

**Eduardo Demetrio Crespo
Dino Carlos Caro Coria
María Eugenia Escobar Bravo
Eds.**

Problemas y retos actuales del Derecho penal económico



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

**Problemas y retos actuales
del Derecho penal económico**

Problemas y retos actuales del Derecho penal económico

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo

Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria

D^a. María Eugenia Escobar Bravo

Editores

Toledo/Münster/Lima, 2020



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2020

© de los textos: sus autores.
© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, CEDPE (Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa).

Colección JORNADAS Y CONGRESOS n.º 24

Imagen de cubierta: Photo by Uriel Soberanes on Unsplash



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

I.S.B.N.: 978-84-9044-397-2

D.O.I.: http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.00

Composición: Compobell S.L.
Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (U.E.)*



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

Índice

PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO	11
I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	
El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal <i>Túlio Felipe Xavier Januário</i>	15
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal argentino <i>Gabriel Gustavo Merola</i>	25
¿Es un fraude de etiqueta el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica español? Un análisis desde la óptica de la imputación objetiva, con énfasis en la institución de los deberes negativos y positivos en el Derecho Penal <i>Lenin Stalin Vladimir González Benítez</i>	33
II. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO Y PROGRAMAS DE COMPLIANCE	
La aplicación de la teoría de la imputación objetiva por parte de la Corte Suprema de la República del Perú en la criminalidad empresarial-ambiental <i>Francisco Antonio Valdez Silva</i>	43
Investigaciones internas en el marco de los programas de cumplimiento: un análisis de los límites de las investigaciones frente al derecho de los trabajadores y las garantías procesales penales <i>Anna Carolina Canestraro</i>	51

III. PROBLEMAS APLICATIVOS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO:
LA DOBLE SANCIÓN Y EL RESPETO AL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

La evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil y el sistema de la doble imputación <i>Matheus Borges Kauss Vellasco</i>	61
La figura delictiva del autoblanqueo de capitales en el Ordenamiento Jurídico-Penal peruano: ¿la criminalización de un hecho copenado? <i>Roberto Carlos Vilchez Limay</i>	71
Las sanciones a las empresas en la ley anticorrupción, según el principio de <i>ne bis in idem</i> y el análisis económico de la ley <i>Ciro Costa Chagas</i>	79

IV. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL ECONÓMICO. ANÁLISIS
DE PROBLEMAS EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

¿Forma parte la estafa del derecho penal económico? <i>Ander Galván Rivera</i>	91
Populismo penal y blanqueo de capitales: expansión legislativa y recrudescimiento jurisprudencial en la era de los juicios mediáticos <i>Acacio Miranda Da Silva Filho</i>	99

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal

Túlio Felipe Xavier Januário*

Universidad de Coimbra

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.01

RESUMEN

Siguiendo una tendencia internacional, el legislador brasileño optó, aunque en carácter limitado a los crímenes ambientales, por la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir de la previsión constitucional en este sentido y también de la aprobación de la Ley 9.605/98. Además, en el PLS 236/12 (Proyecto de Nuevo Código Penal), en discusión en el Senado Federal, esta posibilidad no es solo mantenida sino también extendida a los crímenes contra la administración pública, el orden económico y el sistema financiero. Se observa, sin embargo, que a pesar de la superación de la discusión referente a la constitucionalidad o no del instituto en el ordenamiento jurídico brasileño, todavía se plantean muchas dudas en lo que atañe al modelo implantado, dificultades que no parecen haber sido superadas en el proyecto arriba mencionado. En este sentido, el objetivo del presente trabajo es realizar un estudio crítico del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptado en Brasil, con especial referencia a Ley 9.605/98 y a las alteraciones propuestas por el Proyecto de Nuevo Código Penal (PLS 236/12).

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Crímenes ambientales, Ley 9.605/98, Proyecto de Nuevo Código Penal Brasileño

ABSTRACT

Following an international trend, the Brazilian legislator opted, although limited to environmental crimes, for the adoption of criminal liability of legal entities, made possible by the constitutional provision in this matter and by the approval of the Law 9.605/98. In addition, in the PLS 236/12 (Project of New Criminal Code), under discussion in the Federal Senate, this possibility is not only maintained, but also expanded to crimes against the public administration, the economic order and the financial system. However, despite the overcoming of the discussion regarding the constitutionality of the institute in the Brazilian legal system, there are

* Maestro en Derecho por la Universidad de Coimbra (Portugal), con período de investigación financiado por el programa “ERASMUS+” en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania).

still many doubts regarding the implanted model, which does not seem to have been overcome in the aforementioned project. Thus, the aim of the present essay is to conduct a critical study of the model of criminal liability of legal persons adopted in Brazil by Law 9.605/98 and by the Project of New Criminal Code (PLS 236/12).

Keywords: Criminal liability of legal persons, Environmental crimes, Law 9.605/98, Project of Brazilian's New Criminal Code

INTRODUCCIÓN

La criminalidad económica y empresarial, entendida como la que afecta el interés estatal en la manutención del orden económico (BAJO FERNÁNDEZ, 1973, p. 96), y que en muchos casos es practicada en contextos empresariales, está en la agenda actual no solo del derecho penal, sino también de la sociedad como un todo que desvía cada vez más su atención hacia la nocividad de los llamados “white collar crimes” (SUTHERLAND, 2015, p. 33-34) y demanda soluciones rápidas y eficientes de los poderes legislativo y judicial.

Ocurre que, más que demandar un simple cambio de mentalidad, el tratamiento de delitos como la corrupción y el blanqueo de capitales está lleno de dificultades prácticas, legales y dogmáticas, las cuales, de no ser enfrentadas de manera bien evaluada, pueden ocasionar no solo la inidoneidad de la materia jurídico-penal en este sector, sino también la desconstrucción de consagrados e importantes principios de las ciencias criminales y principalmente, la violación de derechos y garantías de los acusados y demás involucrados en el proceso penal.

Entre los desafíos enfrentados en la persecución de los crímenes económicos, se destaca la dificultad de la identificación de la persona física autora de un delito cometido en el interior de una gran corporación, altamente compleja, especializada y jerarquizada (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2000, p. 80), lo que hace que la responsabilidad individual muchas veces se muestre inefectiva en la práctica. Por otro lado, no puede abstraerse del hecho de que las grandes empresas ocupan un papel de protagonismo en diversos sectores de la sociedad y que, por su propia organización interna y finalidades lucrativas, son focos de grandes riesgos, no pudiendo, así, quedar fuera de la tutela jurídico-criminal (GARCIA CAVERO, 2014, p. 14; JANUÁRIO, 2018a, p. 41-42).

Obsérvese así una creciente tendencia de adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de solucionar la cuestión denominada por Schünemann (1988, p. 533) de “irresponsabilidad organizada”, y también de garantizar la promoción de una cultura ética y de prevención de delitos en las empresas, razón por la cual ganan cada vez más importancia los programas de cumplimiento en este contexto.

En esta línea, se pretende, con el presente trabajo, realizar un breve estudio de la evolución de la temática relacionada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto brasileño, inaugurada a través de la expresa previsión de la Constitución Federal de 1988 y consolidada por la Ley 9.605/98.

Demostraremos, sin embargo, que se plantean muchas dudas en cuanto al modelo de imputación adoptado por el legislativo brasileño, no sólo en la Ley de Crímenes Ambientales antes citada que será analizada en el primer tópico, sino también en el Proyecto de Nuevo Código Penal (PLS 236/12), en el cual, conforme estudiaremos en el segundo tópico, pocos ajustes fueron propuestos al modelo ya en vigor.

Así, tras un examen de las dos referidas normas, buscaremos probar que el sistema brasileño de responsabilidad penal de la persona jurídica presenta graves inconsistencias dogmáticas y político-criminales, pudiendo aparecer no sólo como un instrumento de latente violación de derechos y garantías de los sujetos implicados en el proceso penal, sino también como un mecanismo de baja idoneidad al enfrentamiento de la criminalidad empresarial.

1. EL MODELO DE LA LEY 9.605/98

Actualmente, la Constitución Federal Brasileña hace dos menciones referentes a la posibilidad de responsabilidad de los entes colectivos, en sus artículos 173, §5º. y 225, §3º, en los cuales consta que la Ley establecerá las puniciones compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas en los delitos contra el orden económico y financiero y la economía popular, así como que en los delitos ambientales, las personas físicas y jurídicas serán responsabilizadas penal y administrativamente, independientemente de su responsabilidad civil.

En la legislación infra-constitucional, la Ley de Crímenes Ambientales (9.605/98) es la única que prevé expresamente la posibilidad de incriminación de entes colectivos, en su Artículo 3º, que dispone que las personas físicas y jurídicas serán responsabilizadas civil, penal y administrativamente, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de la entidad².

Al hacer un paralelo con la legislación italiana, especialmente con el Decreto Legislativo 231 de 2001, Fábio Guaragni (2013, p. 123-125) sostiene que los criterios adoptados por ambos son muy semejantes, especialmente en los requisitos del “interés” o “beneficio” del ente³. A partir de esto, de la misma forma en que interpreta la ley peninsular, sostiene que los criterios son alternativos, es decir, permisivos autónomos y no acumulativos de imputación. Así, se hace necesaria una decisión conducente a la infracción, la cual – a partir de una perspectiva *ex ante* – sea tomada en interés de la persona jurídica y sea objetivamente idónea a la producción de rendimiento de cualquier naturaleza, para la misma. Por otra parte, aunque esta decisión no se haya tomado en interés de la empresa, será posible su responsabilización cuando – desde una perspectiva *ex post* – esta haya percibido beneficio o ventaja, pecuniaria o no (GUARAGNI, 2013, p. 123-127).

Para Alamiro Velludo Salvador Netto (2018, p. 292), este modelo se aproxima de los más incipientes representantes de los sistemas de heterorresponsabilidad, pues enfatiza demasiado la actuación de la persona física y no hace mención alguna al defecto de organización⁴. Además, inauguró un criterio doctrinal y jurisprudencial conocido como “doble imputación”, que

2 “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.” (Brasil, 1998)

3 En lo que se refiere al modelo de imputación, el autor explica que, aunque los textos sean parecidos - exigiendo una actuación de una persona física [en el caso italiano] o una decisión [en el caso brasileño], la interpretación que se hace difiere en ambos los países. En Brasil, el entendimiento doctrinal y jurisprudencial mayoritario es en el sentido de una “responsabilidad por rebote”, derivada de la imputación del crimen a la persona física, descartándose así una autorresponsabilidad del ente colectivo. En Italia, a su vez, los precedentes de la corte de casación sugieren la existencia de un “hecho propio de la persona jurídica” alejando cualquier violación al principio de la personalidad de las penas y de la culpabilidad. Esta interpretación es posibilitada, en parte, por la expresa previsión en el artículo 6º. de la Ley Italiana, de una “culpa organizacional”, consistente en la no adopción de modelos de organización y gestión idóneos a prevenir crímenes de la especie de lo ocurrido (Guaragni, 2013, p. 98-108).

4 En el mismo sentido que GÓMEZ-JARA DÍEZ (2006a, p. 139), entendemos como defecto de organización cuando la persona jurídica, al utilizar su libertad de autoorganización, lo hace de forma defectuosa o inadecuada.

significa que no es admisible la responsabilidad de la corporación disociada de la persona física. La esencia de lo injusto radica, por tanto, en la realización de una conducta en beneficio o en interés de la persona jurídica, que sea fruto de una decisión de su representante legal, contractual o órgano colegiado (NETTO, 2018, p. 294).

Este entendimiento jurisprudencial permaneció intacto hasta el año 2011, cuando la primera turma del Supremo Tribunal Federal se manifestó en el sentido de que la responsabilidad de la persona natural no es necesaria, posicionamiento que fue reafirmado en 2013, también por la 1ª. Turma del STF, que se fundamentó principalmente en los problemas de eficacia de la persecución penal que este criterio ocasionaría (SARCEDO, 2016, p. 120-122)⁵.

Aunque estos precedentes parecen permitir una suposición del abandono permanente del criterio de la doble imputación, que haría incluso dispensable su tratamiento en el presente trabajo, un análisis más detallado de los fundamentos de estas decisiones muestra que no es así. Conforme explica Alamiro Salvador Netto (2018, p. 305), el cambio de entendimiento fue hecho al abandono de cualquier argumentación dogmática respecto del modelo brasileño, siendo pauta únicamente en justificaciones político-criminales, especialmente en los obstáculos de eficiencia causados por él. En otras palabras, se buscó como “por arte de magia”, superar un obstáculo dogmático a través de un argumento político-criminal. Sin embargo, sostiene el autor que la doble imputación es una infeliz consecuencia lógica del modelo adoptado en Brasil, que una vez atribuida por rebote la responsabilidad de la persona física a la jurídica, se imposibilita dogmáticamente la imputación autónoma de esta última.

Así pues, ya pesar de este cambio de entendimiento, en el modelo brasileño subsisten las mismas críticas que a los demás sistemas de transferencia de responsabilidad. Primeramente porque estos modelos de heterorresponsabilidad, al intentar identificar la corporación con sus propios órganos directores – y consecuentemente, su culpabilidad en caso de crímenes por ellos practicados⁶ – o entonces, fundamentar esta responsabilidad colectiva en el cometimiento de un hecho antijurídico en beneficio o en interés de la persona jurídica⁷, implican de manera general, en violación del principio de la culpabilidad, configurando innegable responsabilidad objetiva o por hecho de otro, a depender de lo caso⁸⁻⁹.

5 RICARDO GLOECKNER (2018, p. 154) destaca que, en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia, el cambio de entendimiento fue posterior con el Mandado de Seguridad 39.173-BA que, alejando la necesidad de la doble imputación, admitió la posibilidad de que una persona jurídica figurara en el polo pasivo de un proceso penal de forma aislada.

6 Concretando la llamada “alther ego theory”, la “United Kingdom House of Lords” (1971), en el juicio del caso Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass, hizo una analogía de la empresa con el cuerpo humano, con su órgano director, el cerebro, que controla todas las funciones, y los funcionarios – es decir, las partes del cuerpo – que actúan de acuerdo con la voluntad de aquellos.

7 Este modelo vicarial, según Inês FERNANDES GODINHO (2007, p. 110-111), se diferencia de lo arriba expuesto en función del escalón del cual la responsabilidad empresarial se deriva. Así, mientras que el primero se deriva de “la parte superior de la escalera”, el segundo admite la derivación de un escalón inferior, acrecentado, conforme explica NIETO MARTÍN (2008, p. 89), la intención de beneficiar u obtener ventaja a la empresa.

8 Aunque elaborada en el plano de la responsabilidad penal individual y teniendo como presupuesto una conducta humana libremente decidida y exteriorizada, la definición de culpabilidad presentada por Lascano (2014, p. 5-6) resulta adecuada en el sentido de que de ella derivan como consecuencias, entre otras, las exigencias de una responsabilidad penal subjetiva y por hecho propio.

9 Aunque un análisis detallado de la temática extrapolaría los límites del presente trabajo, cabe destacar el posicionamiento de GUARAGNI (2013, p. 116-117), que parece apartar la necesidad del principio de la culpabilidad para las personas jurídicas. Según el autor, el vedamiento de la responsabilidad objetiva de las personas físicas tiene su origen en la valorización del ser humano, ya sea a partir del concepto de libre albedrío – en una perspectiva teocéntrica cristiana medieval –, ya sea desde el respeto a los aspectos anímicos, subjetivos y psíquicos del hombre – del modelo cartesiano. De esta forma, aunque defiende la creación de equivalentes funcionales que limiten el derecho penal para el ente colectivo, sostiene que la persona jurídica nunca interesó al desarrollo del principio de la culpabilidad, ya que no sería un ser moral

Además, así como en la crítica hecha por Gómez-Jara Díez (2006b, p. 293) a los modelos de heterorresponsabilidad, el sistema en análisis poco o nada ayuda en la solución de la problemática referente a la “irresponsabilidad organizada y estructural”, una vez que la responsabilidad colectiva todavía se hace muy dependiente de una actividad delictiva por parte de una persona singular específica. Por lo tanto, no atiende a sus finalidades político-criminales¹⁰.

Por las razones expuestas, se observó en Brasil, como enseña Sarcedo (2016, p. 114), un déficit de aplicación concreta del instituto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedando evidenciada la necesidad de mayor desarrollo en esta temática a fin de suplir la deficiente técnica legislativa adoptada en la Ley 9.605/98.

2. EL MODELO PROPUESTO POR EL PLS 236/2012

A pesar de la evolución linear experimentada en la doctrina extranjera, el ordenamiento jurídico brasileño aparenta resistir a este movimiento en la temática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus modelos. Lo que queda claro en el Proyecto de Nuevo Código Penal, conforme sustenta Paulo Busato (2015, p. 163), es una postura vacilante e insegura, característica de la falta de unanimidad acerca del tema entre los propios miembros de la comisión.

Es importante destacar que, en los trabajos inaugurales de la reforma del Código Penal, se hizo un rechazo expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante la inserción de la expresión “humana” en el artículo 13 del texto¹¹. Sin embargo, con la sustitución de algunos miembros de la comisión y tras manifestaciones públicas de miembros del poder judicial y del ministerio público, en el sentido de la necesidad de que Brasil acompañara las legislaciones extranjeras y las imperiosidades políticas criminales en esta temática, el texto inicial del proyecto acabó por incluir, expresamente, esa posibilidad (BUSATO, 2013, p. 19-20).

El artículo 41 del PLS 236/2012 dispone que las personas jurídicas de derecho privado serán responsabilizadas penalmente en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de la entidad, en los crímenes contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente¹².

dotado de subjetividad. Estos argumentos van en contra, por ejemplo, del posicionamiento de GÓMEZ JARA-DÍEZ (2010, p. 199-215) que sostiene la posibilidad de una reprobación ética de las personas jurídicas, ya que estas cumplían los requisitos mínimos para ello, en particular, la existencia de un nivel de intencionalidad en sus acciones. En el mismo sentido Walt y Laufer (1990, p. 270-273) sostienen que la atribución de personalidad depende, al menos parcialmente, de la posibilidad de atribuir una elección racional a un ente, ya sea físico o colectivo. A partir de esta línea de raciocinio, llegan a la conclusión de que las empresas pueden ser consideradas ontológicamente personas para algunos propósitos.

10 Los problemas mencionados aquí también se observan en el sistema jurídico portugués, especialmente en su artículo 11, “2”, “a”, que establece que las personas colectivas serán responsables por los crímenes cometidos en su nombre o interés, por personas que en ella ocupen una posición de liderazgo (Portugal, 1995). El permitir esta posibilidad sin al menos cuestionar la existencia (o ausencia) de un defecto de organización, representa una responsabilidad objetiva de la empresa, además de ser una opción político-criminalmente injustificable (Canestraro; Januário, 2018, p. 277-278).

11 PAULO BUSATO (2013, p. 19) explica que el presidente de la subcomisión de la parte general, Dr. Rene Ariel Dotti, de manera conforme a su posicionamiento personal refractario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, propuso que el artículo 13 tuviese la siguiente redacción: “Art. 13. El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable a quien le ha dado causa. Se considera causa la acción u omisión humana sin la cual el resultado no habría ocurrido”. [traducción libre]

12 “Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” (SENADO FEDERAL, 2012).

Conforme explica Leandro Sarcedo (2016, p. 184), con el fin de mejorar la redacción del artículo en mención y dejar más clara la intención de verse como un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, se presentó un texto sustitutivo por el Senador Pedro Tasques, en el que se incluía, en el §1º, el vocablo “identificación”, intentando dejar claro que la responsabilidad colectiva no sólo depende de la responsabilidad de la persona física, sino también de su identificación.

Se observa que, concretamente, la única diferencia entre los textos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto y en la Ley 9.605/98 es su amplitud, ya que el PLS 236/12 permite la responsabilización colectiva también en los casos de crimen contra la administración pública, el orden económico y el sistema financiero, limitándola a las personas jurídicas de derecho privado. Además, consta que la disolución o absolución de la empresa no impide la condena de la persona física.

En cuanto al modelo de imputación adoptado por el proyecto, conforme advierte Alamiro Velludo Salvador Netto (2018, p. 326), en nada se diferencia de los más introductorios modelos de heterorresponsabilidad, a pesar de la frustrada tentativa de referirse como un modelo de autorresponsabilidad, en los parágrafos “1º” y “2º.” (SARCEDO, 2016, p. 185)¹³. Según Netto (2018, p. 327) fue creado un modelo anómalo y de difícil sustentación dogmática, ya que era totalmente contradictorio en su *caput* y sus parágrafos (BUSATO, 2015, p. 174).

En verdad, el Proyecto de Nuevo Código Penal Brasileño adopta un modelo de heterorresponsabilidad, en su vertiente vicarial, una vez que a la identificación de la persona jurídica con su representante legal, contractual u órgano colegiado, se le adiciona el criterio de la actuación en beneficio de la persona jurídica. Entonces, este modelo es pasible de las mismas críticas ya elaboradas a los de la misma especie, o sea, la innegable violación al principio de la culpabilidad, una vez que se trata de evidente responsabilidad por hecho de otro (BUSATO, 2015, p. 173), además de hacer hercúlea la tarea de la defensa criminal de la persona jurídica en juicio, una vez que a partir de la transferencia casi automática de la responsabilidad de la persona física, no hay prácticamente averiguación alguna acerca de la organización o de la actuación de la propia empresa, presumiéndose así su culpabilidad de la actuación de su representante (SARCEDO, 2016, p. 107).

Por lo tanto, surge la crítica de que no hay cualquier mención al defecto de organización y a sus consecuencias jurídicas (NETTO, 2018, p. 327). El desafortunado efecto práctico de esto es que los programas de cumplimiento tienen poca influencia en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica. En otras palabras, no hay incentivos significativos a la adopción de programas que visen la promoción de una ética de cumplimiento del derecho o de prevención de delitos, ya que, aunque sean adoptados, las corporaciones serán objetivamente responsabilizadas penalmente en caso alguna de las personas previstas en el *caput* del artículo 41 actúen en su interés, cometiendo un acto ilícito¹⁴.

13 “§1º. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autoras, coautoras o partícipes del mismo acto, ni es dependiente de la responsabilidad de ellas. §2º. La disolución de la persona jurídica o su absolución no excluye la responsabilidad de la persona física” [traducción libre] (SENADO FEDERAL, 2012). En el substitutivo: “§1º. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo acto, ni es dependiente de la identificación o de la responsabilidad de ellas” (SARCEDO, 2016, p. 184).

14 Quizá un tanto pretenciosa en los límites espaciales del presente trabajo, la exposición detallada del posicionamiento personal del autor en cuanto a las posibilidades de aprovechamiento de los programas de cumplimiento en el ámbito de la construcción de la teoría del delito para las personas jurídicas, se remite aquí, para los textos en los cuales el tema se trata de manera más detallada: Januário, 2018b, p. 15 e ss; Januário, 2016, p. 172 E Ss.; Januário, 2018a, p. 211 e ss.

De esta forma, la previa organización empresarial, a través de la implantación de canales de denuncia, realización de investigaciones internas, creación de códigos de ética y de conducta, gerenciamiento de riesgos y otras actividades relacionadas a los programas de cumplimiento no implicarían consecuencias jurídico-criminales para las personas jurídicas procesadas criminalmente.

Según Shecaira y Sarcedo (2014, p. 704), con el PLS 236/2012 se perdió la oportunidad de adoptar un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica pautado en una auténtica parte general desarrollada para estos entes, con tratamiento dogmático diferenciado, pautado en un sistema de imputación más eficaz, viable y al mismo tiempo, garantista, consubstanciado en la composición de un concepto de culpabilidad corporativa que incluya la idea de un defecto de organización.

De esta manera, más allá de las diversas críticas que se hicieron en otros temas del proyecto, en la materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los programas de cumplimiento, el PLS 236/2012 es rudimental y poco adecuado a consagrados principios jurídico-penales, tales como la culpabilidad.

3. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de la premisa aquí sustentada de que hay necesidad de adopción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea político-criminalmente orientado a la resolución de la cuestión de la “irresponsabilidad organizada”, sin abstraer los principios consagrados por las ciencias jurídico-criminales y los derechos y garantías de las partes involucradas en el proceso, se observa la inconformidad del legislativo brasileño en la Ley 9.605/98 y también en el Proyecto de Nuevo Código Penal, una vez que desconsidera los beneficios dogmáticos y político-criminales de las tendencias doctrinales que dejan de emplear mayores esfuerzos en la búsqueda de un frágil elemento conector con la actuación de la persona singular y pasan a reconocer en los entes colectivos la capacidad de ser penalmente responsables por su propia organización defectuosa.

De la literalidad del artículo 41 del Proyecto de Ley 236/2012 queda un pronóstico de que poco se avanzó en relación a la Ley 9.605/98 y que, si llega a ser efectivamente implantado en el ordenamiento jurídico brasileño, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por él propuesto se mostrará probablemente como de baja idoneidad en el enfrentamiento de la criminalidad empresarial y sobretodo será de baja aptitud de promover un cambio en la forma de organización de las personas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1973). “El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 26, n. 1, pp. 91-139.
- GARCIA CAVERO, P. (2014). *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores.
- BRASIL. Lei Nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. [Consulta: 15 de febrero de 2019].
- BUSATO, P. C. (2013). “Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro” en Busato, P. C. y Guaragni, F. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*, (pp. 17-92). Curitiba. Juruá.

- BUSATO, P. C. (2015). “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas no projeto (e no texto substitutivo) do novo código penal brasileiro” en Leite, A. (org.). *Reforma penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (PLS 236/2012)*, (pp. 159-188). São Paulo. Atlas.
- CANESTRARO, A. C. y JANUÁRIO, T. F. X. (2018). “Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, pp. 261-285, dic. 2018.
- GLOECKNER, R. J. (2018). “Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica” en Busato, P. C. (org.) y Greco, L. (coord.). *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil – Alemanha*, (pp. 153-165). Florianópolis. Tirant lo Blanch.
- GODINHO, I. F. (2007). *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006^a). “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial” en Gómez-Jara Díez, C. (ed.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, (pp. 93-162). Navarra. Aranzadi.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006^b). “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*” en Gómez-Jara Díez, C. (ed.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, (pp. 239-309). Navarra. Aranzadi.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2010). *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevideo: B de F.
- GUARAGNI, F. A. (2013). ““Interesse ou benefício” como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes – a exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º. da Lei 9.605/98” en Busato, P. C. y Guarani, F. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*, (pp. 93-132). Curitiba. Juruá.
- JANUÁRIO, T. F. X. (2016). “Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de “autorresponsabilidade” dos entes coletivos”. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, pp. 161-191. jul/dez. 2016.
- <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. [Consulta: 21 de marzo de 2019].
- JANUÁRIO, T. F. X. (2018a). *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de agosto*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- <<http://hdl.handle.net/10316/85898>>. [Consulta: 28 de junio de 2019].
- JANUÁRIO, T. F. X. (2018b). “Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva”. *Conpedi law review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, pp. 1-23, Jan-Jun. 2018.
- <<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/4514>>. [Consulta: 21 de marzo de 2019].
- LASCANO, C. J. (2014). “Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico (Mercosur)”. *CIIDPE – Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico*.
- <<http://www.ciidpe.com.ar/?p=190>>. [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Lei 9605/98 - BRASIL. *Lei Nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*.
- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. [Consulta: 15 de febrero de 2019].

- NETTO, A. V. S. (2018). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- NIETO MARTÍN, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- PORTUGAL. *DL n. 48/95, de 15 de março: Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995*.
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. [Consulta: 22 de marzo de 2019].
- PLS 236/12 - SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado Nº. 236, de 2012: anteprojeto de Código Penal*.
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. [Consulta: 15 de febrero de 2018].
- SARCEDO, L. (2016). *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs.
- SCHÜNEMANN, B. (1988). “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, pp. 529-558., mayo/ago. 1988.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado Nº. 236, de 2012: anteprojeto de Código Penal*.
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. [Consulta: 15 de febrero de 2018].
- SHECAIRA, S. S. y SARCEDO, L. (2014) “A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012)” en Paschoal, J. C. y Silveira, R. M. J. (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*, (pp. 687-705). Rio de Janeiro: G/Z.
- UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS (1971). *Tesco supermarkets limited v. Natrass*. 31st March 1971.
<<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html>>. [Consulta 05 de abril de 2018].
- WALT, S. y LAUFER, W. S. (1990). “Why personhood doesn't matter: corporate criminal liability and sanctions”. *Am. J. Crim. L.*, v. 18, pp. 263-287.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2000). *Bases para un modelo de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi.

