-E propone un modelo de responsabilidad de la organización de naturaleza jurídica criminal, mereciendo, por consiguiente, un estudio dentro del marco de los principios y reglas del Derecho Penal. El objetivo general del análisis

4 BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ, 2020.

5 ALEMANIA, 1987.

6 Como ejemplos de perspectivas críticas, vide BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, 2020. En sentido semejante: DEUTSCHEN ANWALTVEREINS DURCH DIE AUSCHÜSSE STRAFRECHT, ARBEITSRECHT, BERUFSRECHT UND HANDELSRECHT, 2020.

del presente artículo es la identificación y caracterización del modelo de responsabilidad de la organización propuesto, teniendo como objetivos específicos la comprensión de los criterios de imputación de responsabilidad establecidos por la propuesta.

El marco teórico utilizado es el de la concepción significativa de la acción, de Vives Antón⁷, que tendrá relevancia para la superación de los obstáculos ontológicos y pre jurídicos de un modelo de responsabilidad predominantemente normativo; y el de Galvão⁸, para estudio de los criterios de imputación y demás referenciales argumentativos estudiados a lo largo de la identificación y delimitación del modelo de responsabilidad analizado.

2 Modelo de responsabilidad

Para identificación y caracterización del modelo de responsabilidad de la organización propuesto por el proyecto de ley alemán, el presente estudio sigue el orden de disposición de las principales normas para la construcción del modelo de responsabilidad, a saber, los §§ 1, 2, y 3 VerSanG-E.

A partir del § 1 VerSanG-E se define en el texto del proyecto el objetivo de aplicación de la norma propuesta: la reglamentación de sanciones a las organizaciones que tienen por finalidad la operación económica de negocios que cometan infracción penal, por violación de obligación o con probable enriquecimiento⁹. Esa primera disposición es importante en la medida en que establece los caracteres fundamentales para la acomodación del nuevo régimen de

7 VIVES ANTÓN, 2011.

8 GALVÃO, 2020.

9 ALEMANIA, 2020, p. 10.

responsabilidad al ordenamiento jurídico alemán. Cabe observar que la OWiG permanecerá aplicable para sancionar organizaciones en los casos que no reúnan los requisitos establecidos en el referido § 1 VerSanG-E.

Los requisitos cuya comprensión es necesaria para la interpretación adecuada del significado del § 1 VerSanG-E son: (i) las organizaciones con objetivo dirigido a una operación económica de negocios (*Verbänden, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist*)¹⁰, y (ii) las infracciones penales por medio de las cuales ocurre violación de obligación de la organización, o potencial enriquecimiento (*Straftaten, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte*)¹¹.

El § 2 VerSanG-E establece cuáles son los posibles sujetos de imputación al definir lo que debe ser considerado *organización*. Las organizaciones que tengan por objetivo realizar operaciones económicas de negocios, conforme lo dispuesto por el § 1 VerSanG-E, podrán ser responsabilizadas en los términos del modelo propuesto¹².

En el proyecto, el término *organización* se encuentra vinculado al término *hecho* para que juntos formen una nueva expresión con sentido propio atribuido por la ley: el *hecho de organización*. Esa expresión está utilizada a lo largo del texto del VerSanG-E para referirse a las infracciones penales por medio de las cuales ocurre violación de obligación de la organización o su potencial enriquecimiento¹³.

Finalmente, se hace necesario analizar el contenido de lo dispuesto por el § 3 VerSanG-E, que establece, a partir

10 ALEMANIA, 2020, p. 10.

11 ALEMANIA, 2020, p. 10.

12 ALEMANIA, 2020, p. 10.

13 AMBOS, 2022, p. 25.

de ciertos referenciales argumentativos, en qué situaciones podrá ser atribuida una sanción a la *organización* por la realización de un *hecho de organización*.

La configuración del modelo de responsabilidad será mejor detallada a continuación.

Organizaciones con objetivo dirigido a la operación económica de negocios

La previsión que consta en el § 1 VerSanG-E establece el ámbito de aplicación de la norma¹⁴.

Para comprender el alcance de la norma propuesta por el proyecto es necesario delimitar lo que se entiende: (i) por *organización* (*Verband*), y (ii) por operación económica de negocio (*wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb*).

Para los efectos de la ley propuesta, el § 2 (1) 1. VerSanG-E define el concepto de *organización*¹⁵. El término *organización* (*Verband*) es definido como siendo, alternativamente: (i) una persona jurídica de derecho público o privado, (ii) una asociación con capacidad jurídica (como partido político, sindicato, asociación estudiantil, etc.), (iii) una asociación legal (tipo de sociedad formada por al menos dos socios, siendo uno de ellos personal e ilimitadamente responsable de la sociedad)¹⁶.

14 Según el referido dispositivo: “§ 1 Campo de Aplicación de la Norma. Esta ley establece la aplicación de sanciones a las organizaciones dirigidas a la operación económica de negocios, resultantes de infracciones penales que impliquen violación de sus obligaciones o les produzcan o puedan producir enriquecimiento”. Traducción libre del § 1 VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 10.

15 De acuerdo con el dispositivo: “(1) Para efectos de la presente ley, 1. una organización es: a) una persona jurídica de derecho público o privado, b) una asociación sin capacidad jurídica, c) una asociación legal con capacidad jurídica”. Traducción libre del § 2 (1) VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 10.

16 ALLAHVERDIYEV; MARVIN, 2022.

Inspirado en las disposiciones ya existentes en el § 30 (1) 1. a 3. OWiG, el término organización del VerSanG-E alcanza un amplio campo, que incluye todas las personas jurídicas de derecho público o de derecho privado, sean sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones, sociedades de responsabilidad limitada, cooperativas, asociaciones y fundaciones con capacidad jurídica, admitiendo incluso organizaciones extranjeras cuyo tipo sea comparable al de una organización, sin adoptar, no obstante, el concepto de *persona jurídica europea*, que iría más allá e incluiría todas las asociaciones de personas que desempeñan una actividad económica, independientemente de su forma jurídica¹⁷.

Respecto al hecho de que el concepto de *organización* incluye personas jurídicas de derecho público, el proyecto es contrario al sector doctrinario que defiende la imposibilidad de que el Estado pueda punir a sí mismo¹⁸. En ese sentido, entes federativos y sus entidades (sean paraestatales o no) son considerados organizaciones para los fines de la norma y pueden ser punidos¹⁹. Cabe observar que, por previsión expresa de exclusión del § 5 3., el VerSanG-E no permite responsabilización para los actos de soberanía (*Hoheitliches Handeln*), como la edición de leyes y actos administrativos típicos²⁰.

Contrariando también lo que dispone parte significativa de la doctrina²¹, Alemania no encuentra mayores dificultades para responsabilizar entes despersonalizados, que, aunque todavía son considerados como *asociaciones sin capacidad jurídica* por el Proyecto, ya son considerados

17 ALEMANIA, 2020, p. 64.

18 SHECAIRA, 2011, pp. 186-187.

19 ALEMANIA, 2020, p. 71.

20 ALEMANIA, 2020, p. 11.

21 FARIAS, 2011, p. 401.

capaces de responsabilización resultante de infracciones administrativas y penales cometidas por personas a ellos vinculadas²².

Identificado el contenido del concepto de *organización*, se hace necesario recordar que el ámbito de aplicación de la norma se refiere únicamente a las organizaciones dirigidas a la operación económica de negocios. Las entidades que no están dirigidas a la operación económica de negocios, a su vez, permanecerán, por regla general, por ausencia de revocación del escenario legal ya existente, sometidas a la OWiG.

No obstante, ¿cómo se puede hacer la distinción entre los dos tipos de organizaciones? El Código Civil Alemán (en adelante, BGB), en sus §§ 21 y 22, trata de organizaciones comerciales y no comerciales. La operación económica de negocios constituye criterio material para la distinción. Sin embargo, los dispositivos no aportan parámetros para una distinción clara. Ante esa dificultad, algunos criterios jurisprudenciales tipológico-teleológicos fueron siendo establecidos a lo largo del tiempo.

Para caracterizar una organización dirigida a la operación económica de negocios, o comercial, en la acepción del § 22 BGB, la organización debe desarrollar su actividad conforme objeto prescrito por sus documentos sociales, de forma no-eventual y dirigida al público externo a la organización, o sea, extrapolando su público interno, por medio de la celebración de contratos con terceros, y buscando la obtención de ventajas a favor de la organización o de sus miembros²³. Por otro lado, una organización no dirigida a la operación económica de negocios, o no-comercial, en los términos del § 21 BGB, es considerada como aquella que no atiende los requisitos anteriores. En especial, sus actividades

22 GALVÃO, 2020, p. 64.

23 VERWALTUNGSGERICHT AUSBURG, 2018.

no están dirigidas al público externo a la organización o no pretenden obtener ventajas a favor de la organización o de sus miembros.

Para caracterizar una organización, debe considerarse también otro criterio jurisprudencialmente establecido, conocido como *privilegio de propósito secundario*. Según ese referencial, una organización permanece siendo no-comercial, aunque desarrolle actividades emprendedoras, siempre y cuando esas actividades sean subordinadas y atribuidas a la finalidad de contribuir para que la organización alcance su objeto principal no-económico²⁴.

De ese modo, el campo de las operaciones económicas de negocio, por sí solo, no constituye referencial conclusivo para la configuración o desconfiguración del *privilegio de propósito secundario*²⁵. Eso hace con que, por ejemplo, algunos hospitales, universidades, clubes deportivos y de música privados²⁶, con propósito caritativo, no sean considerados organizaciones con objeto de operación económica de negocios.

Aunque algunos sectores sin fines lucrativos, como el religioso de caridad, estén sometidos a una estructura de riesgos menor que organizaciones económicamente activas, y que tampoco tengan soporte financiero para promover medidas de *compliance* e investigaciones internas²⁷, la exclusión de organizaciones sin fines económicos contradice el objetivo de la VerSanG-E de combatir la criminalidad económica en el ámbito das grandes organizaciones²⁸.

El tamaño de la entidad tampoco es criterio suficiente para la definición de la organización que puede ser responsa-

24 VERWALTUNGSGERICHT AUSBURG, 2018.

25 VERWALTUNGSGERICHT AUSBURG, 2018.

26 STRAFVERTEIDIGERVEREINIGUNGEN, 2020.

27 BUNDESVERBAND DEUTSCHER STIFTUNGEN, 2020.

28 ALEMANIA, 2020, p. 1.

bilizada. Pese a que el proyecto ha surgido con la motivación de readecuar el marco sancionatorio alemán para impedir la punición insuficiente de organizaciones muy fuertes financieramente, el VerSanG-E no explica por qué propone punir más severamente a las pequeñas y medias empresas alemanas.

2.2 Hecho de organización

Para la identificación de delitos que permiten la responsabilización de la organización por medio del VerSanG-E, el § 2 (1) 3 del proyecto define el concepto normativo de hecho de organización (*Verbandstat*), realizando atribución de significado a la expresión²⁹.

La disposición define el hecho de organización como hecho criminoso que se caracteriza: (i) por la violación de obligaciones de la organización; (ii) por el enriquecimiento de la organización; o (iii) posibilidad de que la organización pueda enriquecerse.

Esa construcción, que servirá como prerrequisito y base de todo el modelo de responsabilidad de la organización propuesto por el VerSanG-E, posee como característica esencial la infracción penal que, cualificada, alternativamente, por una de las expresiones adjetivas restrictivas, integra el contenido normativo del hecho de organización.

Se nota, por lo tanto, que cualquier infracción penal puede configurarse como hecho de organización, bastando, para tanto, que se desprenda de ella (i) la violación de obligaciones de alguna forma dirigidas a la organización, o

29 “§ 2 Definiciones; (1) Para efectos de la presente ley, 1. [...] 2. [...] 3. un hecho de organización: una infracción penal por medio de la cual obligaciones de la organización son violadas o la organización se enriquece o podría enriquecerse”. Traducción libre do § 2 (1) 3. VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 10.

(ii) su efectivo o probable enriquecimiento. De esa manera, los hechos de organización no se limitan a ciertos grupos de delitos, como crímenes contra el patrimonio o contra las órdenes económica o tributaria. Cualquier delito del orden jurídico alemán, como del Código Penal Alemán (en adelante, StGB), puede configurarse como hecho de organización. En ese sentido, son ejemplos dados por el VerSanG-E: tráfico de personas para fines de explotación laboral (§ 233 StGB), delitos ambientales (§§ 324 y ss StGB), y delitos contra la competencia (§§ 298, 299 (2), 299b StGB). Es interesante notar que, aunque un delito sea elemento componente de la formación de significado del *hecho de organización*, ese último genera un referencial propio para fundamentar la responsabilidad de las organizaciones. En otras palabras, el *hecho de organización* está previsto en norma incriminadora y sancionadora propia.

El § 2 (2) VerSanG-E establece, también, que determinados hechos practicados fuera del territorio de Alemania deben ser considerados como equiparados a los hechos de organización, para efectos de responsabilización³⁰.

Por fuerza de esa disposición, se equiparan a *hechos de organización* los hechos practicados fuera de Alemania que contemplen los siguientes requisitos y circunstancias: (i) que el hecho sea considerado delito por el Derecho Penal Alemán, (ii) que el hecho sea criminalmente punible de acuerdo con la jurisdicción del local en que ha ocurrido o

30 Según el referido dispositivo: “§ 2 [...] (1) [...] (2) Es hecho equiparado a un hecho de organización, para los efectos de la ley, aunque no sea delito para el Derecho Penal, por limitación de eficacia espacial, si: 1. el hecho se considera un delito por el Derecho Penal alemán (si fuera realizado en Alemania); 2. el hecho fuera punible bajo la jurisdicción a él aplicable o no estuviera sometido a ninguna otra jurisdicción, 3. la organización tuviera sede en Alemania, en el momento de la infracción y 4. los otros requisitos del n.º 1, número 3 (definición de hecho de organización) fueran cumplidos”. Traducción del § 2 (2) VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 10.

no esté sometido a ninguna jurisdicción, (iii) que el hecho pueda ser relacionado a la organización que tenga sede en Alemania en el momento de la infracción penal, y (iv) que el hecho sea cualificado por una violación de obligaciones de la organización o de él derive efectivo o probable enriquecimiento a la organización³¹.

Esa previsión de equiparación de determinados hechos practicados fuera del territorio de Alemania a hechos de organización busca sanar déficits de aplicación legal enfrentados por la actual legislación alemana. No obstante, todo indica que la equiparación será al menos parcialmente ineficaz en sus pretensiones. En ese sentido, CARACAS da ejemplo de déficit de aplicación de la disposición propuesta para equiparación de los hechos de organización: la constelación de casos en que la persona que comete delito en suelo extranjero no está vinculada a la organización que tiene sede en Alemania, sino de una subsidiaria o tercera organización que no tiene sede en el país, no cumpliendo el ítem “(iii)” citado y no será posible equiparar sus hechos a hechos de organización³². En resumen, la extensión espacial no logra abarcar la criminalidad ocurrida en un contexto cruzado de organizaciones.

3 Referenciales argumentativos e imputación objetiva

Constituye un punto importante para la caracterización del modelo de responsabilidad de la organización, propuesto por el VerSanG-E, la identificación de sus referenciales argumentativos y requisitos de responsabilización. Se entiende por referenciales argumentativos el conjunto de

31 AMBOS, 2022, p. 24.

32 CARACAS, 2020.

ideas centrales utilizadas en el discurso de fundamentación de la responsabilidad de la persona moral y que ponen de manifiesto opciones político-criminales y perspectivas dogmáticas del modelo³³.

El primer punto es de carácter político-criminal, relacionado con la opción entre: (i) establecer una responsabilidad subsidiaria (accesoria), o (ii) una responsabilidad directa de la persona jurídica. La responsabilidad subsidiaria es la opción que surge cuando se consideran las dificultades concretas para identificar y responsabilizar a las personas físicas que contribuyeron para el delito, de modo que la posibilidad de responsabilización de la organización surge como despliegue de los casos en que no sea posible responsabilizar personas físicas. En la hipótesis de responsabilidad directa, a su vez, el ente moral es responsabilizado por razones que le son propias, independientemente de la responsabilización de la persona física.³⁴

Respecto a esa cuestión, el VerSanG-E manifiesta la opción político-criminal por la responsabilización directa de las organizaciones. En la exposición de motivos que justifican esa opción, el proyecto argumenta que, con la sanción de la organización por detrás de la persona natural, el sistema jurídico reaccionará también a aspectos criminógenos de las estructuras de organización, que en algunos casos puede llevar a la difusión de responsabilidad, facilitando e incentivando la infracción penal por parte de personas a ella vinculadas³⁵. Con la sanción a la organización, el sistema normativo ofrece mecanismos inhibitorios a las circunstancias y consecuencias de la criminalidad a ella relacionadas, como los incentivos económicos derivados de la práctica criminal³⁶.

33 GALVÃO, 2020, p. 34.

34 GALVÃO, 2020, p. 19; SALVADOR NETTO, 2020, RB-2.3.

35 ALEMANIA, 2020, p. 47.

36 ALEMANIA, 2020, p. 47.

Respecto a la estructura dogmática de la responsabilidad de la organización, es posible identificar, a partir de la experiencia normativa internacional, dos modelos básicos³⁷: (i) el modelo de heterorresponsabilidad (o de responsabilidad derivada), y (ii) el modelo de autorresponsabilidad (o de responsabilidad propia), sin el perjuicio de la armonización de los referidos modelos en perspectivas mixtas³⁸.

Considerando una perspectiva de atribución, puede decirse que el modelo de autorresponsabilidad es un modelo de responsabilidad por atribución directa, en la medida en que los conceptos necesarios a la atribución de responsabilidad de la organización son construidos en referencia directa a la actividad que realiza. El modelo de heterorresponsabilidad, a su vez, se puede comprender como un modelo de responsabilidad por atribución indirecta, en la medida en que utiliza conceptos relacionados a la conducta humana para establecer la responsabilidad de la persona moral³⁹.

Conforme los modelos de heterorresponsabilidad, también conocidos como responsabilidad por atribución indirecta, responsabilidad derivada, o responsabilidad por préstamo, las organizaciones son responsabilizadas objetivamente por la conducta ilícita realizada por personas a ellas vinculadas. Esos modelos se centran en la comprensión de que la organización está constituida por individuos, de modo que su responsabilidad solo se puede mediatamente admitir por derivación de la conducta que ellos realizan. Esos modelos no despliegan esfuerzos para reformular los elementos de la teoría del delito, en la medida en que reconocen la incapacidad de acción de la persona jurídica y utilizan a la persona individual vinculada al ente colectivo para atender

37 SARCEDO, 2016, pp. 127-143; GALVÃO, 2020, p. 20; GUEIROS, 2021, p. 209.

38 SALVADOR NETTO, 2020, RB-6.1

39 SALVADOR NETTO, 2020, RB-2.2.

los requisitos físicos y psicológicos de la teoría del delito⁴⁰.

El modelo de responsabilidad por préstamo presenta dos variaciones importantes: (i) el modelo vicarial, que postula haber responsabilidad de la persona moral derivada de la actuación de cualquiera de sus integrantes, dirigentes o no, siempre y cuando esa actuación esté en el ámbito de las atribuciones que le han sido conferidas por la organización y ocurra con intención de beneficiarla; y (ii) el modelo de responsabilidad por identificación, que postula haber responsabilidad del ente colectivo derivada de actuación de integrante de los órganos de dirección o en su representación, prescindiendo de la necesidad de constatar la intención de beneficiar a la persona moral⁴¹.

En esos términos, mientras que el primer submodelo admite mayor restricción de orden finalista (intención de beneficiar a la organización) y menor restricción de orden subjetiva (por admitir el préstamo de responsabilidad por actuación de cualquiera de los integrantes de la organización), el segundo submodelo opera mayor restricción de orden subjetiva (por el hecho de que el préstamo solo ocurre en los casos en que un integrante de la organización ostente posición de dirección), pero, por otro lado, prescinde del requisito finalista.

3.1 Estructura de heterorresponsabilidad por hecho de conexión

El VerSanG-E, en el § 3 (1), trata de la responsabilidad de la organización (*Verbandsverantwortlichkeit*) y presenta las hipótesis de responsabilización de la organización⁴².

40 GALVÃO, 2020, p. 22; SALVADOR NETTO, 2020, RB-2.1.

41 GALVÃO, 2020, pp 23 y ss.; SALVADOR NETTO, 2020, RB-2.2.

42 “§ 3 Responsabilidad de la Organización: (1) Una sanción de organización

De acuerdo con el dispositivo, se debe imponer sanción a una organización cuando una *persona de dirección* realiza un *hecho de organización*. La norma, por lo tanto, describe una hipótesis de heterorresponsabilidad o responsabilidad que es derivada de la conducta de una persona física que ejerce función de dirección.

La previsión de la primera hipótesis de responsabilización está compuesta por tres conceptos esenciales: *organización* (*Verband(es)*), *hecho de organización* (*Verbandstat*), y *persona de dirección* (*Leitungsperson*), siendo que los dos primeros conceptos ya han sido objeto de estudio en tópicos anteriores.

El VerSanG-E, en el § 2 (1) 2., define lo que se debe entender por *persona de dirección*⁴³. Con una redacción distinta, la disposición en cuestión busca ser más amplia que aquella prevista por el § 30 (1) OWiG, que actualmente se aplica a las organizaciones en el ordenamiento jurídico de Alemania.

Conforme el VerSanG-E, el significado de la expresión *persona de dirección* puede corresponder alternativamente a

es impuesta a una organización si alguien:

1. realiza un hecho de organización como persona de dirección de esa organización o 2. comete un hecho de organización en la percepción de los negocios de la organización, si las personas de dirección de la organización hubieran podido evitar o dificultar significativamente la realización del delito, por medio de precauciones razonables para evitar los hechos de organización, especialmente mediante estructuración, selección, orientación y supervisión". Traducción libre del § 3 (1) VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 11.

43 "§ 2 Definiciones; (1) Para efectos de la presente ley, 1. [...] 2. una persona de dirección es: (a) un miembro de un órgano autorizado a representar una persona jurídica, (b) miembro de consejo de una asociación despersonalizada, (c) socio de una asociación legal autorizado a representarla, (d) representante general o, en la medida en que ocupe un cargo de dirección, mandatario o representante autorizado de una organización, o (e) cualquier persona actuando para la gestión de la organización, incluyendo la supervisión de la gestión u otro ejercicio de poderes ejecutivos en una posición gerencial". Traducción libre del § 2 (1) 2. VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 10.

un: (a) miembro de un órgano representativo de una persona jurídica; (b) miembro de consejo de una asociación despersonalizada, (c) socio de una asociación legal autorizado a representarla; (d) representante general o, en la medida en que ocupe un cargo de dirección, mandatario o representante autorizado de una organización; o (y) cualquier persona actuando para la gestión de la organización, incluyendo la supervisión de la gestión u otro ejercicio de poderes ejecutivos en una posición gerencial. Respecto a ese grupo de significados posibles para la *persona de dirección*, llama la atención el apartado “e”, que define como persona de dirección a cualquier persona que ejerza factualmente función directiva y de gestión de la organización, aunque esa persona no ocupe posición formal en la organización. De ese modo, la definición de *persona de dirección* logra, a depender del contexto fáctico de atribuciones de poderes de los sectores de una organización, alcanzar auditores, encargados de la conformidad ambiental o de protección de datos con capacidad de emitir instrucciones en la organización, jefes de auditoría interna y *compliance officers*.

El proyecto destaca que, una vez constatada la posición de *persona de dirección*, es irrelevante el hecho de que esa persona cumpla estrictamente o exceda su área de atribución dentro de la organización, o aún si combina las actividades que le han sido atribuidas en la organización con actividades que atienden a sus propios intereses⁴⁴.

Interpretando la redacción del § 3 (1) 1. VerSanG-E, ahora con la comprensión del significado conferido a la *persona de dirección* y al *hecho de organización*, es posible desprender que la norma utiliza un referencial argumentativo para conectar la realización de una conducta humana a la actuación de la organización a ser responsabilizada. El referencial ar-

44 ALEMANIA, 2020, p. 69.

gumentativo que realiza la conexión entre hecho realizado materialmente por una persona física y la expresión de la actuación da organización corresponde al *hecho de conexión*, también denominado algunas veces en la doctrina como *hecho de referencia*⁴⁵. En la hipótesis examinada, la conducta de la *persona de dirección* constituye el *hecho de conexión* que expresa la actuación de la organización (*hecho de organización*) que viola una obligación que se le dirige, la enriquezca o pueda enriquecerla, conforme definición del § 2 (1) 3.

En ese sentido, es interesante notar que, para establecer la conexión entre la conducta de la persona física y la expresión de la manifestación de la organización, el VerSanG-E utiliza, alternativamente, un criterio relacionado a la violación de deber de la organización o un criterio relacionado al enriquecimiento de la organización. Esa opción del proyecto deja de observar orientaciones doctrinarias que defienden la necesidad de utilizar cumulativamente los referidos criterios.⁴⁶

Se puede reputar a la conexión establecida entre el delito practicado por la persona de dirección y el hecho de organización imputable al ente colectivo como siendo una conexión imperfecta o impropia, en la medida en que el hecho de organización no trae consigo el mismo enmarque jurídico del tipo de delito realizado por la persona física, ni las mismas sanciones.

Dentro de los términos del proyecto, mientras que se responsabiliza a la persona natural con base en un determinado tipo incriminador constante del StGB, la organización responderá en los términos del dispositivo que prevé el *hecho de organización* (§ 3 (1) 1. o § 3 (1) 2. VerSanG-E), para la cual es conminada una *sanción de organización* que está concebida

45 GÓMEZ TOMILLO, 2015, RB-6.3; GALVÃO, 2020, pp. 40 y ss.

46 GALVÃO, 2020, pp. 41-42.

específicamente para aplicación a la persona moral. La realización del delito previsto en el StGB constituye elemento normativo que integra la previsión que se propone específicamente para enmarcar a la persona jurídica.

3.2 Estructura de heterorresponsabilidad por defecto de organización

La segunda hipótesis de responsabilización de la organización encuentra previsión en el § 3 (1) 2. VerSanG-E⁴⁷.

De acuerdo con esa disposición una sanción debe ser impuesta a una organización cuando alguien comete un hecho de organización en la realización de los negocios da organización, si las personas de dirección hubieran podido evitar o dificultar significativamente la realización del delito, por medio de precauciones razonables, como la debida organización, selección, orientación y supervisión de empleados, y así no lo hicieran.

El texto del VerSanG-E reconoce que la comprensión de las medidas de precaución necesarias variará dependiendo del caso concreto, considerando el tipo, el tamaño, la estructura, los peligros inherentes al objeto social de la organización, el número de colaboradores, los reglamentos que deben ser observados y el riesgo de lesión a terceros. La mera compra de un programa de cumplimiento normativo (*compliance*) o de certificaciones no se debe comprender como

47 “§ 3 Responsabilidad de la organización: (1) Una sanción de organización es impuesta a una organización si alguien: 1. [...] 2. comete un hecho de organización en la realización de los negocios de la organización, si las personas de dirección de la organización hubieran podido evitar o dificultar significativamente la realización del delito, por medio de precauciones razonables para evitar hechos de organización, especialmente por la estructuración, selección, orientación y supervisión”. Traducción libre del § 3 (1) VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 11.

suficiente para evitar la responsabilización. El proyecto también reconoce la imposibilidad de garantizar, en todos los escenarios, una protección completa contra cualesquiera infracciones penales, como: (i) en los casos en que el autor del hecho de organización actúa de tal forma motivado, que a despecho de existir un extenso conjunto de medidas de precaución en la organización, ellas no serán adecuadas para prevenir la ocurrencia de ese delito; o aún, (ii) en los casos de infracciones penales dirigidas exclusivamente contra la organización (por faltar el elemento de violación de obligaciones de la organización que compone el significado de hecho de organización – la organización no puede violar obligaciones exclusivamente contra sí misma).

Interpretando la redacción del dispositivo del VerSanG-E, es posible notar que él utiliza otro referencial argumentativo, además del hecho de conexión, para completar su expresión de sentido.

La segunda posibilidad de responsabilización de la organización figura como una camada subsidiaria de imputación al ente colectivo. Por su intermedio se prescinde de restricción subjetiva de realización del ato de organización por una persona de la dirección, de modo que la responsabilidad de la persona moral se completa si (i) cualquier persona que, el tratar de asuntos de la organización, realice un hecho de organización, y (ii) las personas de dirección que hubieran podido evitar o al menos dificultar significativamente la realización de ese hecho, por medio de precauciones razonables, como organización, selección, orientación y supervisión de empleados, no hubieran realizado tales precauciones.

El referencial argumentativo que complementa el hecho de conexión para conferir responsabilidad a la organización, en ese caso, es el *defecto de organización*⁴⁸. Esa idea es

48 Sobre el defecto de organización: GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016, RB-6.4.

un referencial argumentativo muy utilizado por la doctrina para fundamentar la tipicidad o culpabilidad de la organización⁴⁹. El argumento establece relación entre la no-evitación o no-mitigación de la ocurrencia de un delito a un defecto de la organización.

No obstante, el argumento no se puede utilizar en todos los casos. De acuerdo con el proyecto, ese defecto solamente sería relevante si consistiera en falta de precauciones razonables de las personas de liderazgo para que se evite o mitigue la realización de un hecho de organización por otra persona. La forma por medio de la cual el defecto de organización está inserido en la construcción permite la comprensión de que no todo defecto de organización es relevante para fines de responsabilidad de la organización. Solamente es relevante el defecto de organización que dé causa al hecho de organización.

Otra conclusión que la redacción permite concluir es que el referencial argumentativo del defecto de organización no se refiere a un modelo de autorresponsabilidad, sino de heterorresponsabilidad. Al contrario de lo que el argumento parece indicar, la responsabilidad de la organización se fundamenta en defecto que facilita la ocurrencia del delito cometido por personas físicas. Aún más, queda evidenciado por la redacción del VerSanG-E que el defecto se expresa por una omisión penalmente relevante de las personas de dirección. Por esa razón se comprende que se trata de un modelo de heterorresponsabilidad.

Para sedimentación del modelo de heterorresponsabilidad, por fin, es necesario que todas las hipótesis eximentes del delito respecto a la persona que realiza el hecho de organización confiriendo responsabilidad a la organización también la afecte. Eso se hace por medio de una regla de ex-

49 GALVÃO, 2020, pp. 37 y ss.

clusión de la responsabilidad de la organización siempre que la pena de la persona física sea *excluida* o *cancelada*, hipótesis que incluye todos los escenarios de exclusión de cualquiera de los elementos analíticos del delito (§ 5 (1) 1.).

4 Imputación subjetiva

Los referenciales argumentativos analizados sirven para establecer las hipótesis en que un hecho puede ser objetivamente imputado a una organización. No obstante, aún es necesario examinar cómo se debe realizar el examen de los elementos subjetivos del hecho de organización. La necesidad de responder a esa cuestión queda evidente por el hecho de que el legislador se ha alejado de un sistema de responsabilización objetiva, en la medida en que para la aplicación y dosimetría de la sanción de organización es indispensable la clasificación del hecho entre intencional y negligente, conforme dispone o § 9 VerSanG-E⁵⁰.

Pese al creciente movimiento doctrinario inclinado a reconocer que la imputación de elementos subjetivos de ese tipo, incluso respecto a la persona física, no se origina de

50 “§ 9 Montante de la sanción pecuniaria de la organización: (1) La sanción pecuniaria de la organización es 1. en el caso de un hecho de organización intencional, como mínimo, 1.000,00 € y, como máximo, 10.000.000,00 €, 2. cuando se trata de hecho de organización negligente, como mínimo, 500,00 € y, como máximo, 5.000.000,00 €. (2) Cuando se trata de organización con volumen de negocios medio anual superior a cien millones de euros, la sanción pecuniaria de la organización es, en lugar de lo que dispone el n.º 1, 1. en el caso de hecho de organización intencional, como mínimo, diez mil euros y, como máximo, 10% del volumen de negocios medio anual, 2. en el caso de hecho de organización negligente, como mínimo, cinco mil euros y, como máximo, de 5% del volumen de negocios medio anual. [...]”. Traducción libre de trecho del § 9 VerSanG-E. Vide original: ALEMANIA, 2020, p. 13.

la constatación sobre elementos naturalísticos⁵¹, sino como resultado de un proceso atributivo-normativo basado en elementos indicadores objetivos externos⁵², el proyecto de ley no establece paralelos atributivos de intencionalidad o negligencia a la organización. Por instituir modelo de heterorresponsabilidad, el proyecto realiza mera importación del elemento subjetivo presente en la infracción penal realizada por la persona física, haciéndolo correspondiente, sin más, al elemento subjetivo de la organización en relación con el hecho de organización⁵³.

Importante notar que el aspecto subjetivo, según el VerSanG-E, siempre se da respecto a la infracción penal subyacente al hecho de organización. En ese sentido, en la hipótesis del § 3 (1) 2. VerSanG-E, el elemento subjetivo que orientó la conducta de las personas de dirección, al desarrollar medidas de precaución razonables o dificultar la ocurrencia del hecho de organización, es irrelevante. Como aclara el texto del proyecto, basta con que el defecto de organización produzca inobservancia de los deberes de las personas de dirección, bien como que el riesgo de esa infracción penal sea objetivamente reconocible⁵⁴.

El mero préstamo del elemento subjetivo de la persona física a la organización ignora implicaciones de orden práctica sobre las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa⁵⁵, como aquellas originarias de posible disonancia subjetiva entre la infracción penal que compone el hecho de organización y la falla de las personas de direc-

51 VIVES ANTÓN, 2011, pp. 248-256.

52 GALVÃO, 2020, p. 122.

53 GALVÃO, 2020, p. 22.

54 ALEMANIA, 2020, p. 69.

55 Sobre las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa: ROSO CAÑADILLAS, 2011.

ción en dificultar la realización del hecho de organización por *extraneus*, conforme § 3 (1) 2. VerSanG-E. En ese dominio de imputación, dos constelaciones de casos ejemplifican las inconsistencias del modelo: (i) la situación en que la infracción penal que subyace el hecho de organización se realiza dolosamente por la persona física que no es persona de dirección y ocurra falla de prevención culposa por parte de los miembros de dirección de la organización; y (ii) la situación en que la infracción penal que subyace el hecho de organización se realiza culposamente por la persona física que no es persona de dirección y la ausencia de medidas de precaución ocurre de manera intencional por parte de los miembros de dirección de la organización.

El efecto resultante del examen del dolo basado en la infracción penal cometida por la persona física implica, en la primera constelación de casos, posible punición desproporcional más allá de lo razonable (*Übermassverbot*). Eso porque el hecho de organización sería clasificado y punido como intencional, pese a la falta cometida por los miembros de dirección, respecto a la práctica del hecho de organización, a la violación de deberes institucionales de la organización o a su probable enriquecimiento originario de la infracción criminal. En la segunda constelación de casos, ocurre punición proporcionalmente deficiente (*Untermassverbot*), en la medida en que, aunque la infracción penal que compone el significado del hecho de organización sea culposa, los miembros de dirección intencionalmente dejan de emplear las debidas precauciones para dificultar la realización de la infracción penal. Ambas hipótesis aquí cotejadas revelan incoherencias del modelo propuesto por el proyecto y la necesidad de considerar aspectos subjetivos de la falla de medidas de precaución.

La inconsistencia de esa atribución de mero préstamo subjetivo realizada por el VerSanG-E queda aún más nítida cuando se comprende la disfunción sistemática de esa construcción en comparación con la imputación subjetiva ora vigente en la OWiG, aplicable a los casos de falla de medidas de supervisión. De acuerdo con el § 130 OWiG, es necesario que la omisión relativa a las medidas de supervisión ocurra, como mínimo, de manera negligente. El aspecto subjetivo de la responsabilización se opera con base en la falla de medidas de supervisión, y no en relación con la infracción penal o contraorden. Y, en ese caso, conforme dispone el § 130 (3) OWiG, el precepto sancionador es sustancialmente menos gravoso. El resultado de esa disonancia subjetiva para evaluación del elemento subjetivo entre el VerSanG-E y la OWiG es una curiosa paradoja⁵⁶, por medio de la cual la responsabilidad sometida a un marco sancionador más blando (OWiG) está vinculada a requisitos subjetivos más estrictos que aquellos exigidos por la responsabilidad decurrente del marco sancionador más gravoso (VerSanG). Considerando además las tenues fronteras entre la aplicación de un marco legal y el otro, resta inconsistente un ordenamiento que, para punir fallas de prevención a infracciones penales realizadas en el desarrollo de las actividades de organizaciones no dirigidas a operaciones económicas de negocios, demanda necesario examen de negligencia o intencionalidad de la omisión de medidas de supervisión y, para punir fallas de prevención a infracciones penales realizadas en el desarrollo de las actividades de organizaciones dirigidas a operaciones económicas de negocios, usa como referencia para apuración del elemento subjetivo el hecho de organización y el defecto en las medidas de precaución.

56 BUNDESVERBANDES MEDIZINTECHNOLOGIE, 2020.

5 Institución de un modelo auténtico de autorresponsabilidad

La propuesta que se consolida en el VerSanG-E ha recibido muchas críticas, en especial, fundamentadas en el entendimiento tradicional de la incapacidad de culpa de la organización⁵⁷.

Las críticas al modelo de heterorresponsabilidad se justifican, una vez que la adopción del modelo ofrece fuerte estímulo para que las personas morales oculten las prácticas criminosas que se verifican en el desarrollo de sus actividades. Como la responsabilidad de la organización está condicionada a la identificación de un hecho concreto de la *persona de dirección* o de la omisión de cautelas por parte de *personas de dirección* necesarias para evitar el hecho de organización, la tendencia natural es que la organización obstruya las investigaciones criminales, en favor de su propia defensa⁵⁸.

Seguramente, la responsabilización concreta de la organización queda seriamente comprometida cuando no sea posible identificar a la *persona de dirección*. La dificultad se presenta aún mayor en los casos en que la persona moral se estructura deliberadamente para impedir la apuración de los crímenes ocurridos, lo que la doctrina relevante denomina de *irresponsabilidad individual organizada*, o en los casos de grandes y complejas estructuras empresariales, para las cuales la doctrina identifica una *irresponsabilidad individual estructural*⁵⁹.

57 ROBLES PLANAS, 2007, pp 464-465.

58 NIETO MARTÍN, 2019, pp. 82-83. En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, 2013, p. 59.

59 ROBLES PLANAS, 2007, pp. 457-484. En el mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, 2016, pp. 287-289.

Sin embargo, las críticas al modelo de heterorresponsabilidad adoptado por el VerSanG-E también adquieren relevancia dogmática cuando se identifica la relación entre el elemento subjetivo de la conducta de la persona física y la atribución del hecho de organización. Dentro de los términos del proyecto, como anteriormente examinado, la persona moral responde en conformidad con el elemento subjetivo de la persona física que ha realizado concretamente el hecho de organización. El modelo establece una forma inadecuada de responsabilidad debido a la conducta de otro⁶⁰. Tal construcción no es capaz de conferir legitimidad a la intervención punitiva. Si el hecho de organización viola un deber jurídico dirigido a la persona jurídica, la gravedad de la sanción no se puede establecer por la orientación subjetiva de la persona física. La correlación establecida por el modelo de responsabilización del VerSanG-E se muestra teórica y políticamente inadecuada.

Al establecer el modelo de responsabilización de la organización, el VerSanG-E pierde excelente oportunidad para instituir un modelo de autorresponsabilidad, que indicase los parámetros normativos para la conformación de una teoría del delito de la persona jurídica. Vale observar que una teoría del delito de la persona jurídica expresa un sistema de garantías que, por ejemplo, indique de manera adecuada cuáles son los efectos de la implementación de un programa de cumplimiento normativo (*compliance*). La institución de un modelo de autorresponsabilidad penal para la organización, fundado en la realización de un delito que se le pueda atribuir directamente, no solamente es posible como es necesario.

No se puede admitir que la responsabilidad de la organización se fundamente únicamente en la realización objetiva

60 GALVÃO, 2020, pp. 38-39.

de la actividad prohibida. Un modelo de autorresponsabilidad de la organización exige la construcción de una teoría del delito propia a la persona moral que reúna los requisitos necesarios para la identificación de la actividad empresarial que deba ser considerada prohibida⁶¹.

La contribución de VIVES ANTÓN ha revelado que la teoría del delito constituye un modelo interpretativo/valorativo de la realidad naturalística que se fundamenta en criterios de atribución de significados establecidos por un sistema de reglas jurídicas. La teoría del delito no constituye un sistema orientado a la constatación de elementos naturalísticos, sino a un sistema que permite atribuir determinados significados al comportamiento humano⁶². Asimismo, el derecho puede atribuir significado penalmente relevante a la actividad de la organización para viabilizar, de manera segura, su responsabilización penal⁶³.

Si, para la caracterización de la acción penal, lo que se muestra esencialmente relevante es la atribución de significado y no el soporte físico que lo expresa (en la omisión ni siquiera hay soporte físico)⁶⁴, cabe observar que también es posible atribuir, conforme un sistema de reglas jurídicas, un significado penalmente relevante a la actividad desarrollada por la organización y, con base en tal significado, construir normativamente los pilares de una teoría del delito que le sea propia⁶⁵.

Para la caracterización del tipo objetivo es suficiente instituir una norma de extensión, como ocurre con los crí-

61 GALVÃO, 2020, pp. 29-30.

62 VIVES ANTÓN, 2011, pp. 289-291.

63 CARBONELL MATEU, 2017, p. 45. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 604.

64 CARBONELL MATEU, 2017, p. 53. En el mismo sentido, VIVES ANTÓN, 2011, p. 133.

65 GALVÃO, 2020, pp. 185 y ss.

menes omisivos improprios, que considere la actividad de la organización como se fuese equivalente a la conducta que se describe en el tipo incriminador. Con base en lo que está previsto en el derecho penal brasileño, el dispositivo podría establecer que *la actividad de la persona jurídica es penalmente relevante cuando viola deber a ella directamente dirigido y la decisión institucional que la determina es motivada por el interés o beneficio de la entidad.*⁶⁶

En lo que respecta a la atribución de tipo subjetivo a la organización, es posible superar la dificultad instituyendo un dispositivo legal que establezca los requisitos para la atribución⁶⁷.

En la construcción propuesta, la atribución de delito doloso se da siempre que la decisión de la organización se dirija a la realización de actividad que viole la norma o que acepte la ocurrencia de tal violación. En los casos en que la organización no observe las alertas emanadas del sistema de cumplimiento normativo, la atribución se debe verificar en relación con el delito doloso (más grave). En los modelos de base finalista, no hay espacios para el análisis de la conciencia de ilicitud en el examen del tipo. La cuestión debe ser examinada en el juicio de reprobación de la culpabilidad.

El defecto de organización, a su vez, solo puede considerarse como tal cuando se verifica en una estructura pensada para la realización lícita de actividades empresariales. Si la estructura está organizada de modo a proteger a las personas físicas que cometen crímenes en el ámbito de las actividades empresariales, no se puede hablar de defecto de

66 GALVÃO, 2020, p. 217.

67 “Se atribuye el delito: I - doloso, cuando la decisión institucional está orientada a la realización de actividad que viole la norma incriminadora o acepte la ocurrencia de su violación; y II - culposo, cuando la violación de la norma prohibitiva se origine del defecto de organización de la entidad.”. GALVÃO, 2020, pp. 217-218.

organización. El defecto de organización, por lo tanto, solo puede considerarse para la atribución de tipo culposo cuya esencia es la inobservancia de deberes objetivos de cuidado⁶⁸.

Las actividades de la persona jurídica también pueden ser justificadas, ante situación excepcional que imponga la ponderación de bienes en conflicto, con la institución de una norma de extensión que permita la aplicación de las causas excluyentes de ilicitud⁶⁹.

La incapacidad de culpabilidad de la organización es un problema que también puede ser superado mediante la institución de los parámetros normativos para el juicio normativo de reprobación del ente moral por el desarrollo de cierta actividad empresarial⁷⁰.

El primer problema de la culpabilidad está relacionado a la imputabilidad. Para que se supere esa cuestión, la institución de dispositivo legal que establezca que *la persona jurídica es imputable desde su constitución formal* es suficiente.⁷¹

Respecto a la consciencia de la ilicitud, no se puede presumir, como hace BAIGÚN⁷², que las organizaciones siempre orientan sus actividades con base en la adecuada comprensión de todos los reglamentos técnicos y jurídicas pertinentes. Es posible que el análisis equivocado del acervo que integra el conocimiento institucional acumulado induzca a equivocación sobre la ilicitud de la actividad de la organización⁷³. Tal error, inclusive, se puede originar de un mal funcionamiento del sistema de cumplimiento normativo. Para regular esa situación, se puede incluir en el marco legal un dispositivo que establezca que el *desconocimiento institucional sobre la*

68 GALVÃO, 2022, pp. 257-258.

69 BAIGÚN, 2000, pp. 99-118; GALVÃO, 2022, pp. 260-262.

70 GALVÃO, 2022, pp. 262-265.

71 GALVÃO, 2020, pp. 217-218.

72 BAIGÚN, 2000, pp. 145 ss.

73 GALVÃO, 2022, pp. 264-265.

*reglamentación de la actividad es inexcusable, bien como que el error sobre la ilicitud de la actividad, si inevitable, excluye la culpabilidad; si evitable, el juez podrá disminuir proporcionalmente la pena a ser impuesta.*⁷⁴

La institución de un modelo de heterorresponsabilidad o de autorresponsabilidad proviene de opción política del legislador. Es posible establecer normativamente un sistema de atribución específicamente dirigido para la persona jurídica y esa opción se presenta más adecuada para ofrecer a las personas jurídicas las mismas garantías que son ofrecidas a las personas físicas contra los excesos e inadecuaciones de la intervención punitiva.

6 Conclusiones

El estudio realizado sobre el VerSanG-E permite concluir que la atribución de responsabilidad a la persona moral por el hecho de organización está elaborada por medio de un modelo de responsabilidad directa (no-subsidiaria), en términos de opción político-criminal, y con una construcción dogmática pautada en la heterorresponsabilidad.

Las hipótesis de responsabilización se fundamentan en la realización de un hecho de conexión, denominado *hecho de organización*, que debe ser practicado por una persona de dirección, o combinado a un *defecto de organización* penalmente relevante, cual sea, originario de ausencia de medidas de precaución necesarias para dificultar la realización del hecho de organización.

El modelo de heterorresponsabilidad adoptado por el VerSanG-E presenta las dificultades teóricas y prácticas inherentes a los modelos de heterorresponsabilidad y que podrían ser superadas con la institución de un modelo de

74 GALVÃO, 2020, p. 218.

autorresponsabilidad fundado en referenciales normativos que establecieran los pilares para una teoría del delito propia a la organización. Un modelo de autorresponsabilidad es capaz de superar las incoherencias sistémicas verificadas en la propuesta e instituir un sistema de garantías que proteja la organización de intervención punitiva inadecuada.

Bibliografía

ALEMANIA. **Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft** (BT-Drs. 19/23568). Deutscher Bundestag, 2020. Disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/235/1923568.pdf>. Consulta en 6 abr. 2021.

ALEMANIA. **Gesetz über Ordnungswidrigkeiten**, 1987. Disponible en: https://www.gesetze-iminternet.de/owig_1968/BJNR004810968.html#BJNR004810968BJNG000011309. Consulta en 10 nov. 2022.

ALLAHVERDIYEV, Sijad; MARVIN Othman. “‘Verbandssanktionengesetz’ – Corporate Liability for Germany?” **German Law Journal** 23, no. 4 (2022): 637–49. doi:10.1017/glj.2022.37, 2022. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/verbandssanktionengesetz-corporate-liability-for-germany/DC-98C79DA36CB354E8782A9B2CDA024C>. Consulta en 10 nov 2022.

AMBOS, Kai. El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas. en **Revista Penal**, n. 50. Julio, 2022, Disponible en: https://cedpal.uni-goettingen.de/data/Novedades/2022/Ambos_validez_extraterritorial_VerbSankG_RP_50_julio_2022_20.pdf. Consulta en 10 nov. 2022.

BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Fragen und Antworten zum Gesetzentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft**, 2020. Disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/FAQ_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=1. Consulta en 6 abr. 2021.

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER. **Stellungnahme Nr. 32 Juli 2020 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft**, 2020 Disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/07022020_Stellungnahme_BRAK_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Consulta en 6 abr. 2021.

BUNDESVERBAND DEUTSCHER STIFTUNGEN. **Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft – Verbandssanktionsgesetz (VerSanG)**, 2020. Disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/061220_Stellungnahme_BVDS_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf;jsessionid=CDAAD3F8CAC2DCA164F0842A501D1D60.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2. Consulta en 6 abr. 2021.

BUNDESVERBANDES MEDIZINTECHNOLOGIE. **Stellungnahme zum Referententwurf eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ vom 21.04.2020**, 2020 . Disponible en: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downlo->

ads/06122020_Stellungnahme_BVMed_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf;jsessionid=427F68428B7795614D66D42CBF748797.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2. Consulta en 6 abr. 2021.

CARACAS, Christian. **Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft:** in Bezug auf das nach Art. 1 vorgesehene Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG) in der Fassung vom 20.04.2020, 2020. Disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020_Stellungnahme_RA-Caracas_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Consulta en 6 abr. 2021.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos Carbonell. «Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua ‘dogmática’ e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol». Traducción de Paulo César Busato. en **RBCCRIM**, vol. 133. año 25. pp. 37-67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DEUTSCHEN ANWALTVEREINS DURCH DIE AUSCHÜSSE STRAFRECHT, ARBEITSRECHT, BERUFSRECHT UND HANDELSRECHT. **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Strafrecht, Arbeitsrecht, Berufsrecht und Handelsrecht**, 2020. Disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020_Stellungnahme_DAV_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf;jsessionid=FE25DC2398FA66C12E8B36832C193DB0.1_cid334?__blob=publicationFile&v=3. Consulta en 6 abr. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito civil:** teoria geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GALVÃO, Fernando. Instituição legislativa da teoria do crime da pessoa jurídica / Brazilian corporate criminal law bill proposition . **Revista Científica do CPJM**, [S. l.], v. 1, n. 04, p. 244–277, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/106>. Acesso Disponível em: 10 nov. 2022. Consulta em 10 nov 2022.

GALVÃO, Fernando. **Teoria do crime da pessoa jurídica**: proposta de alteração do PLS nº 236/12. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. 2. ed. Pamplona: Thomson Reuters Arazadi, 2015, capítulo 5. Libro electrónico.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad). In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2. ed. Madrid: Thompson-Civitas, 2016. Libro electrónico.

GUEIROS, Artur. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán Nieto. «Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas». In: MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Medeiros (orgs). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 61 y ss, 2019.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Crimes de pessoas colectivas?**: A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes. Traducción de Manuel Jose Miranda Pedro. Lusíada. Direito. Lisboa, n° 4/5 (2007), 2007, pp. 457-484. Disponible en: <http://repositorio.ulusia-da.pt/handle/11067/1212> [Consulta: 6 de abril de 2021].

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Las fuentes de imputación de las responsabilidade penal corporativa. **La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciário**, n. 81, abr. 2011.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2. Ed. 2020. Libro electrónico.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Fundamentos del Derecho penal de la Empresa**. 2ª ed. Madri: EDISOFER. Buenos Aires: Euros e Montevideo, BdeF, 2016.

STRAFVERTEIDIGERVEREINIGUNGEN. **Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (VerSanG-E)**, 2020. Disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020_Stellungnahme_OrgaBuero-Strafverteidiger_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf;jsessionid=CDAAD3F8CAC2DCA164F0842A501D

1D60.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2. Consulta en 6 abr. 2021.

VERWALTUNGSGERICHT AUSBURG. **VG Augsburg, Urteil v. 14.11.2018 - Au 4 k 18.1400, 14 nov. 2018**, 2018. Disponible en <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-31723?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>. Consulta en 6 abr. 2021.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal: Acción Significativa y derechos constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Recebido em: 15/09/2021

Aprovado em: 24/10/2022

Fernando Antônio N. Galvão da Rocha

E-mail: fgalvaoufmg@gmail.com

George Walter Barreto de Oliveira

E-mail: walt.b.george@gmail.com