



***RESPONSABILIDAD PENAL DE
LAS PERSONAS JURIDICAS.
ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO***

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando
RICHARD HERNÁN SALINAS MORA,
para la obtención del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla,
bajo la dirección del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

Universidad de Sevilla
Curso 2016/2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE

I.-	<i>Razón de ser</i>	15
II.-	<i>Situación en España</i>	16
1.	<i>La personas jurídica como sujeto de imputación</i>	20
2.	<i>Persona jurídica penalmente responsable</i>	20
3.	<i>La nacionalidad de la personalidad jurídica</i>	23
4.	<i>Personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal</i>	25
5.	<i>Grupos de sociedades</i>	33
III.-	<i>Situación en Chile</i>	34
1.	<i>Empresas públicas en Chile</i>	34
2.	<i>Concepto y características de las sociedades estatales. Diferencia con las empresas del Estado</i>	36
3.	<i>Concepto de persona jurídica en Chile</i>	41
A)	<i>Asociaciones y patrimonios con personalidad</i>	41
B)	<i>La persona jurídica en relación con sus miembros</i>	42
C)	<i>Fines de la personalidad jurídica</i>	43
D)	<i>Objeto y capacidad</i>	43
E)	<i>Organización</i>	44
4.	<i>Las personas jurídicas en el Código civil chileno</i>	44
5.	<i>Las personas jurídicas sin fines de lucro por disposición legal</i>	49
A)	<i>Las corporaciones y fundaciones</i>	50
B)	<i>Las organizaciones comunitarias</i>	51
C)	<i>Las asociaciones de funcionarios</i>	51
D)	<i>Las mutuales</i>	52
1)	<i>Las asociaciones mutuales</i>	52
2)	<i>Las mutualidades de empleadores</i>	53
3)	<i>Las mutuales de seguros</i>	53
E)	<i>Las cajas de compensación de asignación familiar</i>	54
F)	<i>Los organismos técnicos intermedios para capacitación</i>	54
G)	<i>Las corporaciones educacionales y las entidades educacionales</i>	
1)	<i>Las corporaciones educacionales</i>	55
2)	<i>Las entidades educacionales</i>	56
H)	<i>Los casos discutidos</i>	57
1)	<i>Las cooperativas</i>	58

2)	<i>Los sindicatos</i>	61
3)	<i>Las asociaciones gremiales</i>	63
4)	<i>Las organizaciones indígenas</i>	63

CAPÍTULO II

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

I.-	<i>Austria</i>	65
	1. <i>Legislación vigente</i>	65
	2. <i>Modelo de atribución de responsabilidad utilizado</i>	66
II.-	<i>Francia</i>	68
	1. <i>Legislación vigente</i>	68
	2. <i>Modelo de atribución de responsabilidad utilizado</i>	72
	3. <i>Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia</i>	73
III.-	<i>Italia</i>	78
	1. <i>Legislación vigente</i>	78
	2. <i>Modelo de atribución de responsabilidad utilizado</i>	82
	3. <i>Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia</i>	85
IV.-	<i>Inglaterra</i>	88
	1. <i>Legislación vigente</i>	88
	2. <i>Modelo de atribución de responsabilidad utilizado</i>	90
	3. <i>Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia</i>	100
V.-	<i>Estados Unidos</i>	103
	1. <i>Legislación vigente</i>	103
	2. <i>Modelo de atribución de responsabilidad utilizado</i>	116
	3. <i>Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia</i>	117
VI.-	<i>Australia</i>	121
	1. <i>Legislación vigente</i>	121
	2. <i>Modelo de atribución de responsabilidad utilizado</i>	127

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL COLECTIVA

I.-	<i>Imputación objetiva en la conducta de la persona jurídica</i>	133
	1. <i>Normativización de la conducta corporativa</i>	137
	2. <i>El hecho de conexión</i>	140
	3. <i>Exigencia de la comisión de un delito para imputar responsabilidad a la persona jurídica</i>	144
	4. <i>Imputación de actuaciones positivas u omisivas de las personas físicas a las personas jurídicas</i>	147

II.-	<i>Los administradores de hecho o de derecho y los representantes legales de la persona jurídica</i>	151
1.	<i>Hecho de conexión “en nombre o por cuenta” de la persona jurídica y la exigencia de que se lleve a cabo “en su provecho”</i>	162
2.	<i>Imputación de omisiones a las personas jurídicas</i>	167
III.-	<i>Imputación subjetiva: el dolo y la imprudencia</i>	172
IV.-	<i>Culpabilidad de las personas jurídicas</i>	173
1.	<i>Teoría negadora de la culpabilidad penal de las personas jurídicas</i>	173
2.	<i>Teoría de la representación</i>	177
3.	<i>Construcciones específicas de la culpabilidad de las personas jurídicas</i>	178
A)	<i>La culpabilidad como defecto de organización</i>	180
B)	<i>Juicio de culpabilidad de las personas físicas y su reflejo en la culpabilidad de las personas jurídicas</i>	181

CAPÍTULO IV MODELOS DE IMPUTACIÓN

I.-	<i>Tendencia internacional</i>	189
II.-	<i>Superación del principio ‘societas delinquere non potest’</i>	190
III.-	<i>Modelos teóricos de imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas</i>	201
1.	<i>Transferencia de la responsabilidad</i>	202
2.	<i>Culpabilidad de la empresa</i>	205
3.	<i>Modelo mixto</i>	213
IV.-	<i>Culpabilidad empresarial</i>	216
1.	<i>Breve análisis</i>	216
2.	<i>El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	220
A)	<i>El modelo mixto de imputación</i>	
B)	<i>La revalorización de la autorregulación tras la asunción del modelo ‘societas delinquere potest’ en el Código penal español</i>	226

CAPÍTULO V RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN ESPAÑA. ANÁLISIS DEL ART. 31 CP

I.-	<i>Evolución doctrinal y legislativa reciente</i>	231
II.-	<i>Modelo de atribución de responsabilidad penal utilizado</i>	239
III.-	<i>Situación normativa anterior a la actual reforma</i>	245
1.	<i>Art. 31 bis del Código penal español</i>	245

2.	<i>El ‘actuar en nombre de otro’ en el Derecho penal</i>	249
3.	<i>La responsabilidad (civil) directa y solidaria de la persona jurídica para el pago de multas</i>	252
4.	<i>Instauración de la responsabilidad penal de la persona jurídica por la LO 5/2010</i>	253
5.	<i>Autónoma responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	256
6.	<i>Atenuantes posteriores a la comisión del delito</i>	257
7.	<i>Exoneración de responsabilidad penal a las entidades estatales</i>	258
8.	<i>Derogación de la exención de responsabilidad penal a los partidos políticos y a los sindicatos por la LO 7/2012</i>	259
9.	<i>Delitos que puede cometer la persona jurídica</i>	259
IV.-	<i>Actuar por otro y responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español</i>	260
1.	<i>Régimen vigente de la responsabilidad propia del que actúa por otro</i>	260
2.	<i>Responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma del Código penal por la LO 1/2015 (art. 31 bis CP)</i>	263
A)	<i>Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica por la comisión de delitos por actuación de sus miembros (art. 31 bis CP)</i>	263
B)	<i>Exención de la responsabilidad penal a la persona jurídica</i>	266
C)	<i>La autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 ter CP)</i>	269
3.	<i>Concepto de persona jurídica para efectos penales en España</i>	271
4.	<i>Compliance Officer</i>	274
5.	<i>Síntesis</i>	278

CAPÍTULO VI

RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN CHILE

I.-	<i>La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho chileno</i>	279
1.	<i>Historia de la Ley N° 20.393</i>	279
2.	<i>Contexto nacional</i>	280
3.	<i>Discusión doctrinal</i>	284
A)	<i>A favor de legislar la responsabilidad penal</i>	284
B)	<i>En contra de legislar sobre la responsabilidad penal</i>	289
4.	<i>Discusión legislativa con ocasión de la aprobación de la Ley N° 20.393</i>	292
A)	<i>Propuesta legislativa presentada por el Poder Ejecutivo</i>	293

B)	<i>Reformas relevantes llevadas a cabo por el Poder Legislativo</i>	296
1)	<i>Naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas</i>	296
2)	<i>Referencia al artículo 58 del Código Procesal Penal</i>	296
3)	<i>Ampliación del catálogo de delitos</i>	297
4)	<i>Atribución de responsabilidad penal</i>	298
5)	<i>Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica</i>	298
6)	<i>Eximentes de responsabilidad</i>	301
7)	<i>Circunstancias que atenúan la responsabilidad</i>	301
8)	<i>Circunstancias agravantes de responsabilidad</i>	308
5.	<i>Texto de Ley aprobado</i>	303
II.-	<i>Modelo de imputación de la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	306
1.	<i>Análisis del artículo 3° de la ley N° 20.393</i>	306
A)	<i>Sujetos capaces de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral</i>	308
B)	<i>En interés o provecho de la persona jurídica</i>	311
C)	<i>Incumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión por parte de la persona jurídica</i>	316
2.	<i>Análisis del artículo 5 de la Ley N° 20.393</i>	321

CAPÍTULO VII

PENAS Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I.-	<i>Situación en Chile</i>	345
1.	<i>Penas aplicables a las personas jurídicas en Chile</i>	
A)	<i>Disolución de la persona jurídica</i>	346
B)	<i>Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contatos con los organismos del Estado</i>	347
C)	<i>Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un periodo determinado</i>	348
D)	<i>Multa a beneficio fiscal</i>	350
E)	<i>Penas accesorias (art. 13)</i>	351
1)	<i>Publicación de un extracto de la Sentencia</i>	351
2)	<i>Comiso</i>	351
3)	<i>Entero en arcas fiscales del dinero utilizado por la persona jurídica para cometer el delito</i>	353
2.	<i>Escala general de penas para personas jurídicas</i>	353
3.	<i>Determinación legal de la pena aplicable al delito</i>	354
4.	<i>Circunstancias modificativas de responsabilidad</i>	354

5.	<i>Reglas de determinación judicial de la pena</i>	357
6.	<i>Transmisión de responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	358
7.	<i>Extinción de la responsabilidad penal</i>	360
II.-	<i>Penas a personas jurídicas en España</i>	362
1.	<i>Penas previstas</i>	362
2.	<i>Criterios de determinación de la pena</i>	363
3.	<i>Parámetros base</i>	364
4.	<i>Otros criterios legales de determinación de la pena</i>	368
5.	<i>Límites punitivos</i>	369
A)	<i>Delitos de la Parte especial cometidos por personas jurídicas</i>	370
B)	<i>Atenuantes específicas de la responsabilidad penal de la persona jurídica, posteriores a la comisión del delito (art. 31 quater CP)</i>	371
C)	<i>Exoneración de responsabilidad penal a las entidades públicas (art. 31 quinquies CP)</i>	373
D)	<i>La extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	375
	CONCLUSIONES	377
	BIBLIOGRAFÍA	391

INTRODUCCION

Si se abre el Código penal y se lee un tipo legal de delito, por ejemplo el de homicidio: «el que matare a otro será castigado... », se verá que la primera persona a quien se alude es aquel que conjuga el verbo típico, por realizar el núcleo del verbo de la acción descrita en el tipo, en este caso matar. Ese sujeto es conocido como sujeto activo del delito¹.

Históricamente ha existido una discusión en el sentido de la posibilidad o imposibilidad de que exista responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, por un lado, existe un sector ampliamente mayoritario de la doctrina detractor de tal responsabilidad, que insiste sobre todo en dos escollos: acción y culpabilidad. La mayoría de la doctrina consideraba que la persona jurídica no puede realizar una “acción” ni adquirir “culpabilidad”, tal como estos conceptos han sido desarrollados en la teoría del delito de influencia alemana hasta el momento². Por otro lado, los partidarios de la responsabilidad penal de la empresa subrayaban las necesidades político-criminales de la misma en base al volumen de los delitos cometidos en las empresas, criticando la imagen de una “irresponsabilidad organizada” en que la empresa se convierte en una cueva oscura de la que salen a la luz prácticas de

¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 33.

² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición (Traducción M. OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeintr Teil*, quinta ed., 1996, Exposición, pp. 226 y siguientes.

inequívoca significación delictiva, pero en cuya penumbra interior resulta imposible averiguar algún responsable³.

En la discusión teórico-dogmática han venido apareciendo elaboraciones que sostienen la posibilidad –la necesidad– de construir dogmáticamente un concepto de verdadera responsabilidad empresarial, y pretenden abonar el paradigma de la dependencia de la comisión de delitos por parte de sujetos físicos (almacenar servicio de empresa) o de la empresa como dispositivo peligroso, y sustituirlo por el de una verdadera responsabilidad personal originaria de la empresa. Estos esfuerzos alcanzan su punto máximo en los intentos de construir un concepto de culpabilidad empresarial⁴.

Se ha rechazado la posibilidad del establecimiento de la responsabilidad penal de la empresa, por entender que la misma carece de la “identidad a través de conciencia” que define a la persona que en el Derecho penal puede ser culpable⁵, aunque posteriormente ha ido variando su visión y ha comenzado a admitir la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables penalmente al cumplirse o concurrir ciertas circunstancias o situaciones: en concreto, cuando se infringe la norma y en la organización no es posible determinar con precisión al responsable, toda vez que existiría responsabilidad de numerosas personas integrantes del ente, sin poder definir qué cuota o parte de la conducta desplegó cada uno⁶.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal, contra las empresas*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 34 y sigs., 36 y sigs.; SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*, en *Derecho Penal Económico, Manuales de formación continuada*, 14, CGPH, 2001, pp. 307 y ss.

⁴ GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM; Marcial Pons3/2005), Capítulo III.

⁵ JAKOBS, Günther, “Strafbarkeit juristischer Personen?”, in: Prittwitz, Cornelius u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 559 y siguientes.

⁶ JAKOBS, Günther, Clase Magistral, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, octubre de 2014.

Se discute especialmente si también la empresa (la persona jurídica, antiguamente llamada persona moral) puede ser, junto a la persona física, sujeto activo de delito. La opinión tradicional negaba esta posibilidad, como expresa el axioma *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), procedente del Derecho romano, conforme al cual se proclama que la sociedad corporativa carece de capacidad de delinquir⁷.

Las argumentaciones favorables a la introducción de la responsabilidad criminal de la empresa estriban en la necesidad preventivo-fáctica de responder a la criminalidad empresarial. En primer lugar, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal, puede formularse la sospecha de que existen pérdidas en términos de eficiencia asociadas a la introducción de la responsabilidad penal de la empresa. En segundo lugar, parece claro que determinadas relajaciones en las garantías que necesariamente comportaran el régimen de imputación para las personas jurídicas se contagiarán al régimen de las personas físicas.

Se ha señalado que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser enjuiciado con una serie de criterios valorativos: “una reacción jurídica plena, frente a un caso de la vida real, requiere la aplicación de todo el dispositivo de consecuencias jurídicas, reafirmativas, preventivas, defensivas y compensatoria del ordenamiento jurídico”⁸. Sólo cabría pensar en responsabilidad penal de la propia corporación si y sólo si ésta cumpliera funciones distintas a las otras formas de responsabilidad.

La postura que negaba la posibilidad de delinquir de las personas jurídicas se apoyaba en varios fundamentos jurídicos: en primer lugar, en la incapacidad de acción de la persona jurídica; en segundo término, en la incapacidad de culpabilidad

⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, op., pág. 35.

⁸ GRACIA MARTÍN, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en *Act. Penal*, N° 39, 1993 pág. 589.

penal y, finalmente, en la incapacidad punitiva de la persona jurídica. Esta posición doctrinal sostenía que no era posible concebir a la persona jurídica como sujeto activo de delito, debido a que el ente colectivo no puede realizar una acción penalmente relevante (no puede matar, ni violar, etc.), no puede por tanto ser declarado culpable como tal ni tampoco se le puede imponer una pena⁹.

Frente a la posición negadora, se erige la que sostiene exactamente lo contrario, a saber: que las personas jurídicas sí son sujetos idóneos de delitos, de manera que se admite plenamente su responsabilidad penal. En este sentido, es ya clásica la expresión de Franz VON LISZT, al sostener -en un impecable razonamiento lógico- que quien puede concluir contratos válidamente (y no cabe duda de que una persona jurídica puede hacerlo), puede contraer también contratos fraudulentos o usurarios constitutivos de delito¹⁰.

Al respecto se plantea determinar las relaciones del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, cuestión central en el trasfondo de toda esta discusión, puesto que los ordenamientos administrativos sancionadores de casi todos los países desde hace mucho tiempo sancionan a las personas jurídicas. Las vinculaciones entre ambos sectores del ordenamiento jurídico han centrado la atención en las nuevas formas de criminalidad surgida en los últimos tiempos, relacionadas con la delincuencia de la empresa y los delitos socioeconómicos en general.

El Derecho sancionador se ha diseñado para sancionar normalmente las conductas menos graves que sobrepasan los límites permitidos (autorizaciones, infracciones de reglamentos, por ejemplo), dejando para el Derecho penal los casos más graves (aunque en ocasiones las sanciones administrativas sean más graves que

⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 35.

¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 35.

las penas penales). Esto ha llevado a que la doctrina prácticamente de manera unánime haya sostenido que entre ambos injustos no hay una diferencia cualitativa, sino simplemente cuantitativa. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha venido insistiendo en que la discusión no puede centrarse en si existen diferencia de grados o de naturaleza entre ambos injustos, sino en los ámbitos en que deben efectuarse ambos tipos de intervenciones, entre las cuales existen zonas fronterizas en las que la decisión político-criminal debe racionalizarse.

CAPÍTULO I

LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO

PENALMENTE RESPONSABLE

I.- Razón de ser

Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una situación criminológica, empírica, casi idéntica en muchos países, y esto sobre todo en los países industrializados, pero también en buena parte de países en vías de desarrollo donde, cada vez más, al lado de la división del trabajo, entidades colectivas toman el lugar de las empresas individuales. Esta «colectivización» de la vida económica y social sitúa al Derecho penal ante problemas novedosos. De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedan comprendidos aquellos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en los sistemas y medios tradicionales del Derecho penal con dificultades tan grandes que hace indispensable una nueva aproximación.

No es casualidad que el legislador en la Europa continental haya admitido, a partir del nacimiento del Derecho económico moderno, algunas excepciones al dogma «societas delinquere non potest» (sobre todo, en materia fiscal, aduanera o de competencia). Japón ha seguido esta tendencia a partir de los años 30. En la sociedad de nuestros días, la mayor parte de los delitos de los negocios o socioeconómicos son cometidos con ayuda de una empresa, y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones de la vida económica: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación, etc. La inserción de personas morales y de otras empresas no es entonces la excepción sino la regla. Es por ello por lo que nos cuestionaremos si las excepciones al mencionado dogma se convierten igualmente en regla.

II.- Situación en España

El incremento de la criminalidad económica y de la criminalidad en general en el seno de la sociedad industrializada a través de asociaciones, corporaciones y empresas ha venido a replantear la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos son los casos de utilización de sociedades para la comisión de los delitos más variados como criminalidad organizada, tráfico de drogas, prostitución, blanqueo de dinero, estafas, apropiaciones indebidas... El espectacular desarrollo de la criminalidad organizada se debe en gran parte a la tradicional irresponsabilidad penal de las sociedades, pues muchas organizaciones utilizan sociedades ficticias o sociedades tapadera para perpetrar sus ilícitos¹¹.

La misma realidad social demuestra que existen personas jurídicas cuya finalidad es la realización de actividades delictivas, por ejemplo el tráfico de drogas u otras manifestaciones de delincuencia económica, estafas, defraudaciones a clientes, ventas de productos alimenticios caducados o sin la composición que se

¹¹ GUILLAMON SENENT, J.V., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal y el principio societas delinquere non potest.” Revista del Ministerio Fiscal, nº 12, Ministerio de Justicia, 2004, pág. 229.

anuncia, o de ataques al medio ambiente¹². La posibilidad de sancionar penalmente estas empresas choca con el principio “societas delinquere non potest” que concibe a la persona natural como la única autora de delitos y que parte de la incapacidad de acción, de culpabilidad delictiva y de pena de las personas jurídicas. La doctrina y la jurisprudencia españolas han acogido tradicionalmente de forma mayoritaria este principio.

Resulta, no obstante, imprescindible combatir la criminalidad que se desarrolla en el seno de las grandes empresas¹³. Hay incluso algunos autores que limitan la admisión de la persona moral como sujeto activo del delito a aquellos delitos que se produzcan generalmente en el ámbito empresarial¹⁴. Entendemos, pues, que es un instrumento idóneo, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y, por ende, la consagración en nuestro Código penal del principio *societas delinquere potestas*.

Algunos autores consideran que si bien es cierto que las penas privativas de libertad no pueden imponerse más que a las personas físicas, esta objeción tampoco se ha de erigir en obstáculo ineludible, ni en argumento que sustente la negativa a admitir la posibilidad de aplicar sanciones de carácter penal a las sociedades, ya que opera tan solo como un límite parcial que alude a determinadas penas. Se pone, pues, de manifiesto la necesidad de que el legislador introduzca en el texto punitivo un abanico suficientemente amplio de sanciones distintas a la de privación de libertad facilitando al órgano judicial poder elegir la que resulte más adecuada¹⁵. Exigen estos autores que el legislador diseñe

¹² RUIZ VADILLO, E., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Europeo”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 1, UNED, 1991, pág. 331.

¹³ Véase, especialmente, NÚÑEZ CASTAÑO, E., Responsabilidad penal en la empresa, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pág. 22.

¹⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Societas delinquere potest. Nuevos aspectos Dogmáticos y procesales de la cuestión”, Anuario de Derecho Penal, (Asociación Peruana de Derecho Penal), Núm. 1996, disponible en <http://www.unifr.ch/derechopenal>.

¹⁵ PERIS RIERA, J.M. / PLA NAVARRO, C, Comentarios al Código Penal, Tomo IV, Manuel COBO DEL ROSAL (Director), Ed. Edersa, 2000.

una respuesta penológica adecuada para las personas jurídicas de igual forma que en su momento la diseñó para las personas jurídicas peligrosas sin culpabilidad o para los menores¹⁶.

En la doctrina española por algunos autores se ha considerado necesaria una revisión de las categorías dogmáticas tradicionales para dar cabida en nuestro Derecho Penal a la punibilidad de las personas jurídicas.¹⁷ Muchas son las cuestiones que en este punto están pendientes de concretar, empezando por si procede extender categorías dogmáticas de la persona física a la construcción de la responsabilidad penal de la persona jurídica o si procede abordar el camino de elaborar una nueva teoría de la persona jurídica¹⁸.

Asimismo se ha estimado que cabría crear un ordenamiento jurídico penal de las personas jurídicas que sería un nuevo Derecho Penal que en pocas cosas coincidiría con el que ahora recibe este nombre. No habría culpabilidad, sino responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad; sí habría penas, pero de naturaleza “sui generis”, y sólo sería aplicable en su integridad a personas morales privadas.

La reforma del Código Penal del año 2010 referida a las personas jurídicas mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, representó un cambio estructural histórico del ordenamiento jurídico-penal español. La del año 2015 ha venido a profundizar dicho cambio estructural, ya que es algo más que una mera “mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” a pesar de lo que diga la Exposición de Motivos.

¹⁶ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal” *Revista Penal*, N° 1/98, pág. 47, citada por Guillamón Senent, pág. 230.

¹⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Manuel COBO DEL ROSAL (Director), Ed. Edersa, 2000, pág. 1058.

¹⁸ GUILLAMÓN SENENT, J.V., *Las consecuencias accesorias*, pág. 230-231.

El tiempo transcurrido entremedio han mostrado una mayor influencia de la reforma en el mundo empresarial (sobre todo de empresas cotizadas) que una presencia reseñable en resoluciones judiciales que justifique hablar de cambios significativos. En todo caso ya se dispone en España desde el año 2014 de la experiencia, no sólo de la presencia como acusada de la persona jurídica en un juicio oral¹⁹, sino también de alguna condena²⁰. Especialmente destacable es la existencia de un número nada desdeñable de imputaciones en instrucciones entre las que se pueden encontrar supuestos de lo más variado.

La gran novedad que aportó la LO 5/2010 no residió tanto en introducir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la medida en la que era discutible si desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 a través del art. 129²¹ ya se podía hablar realmente de una responsabilidad de estas características –naturaleza que, desde luego, le había asignado el Tribunal Supremo²²–, sino más bien en haber ampliado el ámbito de los sujetos relevantes para el Derecho penal. Hasta el año

¹⁹ SAP de A Coruña 418/2014, de 14 de julio.

²⁰ SAN (Sección 1.º) 51/1014, de 17 de noviembre (tráfico de drogas), sentencia que no sólo condena a la pena de multa, sino que decreta la disolución de dos personas jurídicas y la prohibición de realizar actividades en España durante cinco años de una tercera; SSAP de Albacete (Sección 1.º) 1/2014 de 7 de enero (estafa); de Barcelona (Sección 8.º), 155/2014, de 19 de febrero (medio ambiente); de Madrid (Sección 3.º) 742/2014, de 17 de diciembre (estafa impropia), casada por la STS 514/2015, de 2 de septiembre.

²¹ El art. 31.2 CP no se merecía dicho calificativo, ya que no establecía más que la solidaridad en el pago de la multa, garantizando o asegurando su pago. *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español, pp. 56, 58; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal económico, PG4^a, pp 569 s.). Sobre las consecuencias accesorias del art. 129 como sanciones penales, FEIJOO SÁNCHEZ, Sanciones para empresas, pp. 144 ss. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal económico, PG4.^a pp. 571ss. En sentido contrario, GRACIA MARTÍN, Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español, pp. 168 ss., con una exhaustiva exposición del estado de la cuestión en la doctrina española (p.176, “las consecuencias accesorias reguladas en el Título VI del Libro I CP, no tienen naturaleza penal y ni siquiera sancionadora”). Resumen el debate doctrinal previo a la reforma del Código, mediante la LO 5/2010, GONZÁLEZ SIERRA, La imputación penal de las personas jurídicas, pp. 41 ss y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, CPC 2011, pp. 164 ss.

²² STS 480/2009, de 22 de mayo (caso *Ekin*), Fundamento de Derecho centésimo nonagésimo tercero (“las legalmente denominadas “consecuencias accesorias” son medidas de seguridad jurídico-penales”).

2010 las personas jurídicas podían sufrir determinadas consecuencias derivadas de la comisión de un hecho delictivo, pero no se les hacía responsables de tal hecho.

La novedad de la reforma del año 2010 fue que por primera vez era posible hablar en propiedad de una responsabilidad penal propia o genuina de las personas jurídicas, aunque se tratara de una responsabilidad vinculada a la individual –o, al menos, no totalmente desvinculada–. La reforma del Código penal por la LO 1/2015 no ha venido más que a asentar este cambio estructural.

1. La personas jurídica como sujeto de imputación

En el Código penal español se ha decidido que no todas las personas jurídicas sean tratadas como sujetos de imputación jurídico-penal. Una decisión político-criminal esencial en lo que a la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecta es determinar cuáles son las entidades que se encuentran incluidas o excluidas como sujetos de imputación y, por tanto, se pueden ver o no afectadas por los arts. 31 *bis* y siguientes. La evolución desde el apartado 5 del art. 31 *bis*, introducido por la LO 5/2010, hasta el actual art. 31 *quinquies*, vigente tras la LO 1/2015, demuestra que en esta decisión influyen multitud de factores y ponderaciones sobre la procedencia de someter determinadas entidades al Código Penal que pueden cambiar con suma rapidez.

2. Persona jurídica penalmente responsable

Cuestión decisiva previa consiste en determinar cuál es el concepto de persona jurídica del que parte el nuevo sistema. Al no adoptar el Código penal una definición de lo que se ha de entender por persona jurídica, no queda más remedio que concluir que se trata de un concepto que se remite implícitamente a otras ramas del ordenamiento jurídico, abriendo las puertas a una casuística prácticamente inabarcable. La personalidad jurídica diferencia, precisamente, el régimen de los art. 31 *bis* y siguientes que regula la imposición de penas del correspondiente al art. 129

que regula la imposición de consecuencias accesorias. Excepciones a esta decisión se encuentran aisladamente en la parte especial en determinados preceptos como el art. 318 que específicamente contempla la imposición de las medidas previstas en el art. 129 CP de forma indistinta a personas jurídicas o a entidades carentes de personalidad jurídica.

Existen autores que entienden que habría que recurrir a un concepto específicamente jurídico-penal de persona jurídica aludiendo a la tradicional autonomía del Derecho penal de acuerdo con sus fines y funciones específicos, se trata de una interpretación poco compatible con el Derecho positivo. La distinción entre el 31 *bis* y el art 129 es puramente formal, estipulando este último precepto expresamente que se refiere a “empresas, organizaciones grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código”. El Código penal no remite al art. 129 las entidades que no estén comprendidas en el art. 31 *bis*, sino que se especifica que están excluidas del art. 31 *bis* por carecer de personalidad jurídica²³.

En todo caso no existe dato alguno en la legislación penal a partir del cual crear un concepto específicamente jurídico-penal de persona jurídica. Criterios materiales propuestos por un sector de la doctrina como la capacidad de la organización para afectar a los bienes jurídicos protegidos por las correspondientes figuras delictivas no tiene en cuenta la clara distinción que establece el Código penal entre el art. 31 *bis* y el art. 129²⁴.

²³ Hasta la LO 1/2015 era evidente que a las personas jurídicas excluidas en el anterior apartado quinto de la aplicación del art.31 bis tampoco se les podía imponer consecuencias accesorias. Aunque ahora la regulación de las personas jurídicas excluidas ya no está en este precepto, sino en el nuevo art. 31 quinquies, la conclusión debe seguir siendo la misma aunque no se trate en sentido estricto de persona jurídica no comprendidas en el art. 31 bis por carecer de personalidad jurídica.

²⁴ GÓMEZ TOMILLO, Introducción 1.^a, pp. 36 ss. y 2.^a, pp. 52 ss. Deberían concurrir tres características para la aplicación del art. 31 bis a una entidad: a) “algún tipo de reconocimiento por parte del Derecho positivo”, b) “que tenga materialmente potencialidad para afectar al bien jurídico protegido por la norma”, c) “que posea la capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multas”.

No basta con algún tipo de relevancia en el tráfico jurídico. Por ejemplo, los arts. 31 bis y siguientes no son aplicables a las fundaciones en proceso de formación del art. 13 de la Ley 50/2002, de Fundaciones hasta que no obtengan personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de Fundaciones. Lo mismo se puede decir de “la sociedad en formación” regulada en los arts. 36 a 38 de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010), aunque su capacidad lesiva no varíe por el hecho de estar o no válidamente inscrita en el Registro Mercantil.

El sistema español ha optado por una distinción formal entre las entidades que soportan penas y las que soportan consecuencias accesorias (que presuponen peligrosidad objetiva de la organización bien como instrumento –peligrosidad instrumental– o bien como organización defectuosa –peligrosidad organizativa–). La responsabilidad penal en el sistema español tiene una dimensión institucional y no meramente fáctica que no se puede desatender. Desde un punto de vista organizativo o de capacidad lesiva una sociedad en formación o devenida irregular puede presentar características similares a una sociedad de capital inscrita, pero las primeras están sometidas al régimen del art. 129 CP. La regulación no tendría que ser necesariamente así, pero lo es. No caben aplicaciones o extensiones analógicas porque el tenor literal de la ley es evidente.

Este esquema basado en una distinción formal se reproduce en la LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. En el apartado sexto del art. 2 se establece que “las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos

Si lo que importa a efectos de responsabilidad penal es la “peligrosidad para bienes jurídicos” o la “capacidad de afectación de bienes jurídicos” (dejando de lado que todo tiene capacidad de afectación de bienes jurídicos y que las entidades del art. 129 también la tienen) nos alejamos de un sistema de penas y nos inclinamos hacia un sistema de medidas de seguridad que parece incompatible con el modelo vigente. No se debe olvidar, además que el art. 129 se refiere a empresas de hecho, que se deben entender en un sentido funcional como una “organización con un fin económico peligrosa para determinados bienes jurídicos”, pero sin personalidad jurídica. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Sanciones para empresas, p. 188.

descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código penal y en él establecidas”. A ello añade en el apartado séptimo que “cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal”.

3. *La nacionalidad de la personalidad jurídica*

Puede decirse que en el Derecho penal moderno lo decisivo no ha venido siendo la nacionalidad del sujeto activo, sino el lugar en el que ha cometido el delito. La RPPJ no es una excepción a esta idea general. Por ello lo relevante es que una persona jurídica –con independencia de su nacionalidad– cometa un hecho delictivo en territorio español o que su hecho delictivo sea competencia de los órganos jurisdiccionales españoles por alguna de las restantes razones contempladas en el art. 23 LOPJ que permiten recurrir a la ultraterritorialidad.

En este sentido la –vinculante para los fiscales– Circular 1/2011 de la FGE²⁵ establece que “en nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el artículo 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar, pues, la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrán que estar a la legislación nacional que les sea propia”. Esto está consonancia con lo que ya se ha dicho sobre el concepto de persona jurídica a efectos jurídico-penales²⁶.

²⁵ *Vid. o.u.c.*, p. 16.

²⁶ Sobre los problemas que pueden plantear las formas societarias europeas y otros actores empresariales transnacionales o transfronterizos dentro de la Unión Europea, GARCÍA MOSQUERA, Estudios penales y criminológicos 2013, pp. 340 ss. Este trabajo considera que la

El nuevo sistema abre una fascinante problemática con respecto a las personas jurídicas extranjeras que tienen sucursales o unidades de producción en España a las que no han dotado de personalidad jurídica. Si la “parte o sección española” carece de personalidad jurídica reconocida por el ordenamiento español, se puede optar por dos posibilidades: aplicar el art . 129 accesoriamente a la responsabilidad penal de una persona física o, recurriendo a la amplia utilización del principio de ubicuidad en nuestra jurisprudencia, imputarle a la persona jurídica extranjera el delito cometido en España. En ese caso, si bien es evidente que no cabe la extradición, la cooperación judicial y las comisiones rogatorias son un buen método para conseguir llevar adelante una instrucción. Posteriormente se puede condenar “en ausencia” a la persona jurídica ya que, aunque las penas para las personas jurídicas son penas graves no se trata de penas privativas de libertad. La condena a la pena de multa podría ser ejecutada en España u otro país de la Unión Europea (Ley 1/2008, de 4 de diciembre, relativa a la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias) y las penas relativas a la suspensión o prohibición de actividades, clausuras de locales y establecimientos o inhabilitación pueden ser ejecutadas contra la sucursal española de la que es titular la persona jurídica extranjera condenada. El ordenamiento español permite, por tanto, una paleta de posibilidades debido al carácter potestativo de las sanciones interdictiva y de las consecuencias accesorias del art. 129: a) imponer una pena a la persona jurídica extranjera (entendiendo a la sucursal o unidad de producción española como una parte de dicha persona jurídica), b) imponer una consecuencia accesoria a la unidad de producción española o, incluso, c) imponer una pena a la persona jurídica extranjera (de multa, por ejemplo) y, como consecuencia accesoria de dicha pena, imponer alguna de las consecuencias accesorias del art. 129 a la parte española. Seguramente la solución a adoptar en estos casos dependerá, entre otros factores, de que se pueda constatar la actividad delictiva o la falta de debido control

decisiones de ubicación, movilidad o traslado de actividades mercantiles pueden influir en la atribución o exclusión de personalidad jurídica y, por consiguiente, en la posibilidad de aplicación del art. 31 bis.

por parte de algún administrador o persona con gran poder de decisión de la persona jurídica extranjera.

4. *Personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal*

Como es habitual en nuestro entorno cultural –aunque no siempre se encuentre exento de críticas el trato privilegiado a las personas jurídicas de Derecho Público– no todas las personas jurídicas se ven afectadas por los art. 31 bis y siguientes. El apartado primero del art. 31 *quinquies* excluye las siguientes entidades que forman parte del Sector Público (Administraciones públicas territoriales y Administración o sector institucional como entidades instrumentales de éstas):

- Estado y Administraciones Públicas territoriales e institucionales.
- Organismos Reguladores, Agencias y Entidades Públicas Empresariales. Parece lógico que la exclusión se extienda a las Agencias y Entidades Públicas empresariales autonómicas y locales (en este último caso, reguladas en el art. 85 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases del Régimen Local, que se remite a su vez a la LOFAGE).
- Las organizaciones internacionales de Derecho público u organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. Estas entidades de Derecho público no están excluidas de responsabilidad en función de sus actividades, sino que su exclusión es de “carácter personal”, es decir, si entran dentro de alguno de estos tres grupos quedan excluidas de responsabilidad penal con independencia de la naturaleza de los hechos o del delito.
- El apartado segundo del art. 31 *quinquies* se refiere a las Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés

económico general. En este caso no está excluida desde la LO 1/2015²⁷ la responsabilidad penal, en la línea solicitada por informes de organismos internacionales como Greco (Consejo de Europa), sino que simplemente se limita a la pena de multa y de intervención judicial, quedando excluidas las restantes penas contempladas para personas jurídica. El concepto de “sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general” tiene claramente su origen en el art. 30 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 33/2003, de 3 de noviembre²⁸. La modificación mediante la LO 1/2015 de la expresión “sociedades mercantiles estatales” que pasa a ser sustituido por el de “sociedades mercantiles públicas” hace que el término tenga que ser interpretado en sentido amplio, de tal manera que englobe todas las sociedades mercantiles o entidades con forma societaria de las diversas administraciones territoriales que no siendo entes públicos cumplen fines de esa naturaleza (sociedades o empresas públicas autonómicas, locales, etc.). La doctrina ya había dejado claro que carecía de sentido distinguir entre unas y las otras a efecto de responsabilidad penal²⁹, especialmente si lo decisivo es el elemento teleológico de la ejecución de políticas públicas o la prestación de servicios de interés económico general³⁰. Es lógico que se deje claro que el término hace referencia a todas aquellas

²⁷ La Exposición de Motivos (apartado III) incide en que uno de los aspectos más relevantes de esta reforma en lo que respecta a la RPPJ es que “se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.

²⁸ BAL FRANCES, Abogacía del Estado, p. 376. Hay que tener en cuenta que a partir del 1 de octubre de 2016 estarán reguladas por los arts. 11 ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²⁹ Por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Fundamentos, p. 482 (La Ley 2010, p.3) y Responsabilidad, p. 58; ZUGALDÍA ESPINAR, en L-H a RODRÍGUEZ RAMOS, p. 253. La Circular 1/2011 de la FGE, p. 22, argumentaba que se debía hacer una exégesis extensiva del concepto de Estado, “entendiendo por tal todo aquello que lo es, por lo que deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal (...) las sociedades autonómicas, provinciales y locales”.

³⁰ En el marco de la regulación previa a la LO 1/2015 (anterior apartado quinto del art. 31 bis), con respecto a la imputación a Defex, S.A. –empresa perteneciente a la SEPI– de delitos de corrupción en transacciones internacionales, contra la Hacienda Pública y de blanqueo de capitales el Auto de 17 de septiembre de 2014 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 consideró que es una cuestión de Vista Oral analizar si una Sociedad mercantil ejecuta políticas públicas o presta servicios de interés económico general. La imputación fue confirmada por el Auto de la Sala de lo

Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4.^a) 260/2014, de 17 de diciembre, con la siguiente motivación:

“Las sociedades mercantiles estatales son vicarias de la administración, que han de ir preordenadas a ese interés público, que define a las entidades públicas empresariales, las que a su vez, según vimos conforme a sus objetivos, están orientadas a la actividad pública, todo ello, fruto de ese proceso de descentralización de la administración, ya mencionado. Forman parte así y conforme al artículo 3.1 de de la LCSP, unas y otras, del sector público empresarial.

Desde el punto de vista penal, la diferencia entre unas y otras puede ser notable. Pues mientras las entidades públicas empresariales, al igual que el Estado y las administraciones públicas (territorial e institucional), no pueden ser susceptibles de responsabilidad penal, ni conforme a la actual redacción del Código Penal, ni a la proyectada regulación, no acontece lo mismo con las sociedades mercantiles estatales, que en tanto participadas por el Estado, son vicarias de la administración, instrumentales de la misma, pero ni son Estado, ni son administraciones públicas, per sé, con lo que, aun cuando actualmente vienen excluidas, la previsión de futuro es su inclusión, sin más.

Parece que la exclusión de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles estatales vino, no tanto como se mantuvo por los recurrentes, de atender a la separación de poderes, como por la dificultad que se entendió que pudiera existir de la imposición de alguna de las penas previstas para las personas jurídicas penalmente responsables, y ello, partiendo de la redacción en el proyecto de CP sobre el particular en que se ha abandonado dicho obstáculo, apartando a dichas entidades del elenco de sujetos inimputables.

Esta es una reflexión para centrar la cuestión, siendo evidente que a lo que hay que atendernos es al tenor del art. 31 bis 5 CP, en su actual redacción.

Se ha dicho anteriormente que conforme a dicho precepto y apartado las sociedades mercantiles estatales quedan fuera de la exigencia de responsabilidad penal, pero ello, para las sociedades mercantiles estatales que “ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”, lo que engarza con todas las referencias que en este razonamiento jurídico tercero, se han hecho al sector público, actividad pública, interés público y a la actividad instrumental o vicarial de la administración. De modo que en el caso que nos ocupa, DEFEX S.A. en tanto sociedad mercantil estatal que ejecuta política pública o presta servicios de interés económico general, a lo que tuvo que atender en su actividad es a esa parcela pública vicarial, o instrumental, en el seno de la entidad mercantil empresarial, que es la SEPI.

Trasladado al supuesto examinado, lo que hay que desentrañar es si el contrato de suministro de 12 de junio de 2008, respondía a esas características y funcionalidad pública o se apartó, bastando, no obstante ello, para no poder derivarle responsabilidad penal, la naturaleza pública que se afirma por el mero hecho de la participación estatal y por haberse orientado desde que se creó en aquella línea, sin mayor consideración.

No hay que olvidar que el art. 31 bis 5CP es una exclusión a la panorámica general de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con lo que, hay que interpretarlo de forma restrictiva (...) Si la administración del Estado, en esa descentralización que se mencionó más arriba, ha acudido para su despliegue (entre otros, del sector público empresarial) a diferentes fórmulas, a través de las entidades públicas empresariales y de las sociedades mercantiles estatales, en lo que a éstas respecta, si de seguir en la línea del interés público se trata, no basta con la declaración de principio de una pretendida y aparente funcionalidad pública, sino que ha de materializarse. Si no se cumple esa actividad no es la perjudicada la entidad que lo propicia, sino la que se vale de la misma en el desempeño de la política pública inherente al Estado y su Administraciones. Es este apartado el que hay que relacionar con el fundamento en que se hace un somero análisis de la descentralización funcional del Estado a través de sus organismos y donde se marca la línea diferencial de éstos con las sociedades mercantiles estatales, concretamente.

sociedades mercantiles dominadas o controladas por cualquier Administración pública.

Agrega, sin embargo, el inciso final del apartado que “esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”. A diferencia de lo que sucedía con la regulación anterior al 2015, no cabe duda de que esta especie de cláusula anti-elusiva se refiere exclusivamente a las Sociedades mercantiles públicas que son objeto de este apartado segundo del art. 31 *quinquies*.

Evidente es que para la elaboración de este apartado quinto se ha partido de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del sector público, que entrará en vigor a partir del 1 de octubre de 2016, derogando y sustituyendo la LOFAGE, obligará a reinterpretar el alcance de la exclusión de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 84 y siguientes relativos al Sector público institucional. Dichos preceptos determinarán el alcance de lo que haya que entender por “Administraciones públicas institucionales”.

En el presente caso, y con las prevenciones derivadas de contar de la cusa seguida con los datos que obran en el testimonio deducido, no es inequívoco que la entidad Defex S.A. haya atendido, en su actuar, a alguna de las circunstancias que el art. 31bis. 5CP, exige para neutralizar una eventual responsabilidad penal.

No se trata de que se haya querido evitar con dicho precepto y apartado una situación tal que sea el Estado contra el Estado, que no se discute. Se trata, en este caso concreto, de que podrá ser el Estado el que se dirija contra quien ha podido desviarse en la atribución de una actividad par con él, que se realiza vicarialmente, como instrumento del Estado, y que, sin embargo, ha sido para DEFEX SA., como dijo el Ministerio Fiscal “su carta de presentación”.

El Tribunal considera que la exclusión del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a que se refiere el art. 31bis, CP, es en todo caso, para el Estado y resto de instituciones y organismos públicos del Estado, sobre los que se hizo sintéticamente el recorrido que se recoge en el razonamiento jurídico tercero, a diferencia de lo que acontece para con las sociedades mercantiles estatales, cuya exclusión se condiciona a ese efectivo y real ejercicio de una política pública o la prestación de un servicio de interés económico general que, en nombre del sector público empresarial del Estado, (vinculado a la ejecución de una política pública o la prestación de un servicio económico general) se despliega”.

A diferencia de la redacción original mediante la LO 5/2010, que excluía de responsabilidad también a partidos políticos, sindicatos y sociedades mercantiles públicas, parece que el criterio decisivo de exclusión ya no es el desempeño de políticas públicas o de interés general, como parecía en la versión original de 2010 y se defendió en la primer edición de este Tratado, sino la titularidad pública y el ejercicio de potestades públicas. Por ejemplo, las Universidades públicas están exentas de responsabilidad penal, pero no así las privadas³¹.

- Los Organismos Reguladores como el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de valores o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley 3/2003, de 4 de junio) son relativamente fáciles de identificar³².

- Las Agencias estatales están reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAE) y en la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración general del Estado (LOFAGE). Por citar sólo algunas representativa, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de Meteorología (AEMET), de Medicamentos y Productos Sanitarios, de Seguridad Aérea, Boletín oficial del Estado, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC).

- Las Entidades Públicas Empresariales son una clase de Organismos Públicos pertenecientes a la Administración General del Estado, regulados en los arts. 53 ss. LOFAGE, que tienen personalidad jurídica propia diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión. En palabras del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) 260/2014, de 17 de diciembre, se trata de una “clase de organismo público perteneciente a la

³¹ Art. 2.2 c) y 84.1g) y 84.3 Ley 40/2015, de 1 de octubre, que entrará en vigor a partir del 1 de octubre de 2016. Un antecedente de este problema en el Auto 269/15 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Primera) de 26 de marzo de 2015, si bien en el marco de la regulación anterior.

³² Circular 1/2011 FGE, p. 20.

Administración General del Estado de España, estando definidas en el art. 53 de la LOFAGE (Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), que las atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Son resultado de un proceso de descentralización funcional de determinadas actividades públicas que anteriormente eran realizadas de forma centralizada por la Administración territorial correspondiente (en este caso, la Administrador General del Estado), estando vinculadas a dichas Administración y dependiendo de un Ministerio u Organismo autónomo”. Entre las más de 60 Entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado, cabe destacar las siguientes: Gestión de la navegación aérea (ENAI-RE), Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI), Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), Renfe Operadora, Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES), Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

- Los problemas de inclusión se incrementan cuando nos salimos del ámbito de la Administración General del Estado y hay que analizar los Organismos, Agencias o Entidades empresariales equivalentes en las Administraciones autonómicas y locales. Por ejemplo, entidades autonómicas que gestionan patrimonio público (infraestructura, ferrocarriles, etc.), equivalentes a las Entidades Públicas Empresariales, pero que jurídicamente no reciben tal denominación en la correspondiente legislación autonómica. Como el art. 31 *quinquies* sólo ha tenido presente la legislación existente con respecto a la Administración General del Estado, es preciso buscar equivalencias (que serían favorables a la persona jurídica ya que formalmente no está cubierta por la exclusión de responsabilidad) caso por caso y que exigirán una motivación específica.

- La referencia a las organizaciones internacionales de Derecho público (lo cual excluye de la exclusión legal a las organizaciones internacionales de carácter privado o asociativo) viene a reconocer la inmunidad de los Estados extranjeros y las entidades dependientes de estos. Los propios textos de la Unión Europea suelen excluir expresamente a los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado así como a las organizaciones internacionales públicas. Esta cláusula es totalmente coherente con la LO 16/2015, de 27 de octubre, de privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales organizadas en España.

- Lo decisivo a efectos de determinar el alcance del art. 31 *quinquies* es la cláusula abierta final que se refiere a organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. La diferencia expresa a Organismos Reguladores, Agencias y Entidades públicas Empresariales no sería más que una referencia a aquellos organismos o entidades que claramente entran dentro de este concepto, ya que tienen reconocido por la ley el ejercicio de potestades públicas. Sin embargo, no se trata de las únicas entidades que por su naturaleza pública pueden quedar al margen de la responsabilidad penal, lo cual obliga a ulteriores delimitaciones teniendo en cuenta que el objetivo esencial es preservar el ejercicio de la función pública de la intervención penal. En este sentido, por ejemplo, la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor a partir del 1 de octubre de 2016, excluye que las fundaciones del sector público estatal puedan ejercer potestades públicas (art. 128.2), de forma equivalente a la de cualquier otro tipo de fundación.

- Plantean especiales problemas sobre el alcance de la exclusión las Corporaciones de Derecho Público, como los Colegio Profesionales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las Cámaras agrarias, las Comunidades de regantes o de usuarios del dominio público, las Cofradías de pescadores, las Juntas de Compensación y de Conservación en el ámbito urbanístico o de tipo asistencial

como la ONCE cuyos fines tienen que ver con la defensa de intereses privados o de un grupo (que algún autor ha denominado “Corporaciones sectoriales de base privada”). Se trata de entidades que, aunque son formalmente públicas, no forman parte de la Administración pública o institucional. En todo caso se puede hablar de una Administración corporativa representativa de determinados intereses particulares (económicos, profesionales, etc.). En estos casos tampoco queda excluida de antemano cualquier tipo de responsabilidad penal, sin perjuicio de que deba preservarse en la medida de lo posible el ejercicio de las funciones que excedan la defensa de intereses particulares de un colectivo (por ejemplo, la gestión del turno de oficio)³³. Si las Sociedades mercantiles públicas, que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general, son responsables penalmente desde LO 1/2015, pudiendo tener asignado el ejercicio de alguna potestad administrativa, no se aprecian razones de peso para dejar fuera a estas entidades.

- Por otro lado, por su peculiar régimen jurídico (asociaciones de creación y configuración legal, obligatoriedad de pertenencia y monopolio, tutela intensa del Consejo Superior de Deportes, sujeción al Derecho Administrativo y potestades públicas como la disciplinaria, etc.) y por los fines que les caracterizan parece que deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del art. 31 *quinquies* las Federaciones deportivas, a pesar de que la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre, las defina como “Entidades privadas”. Ello es así ya que ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando como agentes colaboradores de la Administración Pública. Esta es la razón por la cual su régimen jurídico es doble, público y privado: mientras el ejercicio de sus propias atribuciones

³³ En el mismo sentido, la Circular 1/2011 FGE, p. 21, afirma: “no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público, por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística”.

se rige por el Derecho privado, el ejercicio de las funciones públicas delegadas se rige por el Derecho administrativo.

5. *Grupos de sociedades*

La distinción formal que establece el Código Penal obliga a que en los casos de grupos de sociedades (art 18 LSC) cada sociedad sea responsable por separado en la medida en la que el grupo como tal carece de personalidad jurídica. En caso de una matriz con una gran capacidad de control, ésta podrá responder por los delitos cometidos en las filiales, pero no será sino cada una de las entidades con personalidad jurídica. A efecto de responsabilidad individual es posible entender el grupo de empresas como una organización única si materialmente funciona como tal, pero a efectos de los arts. 31 bis y siguientes se debe individualizar la responsabilidad de cada persona jurídica³⁴.

La Circular 1/2011 de la FGE hace una referencia específica a las uniones temporales de empresas (UTEs) que se puede extender a *Joint Ventures* u otro tipo de acuerdos estratégicos entre personas jurídicas a los que no se dota de personalidad jurídica o que no se formalizan en una nueva sociedad. Dispone que en la medida en que “carecen de personalidad jurídica propia distinta de la de sus miembros, ya que se configura como un sistema de colaboración entre empresarios de duración temporal y para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio o suministro”, “no les es de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal y sí el artículo 129 del mismo texto legal, sin perjuicio de que las sociedades que las

³⁴ En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, Manual, pp. 102 ss., si bien matiza que “imponer dos sanciones por separado, como si se tratara de dos entidades absolutamente diferentes podría suponer un problema de ne bis in ídem, al resultar el montante total de la (doble) sanción desproporcionado”, considerando que se podría aplicar analógicamente la cláusula de modulación del último inciso del art. 31 ter 1.

integran, individualmente consideradas, sí pueden ser penalmente responsables”³⁵. Se ha rechazado³⁶ esta tesis por entender que carece de sentido, al estimarse que “no tiene lógica alguna que entes con personalidad jurídica como los que integran el grupo de sociedades o las UTES, por un determinado régimen de participaciones, acabaran en el campo de aplicación del art. 129”.

En todo caso, debe quedar claro que el art. 129 sólo se podría imponer a la unión (por ejemplo, suspendiendo cautelarmente sus actividades conjuntas), mientras la imposición de la multa –y eventualmente otras sanciones– a cada persona jurídica sólo podría hacerse con base en los arts. 31 bis y siguientes.

III.- Situación en Chile

Ley Nro. 20.393.- Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, así como en la receptación. Incluye en su artículo 2º el siguiente contenido regulativo: “Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado y a las empresas del Estado”. Esta ley se aplica a las personas jurídicas de Derecho privado, con o sin fines de lucro, y a las empresas del Estado. El Código Civil chileno, en su artículo 545, señala que “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

1. Empresas públicas en Chile

Estas empresas son: las creadas por ley, las del Estado y las sociedades en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o designa a la mayoría de los miembros de su Directorio.

³⁵ P. 29.

³⁶ Manual, p. 102.

Estas empresas son:

- Astilleros y Maestranzas de La Armada
- Casa de Moneda de Chile S.A.
- Cimm (Centro de Investigación Minera y Metalúrgica)
- Cimm Tecnologías y Servicios S.A.
- Comercializadora de Trigo S.A.
- Corporación Nacional del Cobre de Chile
- Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A.
- Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas
- Empresa de Correos de Chile
- Empresa de los Ferrocarriles del Estado.
- Empresa de Servicios Sanitarios Lago Peñuelas S.A.
- Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.
- Empresa Nacional de Aeronáutica
- Empresa Nacional de Minería
- Empresa Nacional del Carbón S.A.
- Empresa Nacional del Petróleo
- Empresa Periodística La Nación S.A.
- Empresa Portuaria Antofagasta
- Empresa Portuaria Arica
- Empresa Portuaria Austral
- Empresa Portuaria Chacabuco
- Empresa Portuaria Coquimbo
- Empresa Portuaria Iquique
- Empresa Portuaria Puerto Montt
- Empresa Portuaria San Antonio
- Empresa Portuaria Talcahuano San Vicente
- Empresa Portuaria Valparaíso

- Fábrica y Maestranzas del Ejército
- Polla Chilena de Beneficencia S.A.
- Puerto Madero Impresores S.A.
- Sociedad Agrícola Sacor Ltda.
- Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Ltda.
- Televisión Nacional de Chile
- Zona Franca de Iquique S.A.

Las empresas estatales creadas por leyes especiales son:

Metro	Ley N° 18.772
Polla Chilena	Ley N° 18.851 de noviembre de 1989
Empresas de Servicios Sanitarios	Ley N° 18.885 y DFL N° 382 de 1988
Zofri	Ley N° 18.846
Empresas portuarias	Ley N° 19.542 de diciembre de 1997, artículos 1 y 4.
Televisión Nacional de Chile	Ley N° 19.132 del 8 de abril de 1992
Empresa de los Ferrocarriles del Estado	Ley N° 19.170 del 3 de octubre de 1992, artículos 51, 51 A y 51 B.
Empresa de Correos de Chile	D.F.L. N° 10 de 30 de enero de 1982.

2. *Concepto y características de las sociedades estatales. Diferencia con las empresas del Estado*

Cuando el Estado decide llevar a cabo actividades empresariales, lo usual es que propicie la creación de una empresa que forme parte de los cuadros orgánicos de

la Administración del Estado, para cuyo efecto se requiere la emisión de una ley, la que debe poseer el carácter de quorum calificado, conforme a lo previsto por los artículos 63 y 65, inciso cuarto, N° 2, en relación al artículo 19 N° 21 CPR. La primera de dichas disposiciones se refiere a las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en tanto que la segunda contempla dentro de estas últimas a las que disponen la creación de "empresas del Estado". El último de los preceptos citados, por su parte, exige que la intervención del Estado en actividades empresariales sea autorizada por una ley de quorum calificado.

En estos casos, el órgano empresarial es creado con personalidad jurídica de derecho público y bajo la naturaleza propia de un órgano descentralizado funcionalmente, característica en cuya virtud pasa a formar parte integrante de la Administración del Estado.

Tales son las empresas del Estado o empresas públicas a las cuales alude el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ellas se caracterizan, entonces, por regirse por un estatuto jurídico de derecho público, el cual regula las funciones, potestades, organización, personal y patrimonio de ese órgano estatal.

Son varias las notas distintivas que permiten identificar a una empresa del Estado; pero resulta esencial tener en cuenta, para dicho efecto, que ellas son creadas directamente por una ley y que es ésta la que determina la actividad o giro que estará habilitada para desarrollar y los demás aspectos antes expuestos, como asimismo el régimen de control a que estará sujeto su funcionamiento, todos los cuales, como regla general, quedarán regidos íntegramente por normas de derecho público, en

tanto que sus relaciones comerciales con los usuarios o consumidores se sujetarán, con algunas excepciones³⁷, a las disposiciones del derecho común³⁸.

La Contraloría General de la República, al emitir su opinión ante el Presidente del Senado, durante la tramitación del proyecto de ley sobre probidad administrativa, que finalmente fuera aprobado mediante la Ley N° 19-653, expresó en su dictamen N° 39-562, de 1 de diciembre de 1997: “la naturaleza jurídica y caracteres de las empresas del Estado es que éstas son creadas, nacen a la vida del derecho, por la ley de quorum calificado, la que señala su naturaleza jurídica de servicio público descentralizado funcionalmente, establece sus objetivos, sus funciones, su estructura, incluidas sus autoridades y atribuciones de ellas, su régimen financiero, su régimen de personal. Todas estas normas son de derecho público y por tanto toda empresa del Estado se encuentra en la situación de ser aprobada por ley de quorum calificado, la que señala un régimen de derecho público, lo que se ajusta estrictamente al artículo 19 N° 21 CPR. Por ser servicios públicos, sólo pueden crearse por ley y señalarse sus objetivos, funciones, atribuciones y autoridades también por ley”.

No obstante, el Estado también puede desarrollar actividades empresariales a través de empresas que no crea directamente mediante una ley, sino que se constituyen en virtud de la autorización que otorga al efecto el legislador de quorum calificado a uno o más órganos centralizados o descentralizados del Estado,

³⁷ Estas excepciones se presentan, especialmente, en los actos preparatorios de los contratos administrativos y privados que celebran las empresas estatales, los que, en razón de la naturaleza de órganos integrantes de la Administración del Estado que ellas detentan, deben cumplir con las exigencias de todo acto administrativo, incluyendo el control de juridicidad que debe hacer la Contraloría General de la República a través del trámite de toma de razón. Tratándose de los contratos administrativos, deben observarse, además, los procedimientos de contratación previstos en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, LOCBGAE. En todas estas situaciones, las empresas del Estado deben someterse a estas disposiciones propias del derecho público, salvo que exista un texto legal expreso en contrario.

³⁸ La CGR, en Dictamen N° 24.101, de 1993, señala que la decisión de ENAP de constituir o pasar a formar parte de una sociedad, debe expresarse a través de un acto administrativo y cumplir el control de juridicidad correspondiente, debido a que esa empresa forma parte de la Administración del Estado.

incluyendo, entre ellos, a otra empresa del Estado, para que den nacimiento a un nuevo ente empresarial³⁹.

Estos entes son los que se denominan sociedades del Estado y que se caracterizan por constituirse, organizarse y funcionar de acuerdo a las disposiciones del Derecho común, en tanto que el derecho público sólo regirá a su respecto en materias específicas vinculadas principalmente al control de algunos de sus actos, en la mayoría de los casos relativos al manejo de sus recursos financieros. Sus relaciones con los usuarios o consumidores, tendrá siempre lugar bajo las normas del derecho privado.

El referido órgano de control, en el mismo pronunciamiento ya señalado, agrega, refiriéndose a las sociedades del Estado, que su situación es diametralmente opuesta a las empresas del Estado “porque ellas no nacen directamente de la ley. La ley de quorum calificado faculta a determinado órgano u órganos estatales para crearlas bajo la fórmula de sociedades privadas, por lo que no es ni la ley la que las crea y su régimen jurídico es el de derecho privado que es determinado en una escritura social”⁴⁰.

³⁹ El fundamento constitucional de esta potestad estatal se encuentra contemplado en el artículo 19 N° 21 CPR, el cual, después de establecer que el Estado “podrá desarrollar actividades empresariales” –lo que ocurrirá cuando sean ejercidas directamente por un órgano perteneciente a la Administración del Estado– agrega que también podrá “participar en ellas”, expresión con la que el constituyente quiso permitir que esa actividad también pudiese llevarse a cabo ya no en forma directa y mediante un órgano estatal, sino a través de una entidad de naturaleza jurídica diversa. Así consta del debate a que dio lugar el establecimiento de esta disposición, según se consigna en el acta de la sesión N° 388 de la CENCPR.

⁴⁰ En ese Dictamen y en los Dictámenes N° 14.067, de 1992, N° 25.017, de 1996, N° 22.683, N° 39.718 y N° 47.904, todos de 1999, y en dictamen N° 20.241 de 2008, la CGR señala las características de las sociedades estatales, sin incluir entre ellas que el aporte de capital del Estado debe ser mayoritario o en igual proporción, como sí lo manifiesta en los Dictámenes N° 20.423, de 1975, N° 3.355, de 1986, N° 32.171, de 1993 y N° 17.005, de 1999. Este último requisito, sin embargo, carece de justificación tanto doctrinaria como jurídica para los efectos de determinar lo que debe entenderse por una sociedad del Estado en Chile y sólo posee relevancia para los fines específicos que determinadas disposiciones legales lo prevén, como por ejemplo para efectos de su control, conforme se desprende del artículo 16, inciso segundo, de la Ley N° 10.336. Corroboran este criterio lo señalado en torno al concepto de sociedad estatal SILVA CIMMA, Enrique, Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público (Santiago, Editorial Jurídica de Chile,

Las características expuestas llevan a sostener que estas sociedades no forman parte de la Administración del Estado, a diferencia de lo que ocurre con las empresas públicas propiamente tales, sino que integran la denominada “administración invisible del Estado”, formada por organismos en que el Estado participa o tiene representación para cumplir una función que sea de interés de aquél, pero que no integran su Administración. A estos entes se refiere el artículo 6 de la Ley N° 18.575, ya citada, al señalar que el “Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quorum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”, agregando en su inciso segundo que las “entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

Debe reconocerse, no obstante, que la clasificación de los órganos empresariales del Estado en las dos categorías antes descritas, de empresas del Estado y sociedades del Estado, no constituye un tema pacífico y exento de debate. Por el contrario, para algunos autores no son dos, sino tres los tipos de entes empresariales estatales, en tanto que otros estiman que la creación por ley no es el elemento diferenciador entre las dos categorías tradicionales de tales entes; junto a los cuales existen quienes opinan que no es exacto afirmar que las sociedades del Estado no nazcan de la ley por la sola circunstancia que se formen de acuerdo a las normas del derecho común, ya que esto sólo puede tener lugar en virtud de una autorización legal expresa. Adicionalmente a lo expresado, no es posible desconocer que la tendencia vigente es reducir el rol empresarial del Estado y lograr que las actividades que desarrolla en este campo sean efectuadas mediante la creación de sociedades estatales⁴¹ y no por vía de creación de nuevas empresas del Estado. Esto

1995), pp. 268 y 269; y SOTO KLOSS, Eduardo, Las sociedades del Estado, en Revista de Derecho Administrativo Económico 2 (Julio-Diciembre 2000) 2, pp. 335 ss.

⁴¹ Un claro ejemplo de lo que aquí se manifiesta surge de la transformación de Casa de Moneda, en una sociedad anónima que constituirá el Fisco y CORFO, según lo contempla el proyecto de ley iniciado por "Mensaje" 017-347, de 31 de mayo de 2002, actualmente en segundo trámite constitucional. Esta iniciativa legal prevé que los aportes de capital se harán en proporción de un 1% y un 99%, por cada uno de los citados organismos, respectivamente, y que la propiedad de

último introduce un factor de complejidad adicional sobre la naturaleza de estas sociedades⁴², en la medida que los nuevos entes societarios que se constituyen en reemplazo de empresas estatales son objeto de una mayor regulación e intervención del Estado en su funcionamiento que aquellas sociedades que son creadas por órganos del Estado, especialmente por empresas del Estado, sin tener como fundamento ni objeto la sustitución de estas últimas⁴³.

3. *Concepto de persona jurídica en Chile*

A) *Asociaciones y patrimonios con personalidad*

En la vida real observamos como las personas se agrupan para conseguir fines comunes. Tales asociaciones permiten desarrollar Intereses que sólo se pueden obtener en un marco de colaboración mutua. Estas formas de asociación pueden ser para obtener una utilidad económica por los asociados, caso en el cual el derecho habla de sociedades, o para fines no patrimoniales, como la práctica de interés deportivo o espiritual, caso en el cual se habla de corporaciones.

Por otra parte, una persona puede destinar, por acto entre vivos o por testamento, parte de sus bienes para dedicarlos, por ejemplo, a fines de interés general, a una obra de asistencia o a un fin cultural. Para que los bienes aportados sirvan a estos fines, deben ser administrados por personas naturales que cuiden de que tales bienes sean aplicados a los objetivos previstos por el fundador. La

las acciones se deberá mantener permanentemente. Adicionalmente a ello, declara a dichas acciones inembargables. En este caso, un servicio público que no fue creado como una empresa del Estado, pero que en la práctica desarrolla ese tipo de actividades, es transformado en una sociedad estatal, la que, atendidos los fines especiales llamados a satisfacer, es sometida a regulaciones que van más allá de las que usualmente rigen a las sociedades estatales.

⁴² Para ilustrar la ausencia de uniformidad de criterios sobre lo que debe entenderse por sociedades estatales, resulta útil tener presente que en el "Mensaje" N° 037-356, de 20 de marzo de 2008, a través del cual el Ejecutivo envía a trámite legislativo un proyecto de ley destinado a regular el gobierno corporativo de las empresas del Estado, se define como empresa del Estado a las sociedades creadas por el Fisco y la CORFO y en las cuales ambos posean el 100% de su propiedad.

⁴³ Sobre este aspecto se pronuncian PANTOJA BAUZA, Rolando, La organización administrativa del Estado, en Revista de Derecho Administrativo Económico 2 (Julio-Diciembre 2000) 2; y SOTO KLOSS, Eduardo, Las sociedades del Estado, cit. (n. 4), pp. 335 ss.

fundación es un tipo particular de persona jurídica, organizada en torno a bienes afectos a un fin y que son administrados con vistas a la consecución de ese fin.

Existen, en consecuencia, personas jurídicas que constituyen asociaciones de personas, naturales o jurídicas, que se reúnen para satisfacer un fin común (corporaciones y sociedades) y existen personas jurídicas creadas con el fin de administrar un patrimonio afecto a un fin (fundaciones y, en el derecho comparado, la empresa unipersonal de responsabilidad limitada).

Así, las personas jurídicas son asociaciones o patrimonios a los que el derecho reconoce o atribuye personalidad propia, distinta de las personas que las componen o administran. Se caracterizan por ser ellas mismas personas, esto es, sujetos de derechos porque pueden (i) ser titulares de derechos y deberes, y (ii) actuar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos y representantes.

B) La persona jurídica en relación con sus miembros

La personalidad jurídica de la corporación o la sociedad no se confunde con la personalidad de quienes las componen y administran. De este principio de separación de personalidades y de patrimonios entre la persona jurídica y sus miembros o socios, derivan dos consecuencias importantes:

(a) Los derechos y obligaciones de la persona jurídica se radican en su patrimonio y, por lo general, no comprometen los patrimonios de sus asociados. Los miembros de la persona jurídica, por otra parte, tampoco tienen derechos directos sobre los bienes de ésta. Esta es la diferencia fundamental entre la copropiedad o comunidad y la personalidad jurídica. En la comunidad, como se verá el próximo año, los derechos pertenecen a muchas personas, hay pluralidad de sujetos activos de un mismo derecho, de modo que cada copropietario tiene un derecho de cuota directamente sobre la cosa. Por el contrario, los derechos radicados en el patrimonio de una persona jurídica pertenecen a la persona jurídica, es ella el titular de tales derechos.

Los asociados tienen derechos en la persona jurídica (como socios o accionistas, por ejemplo), pero carecen de derechos de propiedad sobre los bienes que pertenecen a ésta.

(b) La segunda consecuencia es que la persona jurídica es responsable de sus obligaciones. Los acreedores de la persona jurídica, por lo general, no tienen crédito contra sus miembros, sino sólo contra aquélla. Sin embargo, como veremos más adelante, en ciertos tipos de sociedades (las sociedades colectivas) esta separación está atenuada, porque la ley admite que los miembros de la persona jurídica sean asimismo responsables del pago de las deudas contraídas por la sociedad. Con todo, esta circunstancia ha llegado a ser por completo excepcional. Por el contrario, uno de los fines primordiales de las personas jurídicas es precisamente separar la responsabilidad de los asociados de la responsabilidad propia de la sociedad o corporación.

C) Fines de la personalidad jurídica

Cualquiera que sea la concepción que se tenga acerca de la esencia de la personalidad jurídica, lo cierto es que ellas están destinadas a la consecución de los más diversos fines. Puede tratarse de la defensa de un interés lícito no patrimonial, como un interés religioso, social, económico, político: tal es el caso de las iglesias, las corporaciones culturales o las asociaciones deportivas. Usualmente, sin embargo, el fin es obtener una utilidad económica para los miembros: son las personas que persiguen fines de lucro o sociedades.

En general, de los fines genéricos de las personas jurídicas surge su gran clasificación, entre aquéllas que persiguen fines de lucro (sociedades) y las que no persiguen fines de lucro (corporaciones y fundaciones).

D) Objeto y capacidad

La persona jurídica es un sujeto de derecho con capacidad de goce y de ejercicio. Esta última se hace efectiva mediante sus órganos y representantes. Sin embargo, y a diferencia de las personas naturales, la capacidad de la persona jurídica está definida y limitada por sus fines. Por eso, una persona jurídica sólo puede realizar los actos que configuran su objeto. Los estatutos de la persona jurídica deben, en consecuencia, definir su objeto, el que, a su vez, define el ámbito de su capacidad legal. Con todo, la definición del objeto conlleva implícitamente la realización de todos los actos conducentes a la realización de su fin. Así, un club deportivo puede arrendar, contratar cuentas bancarias y realizar innumerables otros actos que le permitan desarrollar su fin. Pero no podría iniciar una actividad empresarial, con miras a que los asociados se repartan utilidades. Dejaría de ser corporación y pasaría a ser sociedad. Tampoco podría el club deportivo perseguir objetivos de carácter religioso, porque se alejaría del objeto específico para el que ha sido constituido.

Con todo, nada obsta para que este objeto sea cambiado durante la vida de la persona jurídica. El cambio de objeto está sujeto a la exigencia de que sea adoptado el acuerdo respectivo por el órgano competente para modificar los estatutos (en una sociedad colectiva, todos los socios; en una sociedad anónima, la Junta de Accionistas; en una corporación, la asamblea de socios; en una fundación, el órgano que al efecto haya designado el fundador).

E) Organización

Toda persona jurídica supone una organización; sus órganos tienen poderes que les permiten realizar los fines de la persona jurídica. Los órganos pueden poseer una estructura jerárquica; hay órganos que tienen facultades para modificar los estatutos o para designar otros órganos (por ejemplo, la asamblea de socios en una corporación o la junta de accionistas en una sociedad anónima) y existen órganos de administración (por ejemplo, el directorio de una corporación o de una sociedad anónima).

4. *Las personas jurídicas en el Código civil chileno*

Después de definir lo que es una persona jurídica, el art. 545 del CC señala que ellas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Cuando las primeras son de Derecho privado reciben también el nombre de asociaciones después de la reforma de la ley N° 20.500.

Pareciera, entonces, que esta norma contiene una summa divisio de las personas jurídicas en el sistema del Código civil basada en la preponderancia de las personas que se asocian o de la dotación patrimonial con que se cumplirá el fin de la entidad, según la definición que enseguida se da de corporación y fundación tras la redacción dada a la norma por la citada ley N° 20.500. Sin embargo, el verdadero criterio de distinción viene dado por el art. 547 del CC, donde se discrimina entre las personas jurídicas regidas por el título XXXIII del libro I del Código civil (las ya mencionadas corporaciones y fundaciones de beneficencia pública) y aquellas regidas por estatutos especiales. A esta última categoría pertenecen las sociedades industriales, el Estado y sus diversos organismos, y las iglesias.

Cabe todavía hacer una distinción dentro de este segundo grupo de personas jurídicas mencionadas en el art. 547 del CC, pues todas ellas no comparten el mismo carácter. De hecho, cada una comporta una categoría separada. Para lo que ahora interesa, quedan fuera de estas notas los organismos públicos y las iglesias: los primeros tienen por finalidad el bien común y las segundas se enderezan a la profesión colectiva de una determinada fe (art. 4° de la ley N° 19.638). Son relevantes, en cambio, las sociedades industriales, porque se contraponen a las corporaciones y fundaciones y permiten esbozar un concepto de lucro como fin de la entidad.

En afinidad con esta idea, el Código define más adelante la sociedad como: “un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”, el cual da lugar a una

persona jurídica distinta de los socios considerados de manera individual (art. 2053)⁴⁴. Esta definición estructural de sociedad alude a dos elementos sobre los que conviene volver:

- i) la necesidad de efectuar un aporte, y
- ii) el reparto de las ganancias derivadas del ejercicio de una actividad económica en común⁴⁵.

El Código civil regula, así, dos clases de personas jurídicas: unas sin fines de lucro y otras donde existe dicho ánimo. Es a partir de la disciplina de estas últimas que se puede reconstruir el concepto de lucro como causa asociativa. Ya ha quedado dicho que el concepto no es ajeno al Código y se utiliza en varias disposiciones⁴⁶.

Por su parte, se ha distinguido entre actos en que el lucro está involucrado de alguna forma (como beneficio gratuito, utilidad de intercambio, lucro legalmente excesivo, lucro excluido, lucro prohibido o lucro delictual) y actividades que se realizan con la idea de obtenerlo o excluirlo⁴⁷. Con todo, la idea de lucro como ganancia o utilidad esperada parece ser un concepto relacionado más bien con el motivo que induce a contratar, el que se haya presente tanto en los negocios jurídicos (art. 1440 del CC) como en las formas asociativas (arts. 545 y 2053 del CC). De ahí, por ejemplo, que el art. 1467 del CC señale que la mera liberalidad es causa suficiente para contratar. El ánimo de lucro tiene que ver, entonces, con la finalidad que explica la existencia de la entidad, y no con la actividad o giro desarrollado por ella.

La cuestión se entiende mejor si se analizan tres elementos relacionados con una persona jurídica, sea con o sin fines de lucro, pues todas ellas suponen:

⁴⁴ “Troplong, Sociétés, N° 66, 73 y siguientes”. Cfr. BELLO (1955), p. 775.

⁴⁵ Véase Vásquez (2014).

⁴⁶ Fueyo (1952), pp. 337-338.

⁴⁷ Varas (2014).

i) un aporte que se entera al momento de constituirlo o con posterioridad, merced al cual se puede desarrollar debidamente

ii) una cierta actividad determinada de forma previa en los estatutos u otras relacionadas y que son funcionales a ella, la que se espera dé

iii) ciertos resultados favorables.

El aporte es un elemento esencial de la figura asociativa, porque comporta el patrimonio que le permitirá comenzar su funcionamiento. La actividad realizada es, en principio, neutra para los efectos de determinar el carácter de la entidad, pues un cierto hecho puede tener a su vez distintas calificaciones⁴⁸. Esto explica que el carácter de una sociedad dependa de la clase de negocio para el que se constituye (art. 2059 del CC), sin perjuicio de que la voluntad de las partes puede hacer mercantil una sociedad que naturalmente no lo es (art. 2060 del CC). El punto de distinción estriba, entonces, en el propósito con que se ejerce dicha actividad, en el fin hacia el que se dirige la asociación, pues será la suerte de los beneficios obtenidos la que determine si la entidad tiene o no ánimo de lucro⁴⁹.

En ese sentido, existe ánimo de lucro cuando se busca la utilidad pecuniaria directa de los miembros de la persona jurídica merced a su reparto individual (art. 2055 del CC)⁵⁰; y no lo hay cuando los beneficios obtenidos son de orden colectivo, sean de carácter intelectual, moral o puramente material (art. 545 del CC), quedando ellos absorbidos en la propia entidad y en función de su objetivo (art. 557-2 del CC). Los beneficios morales que ella asigna o reparte a sus miembros tampoco son relevantes para estos efectos (art. 2055 del CC). El ánimo de lucro refleja el

⁴⁸ Lo mismo ocurre en material contractual. Basta pensar en el hecho de trasladar personas de un lugar a otro, que puede dar lugar al contrato de transporte y facultar al transportista para cobrar el pasaje respectivo o, bien, ser realizada con un propósito de ayuda desinteresada y comportar un mero transporte benévolo. En este segundo caso se ha discutido la existencia misma del contrato y sus consecuencias si se produce un daño para el pasajero. Véase, por ejemplo, ALESSANDRI (1983), N° 32, pp. 58-60 y BARROS (2006), N° 61, p. 115.

⁴⁹ VÁSQUEZ (2014), pp. 141-144.

⁵⁰ VODANOVIC (1991), vol. I, p. 529.

propósito de los miembros de repartirse a título individual las ganancias obtenidas por la persona jurídica. Por eso, el art. 557-2 del CC permite que las corporaciones y fundaciones realicen actividades económicas que se relacionan con sus fines, y que inviertan sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración, con la sola limitación de que las rentas que perciban se destinen a los fines de la asociación o fundación o incrementen su patrimonio⁵¹.

Tal fue la postura que sostuvieron en su día Guillermo Correa Fuenzalida (1900-1970)⁵² y Carlos Balmaceda Lazcano (1919-1953)⁵³ respecto de la asociación de citricultores "Citrus", en contra del parecer del Consejo de Defensa Fiscal⁵⁴, y que ha concitado el apoyo de la doctrina⁵⁵. Un criterio parecido sostuvo la sentencia de la SCS 26 de abril de 1996 (rol N° 33.021-1995), que estimó existir abuso del derecho en la capitalización de utilidades que año tras año hacía el Banco de Chile y que la sustraía de su deber de pagar la deuda subordinada que mantenía con el Banco Central desde la crisis económica de comienzos de la década de 1980⁵⁶.

Como fuere, cabe tener presente que la ley N° 20.500 efectúa una clasificación entre las personas sin fines de lucro según los objetivos que ellas cumplen, convirtiendo en conceptos diferenciados el interés público (presente solo en algunas) y el interés general (presente en todas y que cabría equiparar, pese a la equivocidad que supone, con la finalidad de beneficencia pública que mienta el art. 545 del CC). En ella se distingue entre organizaciones de interés público y aquellas que no revisten ese carácter aun cuando satisfagan un interés general. Pertenecen a la

⁵¹ Una regla similar se repite respecto de otras formas asociativas reputadas sin fines de lucro.

⁵² CORREA (1943).

⁵³ BALMACEDA (1942).

⁵⁴ Consejo de Defensa Fiscal (1942).

⁵⁵ Véase, por ejemplo, LYON (2002), pp. 81-82 y VODANOVIC (1991), vol. I, pp. 529-530.

⁵⁶ Véase un comentario del caso en RODRÍGUEZ (1998) pp. 278-329. La cuestión tuvo también implicaciones constitucionales cuando se discutía un proyecto de ley para derogar el art. 4° de la ley N° 18.401 sobre capitalización de los bancos con deuda subordinada, que fue declarado inconstitucional. Respecto de las SSTC 10 de febrero de 1995 (rol N° 207-1995) y 11 de abril de ese mismo año (rol N° 209-1995): CHANÁ et al. (1995) y NÚÑEZ (1995).

primera clase cualquier entidad cuya finalidad sea la promoción del interés general en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, ambiente o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado (realizado con un propósito solidario, a favor de terceros, y que se lleva a cabo en forma libre, sistemática y regular, sin pagar remuneración a sus participantes), y que estén inscritas en el catastro de que trata el DS 1/2013 del Ministerio Secretaría General de Gobierno (art. 15 de la ley N° 20.500). Por el solo ministerio de la ley tienen carácter de interés público:

- i) las organizaciones comunitarias funcionales,
- ii) las juntas de vecinos y
- iii) las uniones comunales constituidas conforme a la ley N° 19.418, así como
- iv) las comunidades y
- v) las asociaciones indígenas reguladas en la ley N° 19.253 (art. 15 II de la ley N° 20.500).

5. *Las personas jurídicas sin fines de lucro por disposición legal*

Corresponde referir, en primer término, aquellas personas jurídicas que califican como sin fines de lucro por expresa disposición de la ley. Respecto de ellas no hay duda sobre su carácter y el control administrativo debe estar dirigido a que la entidad no sea utilizada con propósitos fraudulentos⁵⁷. Entre otras, pertenecen a esta categoría:

- 1) las corporaciones y fundaciones,
- 2) las organizaciones comunitarias,
- 3) las asociaciones de funcionarios,

⁵⁷ VARAS (2014), pp. 479-480.

- 4) las mutuales
- 5) las cajas de compensación de asignación familiar,
- 6) los organismos técnicos intermedios para capacitación y
- 7) las recién creadas corporaciones educacionales y entidades educacionales.

A) Las corporaciones y fundaciones

Pueden ser de Derecho Público o de Derecho Privado (arts. 545 y 547 del CC). De estas últimas trata el título XXXIII del libro I del Código Civil. Las corporaciones, también llamadas asociaciones tras la reforma de la ley N° 20.500, se forman por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados, mientras que las fundaciones lo hacen mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general (art. 545 III del CC). Hay, asimismo, personas que participan de uno y otro carácter (art. 545 IV del CC)⁵⁸. Dentro de las personas jurídicas de Derecho Público destacan las entidades religiosas constituidas merced a la ley N° 19.638 (art. 10), y también las corporaciones y fundaciones que, en virtud de su personalidad jurídica de Derecho Público (art. 547 del CC), puede crear la Iglesia Católica (canon 113 y ss. del Código de Derecho Canónico), las que quedan regidas por su derecho propio⁵⁹.

Un ejemplo de esta última posibilidad es la Pontificia Universidad Católica de Chile. Fue creada por el Arzobispado de Santiago mediante un Decreto de 21 de junio de 1888, y llevó por primer nombre el de “Universidad Católica de Santiago”. Al año siguiente, la naciente universidad recibió la bendición apostólica del papa

⁵⁸ Existen corporaciones de tipo fundacional y fundaciones de tipo corporacional. LYON (2002), p. 84, pone como ejemplos de estas personas mixtas a las universidades, con exclusión de las Universidades del Estado y de aquellas erigidas por la Iglesia Católica.

⁵⁹ El art. 547 del CC establece las iglesias y comunidades religiosas se rigen por “sus leyes y reglamentos especiales”. La jurisprudencia ha señalado que esta expresión significa que “las comunidades religiosas deben regirse en cuanto a sus derechos civiles, por sus constituciones y leyes canónicas”. Véase, por ejemplo, SSCA Santiago 29 de marzo de 1882 (GT 882, N° 501, p. 298), Valdivia 27 de abril de 1907 (RDJ VI, sec. 1a, p. 10) y Santiago 30 de diciembre de 1953 (RDJ LI, sec. 2a, p. 26).

León XIII, y en 1930 le fue conferida la dignidad de universidad pontificia⁶⁰. Pocos meses después obtuvo de parte del Estado chileno la plena autonomía académica. Se trata, pues, de una persona jurídica erigida por la autoridad canónica, amparada en el reconocimiento general que el Derecho civil les confiere (art. 547 del CC), y regida por su derecho propio (canon 807 y ss. del Código de Derecho Canónico). Así ha sido reconocido por el Estado, que califica a la Pontificia Universidad Católica de Chile como una corporación de Derecho Público, que participa de la personalidad de Derecho Público de la Iglesia Católica, en conformidad a los DS 4807/1929 y 5469/1929.

Por cierto, nada impide que una corporación o fundación extranjera ejerza su actividad en el país mediante un mandatario debidamente facultado (arts. 34 y 35 DS 110/1979, del Ministerio de Justicia)⁶¹.

B) Las organizaciones comunitarias

Están reguladas por la ley N° 19.418 y son de dos clases: territoriales y funcionales. Las primeras reciben el nombre de juntas de vecinos, representan a las personas que residen en una misma unidad vecinal y tienen por objetivo promover el desarrollo de la comunidad, defender los intereses y velar por los derechos de los vecinos, y colaborar con las autoridades del Estado y de las municipalidades (art. 2° letra b))⁶². A ellas hace mención el art. 118 VII de la CPR. Las organizaciones comunitarias funcionales, en tanto, son personas jurídicas sin fines de lucro de estructura muy flexible, cuyo objetivo es representar y promover valores e intereses

⁶⁰ Se trata de un título honorífico que es otorgado por la Santa Sede a algunas Universidades católicas y a todas las eclesiásticas.

⁶¹ El origen de esta regla se encuentra en el art. 34 DS 1540, de 20 de mayo de 1966, del Ministerio de Justicia, que contenía el anterior Reglamento sobre concesión de personalidad jurídica.

⁶² La ley N° 19.418 define la unidad vecinal como el territorio en que se subdividen las comunas, para efectos de descentralizar asuntos comunales y promover la participación ciudadana y la gestión comunitaria [art. 1°, letra a)].

específicos de la comunidad dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas respectiva (arts. 2º letra d] y 3º).

C) Las asociaciones de funcionarios

La ley N° 19.296 trata de las asociaciones que libremente pueden constituir los funcionarios de la administración del Estado, incluidas las municipalidades, el Congreso Nacional y el Poder Judicial. Su art. 7º deja claro que ellas no tienen fines de lucro, sin perjuicio de que sus actividades puedan generar utilidades, las que deberán ser invertidas en el cumplimiento de sus objetivos.

D) Las mutuales

Desde 1840 comenzaron a organizarse a lo largo de todo el país diversas agrupaciones de trabajadores destinadas a brindar protección ante accidentes, enfermedad o muerte de sus afiliados, de modo similar a lo ocurrido en el Reino Unido con las friendly societies desde fines del siglo XVIII y, en cierta medida, con las cajas de comunidad del Derecho Indiano⁶³. De forma solidaria, las mutuales y sociedades de socorros mutuos reunían sumas de dinero (a partir de la cotización directa de sus miembros, por lo general agrupados según un criterio gremial) que les permitía cubrir los gastos de enfermedad, invalidez o fallecimiento de sus cotizantes. Pese a su larga existencia, marcada por la reserva del comercio de seguros efectuada por el DFL 251/1931, son la forma de empresa menos estudiada más allá de los aspectos historiográficos⁶⁴.

En la actualidad existen en Chile tres grandes tipos de mutuales:

- a) las asociaciones mutuales
- b) las mutualidades de empleadores y
- c) las mutuales de seguros.

⁶³ EYZAGUIRRE (1983), p. 189.

⁶⁴ RADRIGÁN / BARRÍA (2006), p. 109.

Veamos cada una de ellas.

1) *Las asociaciones mutuales*

Antes llamadas sociedades de socorros mutuos, están constituidas bajo la forma jurídica de una corporación de acuerdo con el estatuto tipo aprobado por el Ministerio de Justicia mediante la resolución exenta 1616, de 16 de mayo de 2012. Son, por tanto, asociaciones sin fines de lucro en razón de su tipo legal (art. 545 del CC).

En el país existen cerca de quinientas cincuenta de estas entidades, que agrupan a un total aproximado de trescientos cincuenta mil asociados, y corresponden al sector más heterogéneo y con potencial en el contexto de la seguridad social⁶⁵. Como estructura superior existe la Confederación Mutualista de Chile creada por la ley N° 15.117.

2) *Las mutualidades de empleadores*

Corresponden a las mutuales de empleadores a las cuales se permite la administración de las acciones de prevención de riesgos y de los servicios y tratamiento relacionados con el seguro obligatorio de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores dependientes de los miembros adheridos a ellas (arts. 11 y 12 de ley N° 16.744). Se trata de personas jurídicas sin fines de lucro (art. 11 de la ley N° 16.744), cuyo estatuto orgánico está contenido en el DS 285, de 26 de febrero de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Hoy existen tres de estas mutualidades: el IST, la ACHS y la MSCCHC; las dos primeras creadas en 1957 y la tercera en 1963. Agrupadas en la Asociación de Mutuales.

3) *Las mutuales de seguros*

⁶⁵ RADRIGÁN/BARRÍA (2006) pp. 114-115.

La tercera clase es aquella referida al ámbito de los seguros, que desde el DL 251/1931 quedó reservado exclusivamente a las sociedades anónimas constituidas con ese giro (arts. 4° y 5°). En la actualidad hay tres mutuales de esta clase: la Mutualidad de Carabineros, la Mutual de Seguros de Chile (que concentra su actividad en la Armada) y la Mutualidad del Ejército y la Aviación. Ellas están constituidas como corporaciones de Derecho Privado (art. 545 del CC) e incorporan al personal de las fuerzas armadas y de orden en activo y en retiro y sus respectivos familiares, con un universo de más de quinientas mil personas⁶⁶.

E) Las cajas de compensación de asignación familiar

Son corporaciones de Derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objetivo es la administración de prestaciones de seguridad social (arts. 1° y 19 de la ley N° 18.833). Se rigen por su ley, sus reglamentos, sus respectivos estatutos y, supletoriamente, por las disposiciones del título XXXIII del libro I del Código civil (art. 1° de la ley N° 18.833).

F) Los organismos técnicos intermedios para capacitación

La ley N° 19.518 prevé su existencia, cuyo objetivo es otorgar apoyo a sus empresas adheridas, principalmente a través de la promoción, organización y supervisión de programas de capacitación y de asistencia técnica para el desarrollo de recursos humanos, sin que ellas mismas puedan impartir o ejecutar en forma directa acciones de capacitación laboral (art. 23 I). Ellos se constituirán por al menos quince empresas y no pueden tener fines de lucro (art. 23 II de la ley N° 19.518).

G) Las corporaciones educacionales y las entidades educacionales

En la enumeración de posibilidades que abre la ley N° 20.845 para los sostenedores de establecimientos educacionales aparecen dos formas de personas jurídicas sin fines de lucro que son inéditas en nuestro ordenamiento jurídico:

⁶⁶ RADRIGÁN/BARRÍA (2006) pp. 115.

- a) las corporaciones educacionales y
- b) las entidades educacionales⁶⁷.

Su regulación está contenida en el nuevo título V que se agrega a la Ley sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales (contenida en el DFL 2/1998, del Ministerio de Educación) y que se compone de ocho artículos (arts. 58 A a 58 H). Para ambas figuras, el título XXXIII del libro I del Código civil viene considerado como derecho supletorio (arts. 58 A y 58 H DLF 2/1998).

1) Las corporaciones educacionales

Son personas jurídicas de Derecho privado sin fines de lucro constituidas por dos o más personas naturales, cuyo objetivo único es convertirse en sostenedoras de establecimientos educacionales, pudiendo al efecto impetrar las subvenciones y aportes estatales con fines educativos previstos por la ley (art. 58 A del DFL 2/1998).

La ley prevé, asimismo, la caducidad de la personalidad jurídica si, transcurrido un año contado desde la fecha de obtención de la personalidad jurídica, la nueva corporación educacional no da cumplimiento a los requisitos legales para que su o sus establecimientos educacionales obtengan el reconocimiento oficial (art. 58 E del DFL 2/1998).

La constitución de esta nueva forma asociativa es similar a la de las corporaciones regidas por el Código civil y la ley N° 20.500, aunque presenta algunas diferencias importantes. Su acto constitutivo y los estatutos deben constar en escritura pública o instrumento privado reducido a escritura pública, copia de los cuales debe ser depositada en la Secretaría Regional Ministerial respectiva. Se procederá, entonces, a la inscripción de la corporación educacional en un registro especial que deberá llevarse para estos efectos, y cuya regulación se encomienda a

⁶⁷ *Vid.*, sobre el tratamiento de ellas, especialmente, CORRAL (2015).

un reglamento. La personalidad jurídica surge por el solo hecho del depósito. Para acreditar ese hecho, la Secretaría Regional deberá autorizar una copia del instrumento constitutivo, en la cual se anotará la fecha del depósito y el número del registro.

Por supuesto, la Secretaría Regional no puede negar el depósito y registro, pero cuenta con un plazo de noventa días para realizar observaciones si estima que falta algún requisito o si los estatutos no se ajustan a las exigencias de la ley N° 20.845 o sus normas complementarias. Si dicha repartición formula observaciones, la corporación debe subsanarlas en el plazo de sesenta días. Si no contesta o no las subsana, caduca la personalidad jurídica por el solo ministerio de la ley y se procede a eliminar a la corporación educacional del registro.

En fin, la ley N° 20.845 estableció normas especiales sobre la dirección y administración de estas corporaciones (arts. 58 C y 58 D del DFL 2/1998), su fiscalización por parte de la Superintendencia de Educación (art. 58 G del DFL 2/1998) y la cancelación de su personalidad jurídica y disolución (arts. 58 E y 58 F del DFL 2/1998).

2) *Las entidades educacionales*

Son personas jurídicas sin fines de lucro de composición unipersonal, que gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio distintos de la persona natural que la constituye (art. 58 H del DFL 2/1998). También se exige que el objeto sea la educación a través de la calidad de sostenedora de establecimientos educacionales, para así impetrar subvenciones y aportes estatales con fines educativos.

La entidad educacional exige las mismas formalidades administrativas que las corporaciones educacionales, vale decir, el depósito y registro del instrumento constitutivo y de sus estatutos en la Secretaría Regional de Educación correspondiente. En dichos estatutos debe constar, además de las menciones requeridas por el art. 548-2 del CC, la individualización de la persona natural que la

constituye, indicando su nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad y domicilio (art. 58 H).

Respecto de la administración de estas personas jurídicas, la ley N° 20.485 emite a algunas normas de la ley N° 19.857 sobre empresas individuales de responsabilidad limitada, como son aquellas referidas a

i) la separación patrimonial entre la persona jurídica y su constituyente (art. 8°),

ii) la forma de administración y representación judicial y extrajudicial (art. 9°),

iii) los supuestos de autocontratación entre el constituyente y la persona jurídica (art. 10) y

iv) los casos en los que el constituyente debe responder excepcionalmente con su propio patrimonio de las deudas de la persona jurídica (art. 12).

Se ha observado que de la remisión que se hace al art. 8° de la ley N° 19.587 cabe concluir que, a semejanza de las fundaciones, para instituir una entidad educacional es necesario que la persona natural que la constituye se comprometa en el instrumento constitutivo a realizar un aporte o acto de dotación para conformar el patrimonio inicial de la persona jurídica⁶⁸.

H) Los casos discutidos

Más ardua es la calificación de ciertas personas jurídicas donde su tipo legal no menciona la ausencia de ánimo de lucro y que no pueden ser reconducidas al concepto de sociedad industrial, figura paradigmática de persona jurídica con ánimo de lucro. En esta zona gris comparecen:

a) las cooperativas

⁶⁸ CORRAL (2015).

- b) los sindicatos
- c) las asociaciones gremiales y
- d) las organizaciones indígenas.

No hay discusión, en cambio, respecto de las llamadas "empresas B", pues son sociedades que han modificado sus estatutos para incluir en ellas ciertos objetivos de índole social o medioambiental que no sustituyen el giro u objeto económico para el cual existen⁶⁹.

1) Las cooperativas

Son una asociaciones inspiradas en el principio de la ayuda mutua que buscan mejorar las condiciones de vida de sus socios (art. 1° de la LGC). Uno de los puntos más discutidos en torno ellas después de la reforma de la ley N° 19.832, es la presencia o ausencia en ellas de ánimo de lucro⁷⁰. Hasta entonces, el art. 1° del DS 502/1978, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que contenía la LGC, definía las cooperativas como instituciones sin fines de lucro que tienen por objetivo la ayuda mutua. La cuestión tiene consecuencias prácticas no menores, como ha quedado demostrado con el cambio de criterio del Servicio de Impuestos Internos ocurrido en 2011 en torno a los excedentes distribuidos por las cooperativas, incluidos aquellos capitalizados a través de la emisión liberada de cuotas de participación, que fueron consideradas desde entonces afectos al impuesto a la renta (oficio N° 1397, de 7 de junio de 2011)⁷¹.

⁶⁹ Véase HONEYMAN (2015).

⁷⁰ VÁSQUEZ/JUPPET (2014), pp. 140-142. Con todo, ROMÁN (2012) pp. 246-263, sigue sosteniendo que las cooperativas son entidades sin fines de lucro.

⁷¹ La cuestión ha sido abordada en Alcalde (2014b), pp. 416-421. La jurisprudencia ha fallado igualmente en contra del criterio del mentado oficio. Véase: SCS de 26 de junio de 2014 (rol N° 5669-2013), 30 de junio de 2014 (rol N° 322-2013 y 376-2015), 15 de julio de 2014 (rol N° 5176-2013), 21 de julio de 2014 (rol N° 7803-2013), 23 de julio de 2014 (rol N° 6897-2013), 20 de agosto de 2014 (rol N° 12.039-2013), 2 de septiembre de 2014 (rol N° 10.449-2013), 24 de septiembre de 2014 (rol N° 14.249-2013), 6 de octubre de 2014 (rol N° 12.9919-2013) y 27 de octubre de 2014 (rol N° 2593-2014).

La incidencia de esta nueva interpretación dio origen a un acuerdo del Senado para solicitar al Presidente de la República que efectuase una indicación al proyecto de reforma de la LGC (Boletín N° 8132-26), donde se estableciese con claridad la exención del impuesto a la renta respecto de las operaciones entre las cooperativas y sus socios (Boletín N° S1609-12). El “Protocolo de acuerdo por una reforma tributaria para un Chile más inclusivo” suscrito el 8 de julio de 2014 por el gobierno y la oposición recogió estas sugerencias. De esta manera, quedó constancia de la voluntad común de que era necesario que la ley definiese el concepto de operaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros, para dar certeza jurídica en la materia y evitar futuros cambios de interpretación por parte del Servicio de Impuestos Internos, y así ha quedado reflejado en parte en el nuevo art. 17 N° 11 del DL 824/1974⁷².

El hecho de que las cooperativas no sean formalmente entidades sin fines de lucro no supone correlativamente equipararlas sin más a las sociedades industriales que menciona el art. 547 del CC⁷³. Primero, porque en ellas los socios pueden establecer tres tipos de relaciones (estrictamente societaria, mutualista y externa), una de las cuales al menos es ajena al concepto tradicional de sociedad (aquella surgida de la ayuda mutua). Segundo, porque la causa negocial (art. 1467 del CC) es distinta en uno y otro caso: mientras en las cooperativas el reparto de la ganancia producida por el giro no es buscada directamente por los socios, aun cuando no sea excluida (art. 38 de la LGC), en las sociedad industriales ella comporta en principio el motivo determinante por el que se contrata, sin el cual no existe sociedad (art. 2055 del CC)⁷⁴. De ahí que el art. 1.1 del Draft Principles Of European Cooperative Law (publicado en mayo de 2015) defina las cooperativas de la siguiente forma:

⁷² La reforma también incorporó a las cooperativas como entidades oferentes de instrumentos elegibles para los efectos del incentivo al ahorro de parte de las personas señaladas en el nuevo art. 54 bis de la LIR.

⁷³ La ley N° 4.058 hablaba de sociedades cooperativas y enumeraba los giros que ellas podían desarrollar (art. 2°).

⁷⁴ Véase FONT/PINO (2001).

1) Las cooperativas son personas jurídicas regidas por el derecho privado que llevan a cabo una actividad económica sin buscar un beneficio como propósito último y a) principalmente en interés de sus miembros, sean consumidores, proveedores o trabajadores de la cooperativa (“cooperativas mutualistas”), o b) principalmente en interés de la comunidad (“cooperativas de interés general”).

2) “Buscar un beneficio como propósito último” significa generar beneficios por el pago de un interés, dividendos o bonos sobre el dinero invertido, depositado o prestado por la cooperativa o por cualesquier otra persona [...].

Esto explica que la cooperación en el Reino Unido se organice a partir del marco legal básico y no exclusivo que proporciona la Industrial and Provident Societies Act, de 30 de junio de 1852 o que en Francia la ley N° 47-1775, de 10 de septiembre de 1947, previese originalmente un estatuto de la cooperación al que se podían acoger las sociedades civiles o comerciales que perseguían la satisfacción de las necesidades de sus socios por medio de la ayuda mutua, hoy modificado por la ley de economía social (ley N° 2014856, de 31 de julio de 2014)⁷⁵.

En ese sentido, y según ha quedado dicho, no existe un fin de lucro cuando los beneficios obtenidos son de orden colectivo, como ocurre cuando se busca mejorar las condiciones de vida de los socios a partir de la ayuda mutua (art. 1° de la LGC). Cabe concluir, entonces, que la especificidad de las cooperativas no estriba en la obtención del beneficio económico en sí (como ocurre en las sociedades, especialmente en aquellas de capital), ni siquiera respecto del pago del interés al capital, sino en la forma de reparto, que se puede hacer de un forma bastante diversificada y con un saldo cero después de cada ejercicio⁷⁶. De ello y de los costos sociales internalizados se sigue que sea justificado establecer un régimen de medidas

⁷⁵ El art. 24 define las cooperativas como sociedades constituidas por varias personas que se reúnen voluntariamente con miras a satisfacer sus necesidades económicas o sociales mediante el esfuerzo común y el aporte de los medios necesarios.

⁷⁶ VARGAS (2006), p. 53.

compensatorias a su favor⁷⁷, como ocurre con la existencia de un trato fiscal más favorable⁷⁸.

La incompreensión del particular funcionamiento de las cooperativas, donde las operaciones con socios y terceros no presentan una situación de simetría con lo que ocurre en las sociedades civiles y comerciales, ha hecho que el proyecto de reforma de la ley del ramo que se discutía en el Congreso Nacional desde 2011 haya visto suspendida su tramitación después de ser aprobado por el Senado, cuando se encontraba en tercer trámite constitucional. La razón fue la inclusión en dicha corporación de una indicación respecto de la exención tributaria para las operaciones que la cooperativa realiza con terceros, la que venía promovida en última instancia por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo a través de su División de Asociatividad y Economía Social, la que no fue aceptada por el Ministerio de Hacienda en la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, celebrada el 19 de agosto de 2015. A juicio de este último ministerio, con esa exención se abriría un flanco de posibles mecanismos de elusión tributaria y se infringiría el protocolo de acuerdo suscrito entre los distintos sectores políticos para consensuar la reforma tributaria aprobada en 2014. La indicación fue finalmente rechazada en la sesión 62a de la Legislatura 2015 de la Cámara de Diputados (20 de agosto de 2015), de manera que el proyecto de reforma de la LGC pasó a una comisión mixta de senadores y diputados para resolver el conflicto entre ambas Cámaras. En ella la enmienda agregada en el Senado respecto de las operaciones de la cooperativa con terceros fue eliminada.

2) *Los sindicatos*

El CdT no define los sindicatos y solo reconoce la existencia de cuatro clases de ellos en consideración de los trabajadores afiliados (art. 216). Por tales se entienden las organizaciones libremente constituidas por trabajadores del sector

⁷⁷ Véase Consejo Económico y Social Europeo (2009).

⁷⁸ Véase FAJARDO (2013) respecto a la reciente jurisprudencia europea.

privado o de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, cuyo objetivo es asumir la representación y legítima defensa de sus asociados, así como promover los intereses económicos, sociales y culturales de los mismos (arts. 212 y 220 del CdT). Son las únicas entidades de economía social que gozan hoy de reconocimiento constitucional (art 19 N° 19 de la CPR).

En la legislación laboral no existe impedimento para que los sindicatos puedan desarrollar actividades económicas o, incluso, formar parte de una sociedad civil o comercial⁷⁹. Sobre el particular, la ley N° 19.069 derogó el inciso final del art. 207 del CdT, que prohibía que las organizaciones sindicales tuviesen fines de lucro. Esto significaba que, al menos hasta entonces, no existía duda de que los sindicatos eran personas jurídicas sin fines de lucro. Cabe preguntarse, entonces, qué sucede en la actualidad.

A partir del criterio de distinción ya explicado, la respuesta de la cuestión recién planteada parece estar en el art. 259 I y II del CdT, donde se establece que el patrimonio de una organización sindical es de su exclusivo dominio y no pertenece, en todo ni en parte, a sus asociados, y en la mención de las actividades permitidas a un sindicato, entre las cuales se cuenta la prestación de ayuda a sus asociados, la promoción de cooperación mutua entre los mismos, el estímulo de su convivencia humana e integral y el proporcionarles recreación (art. 220 N° 5° del CdT). De esto se sigue que las organizaciones sindicales están facultadas para desarrollar actividades que les reporten ganancias con la expresa condición de que esos beneficios o réditos estén necesariamente vinculadas a la financiación de sus objetivos⁸⁰. Los bienes o recursos así obtenidos deben ingresar al presupuesto sindical, sin perjuicio del cumplimiento que el sindicato debe dar, en cuanto sujeto de una actividad lucrativa, a la normativa legal específica que le sea aplicable.

⁷⁹ Dirección del Trabajo (2003).

⁸⁰ Dirección del Trabajo (1995); Varas (2014), pp. 478-480, por su parte, menciona las posibles ganancias que puede obtener una persona jurídica sin fines de lucro, las que cuales no son necesariamente reprochables.

3) *Las asociaciones gremiales*

Son organizaciones que reúnen personas naturales, jurídicas o ambas, con el objetivo de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes, con exclusión de aquellas de carácter político o religioso (art. 1° del DL 2757/1979). El DL 2757/1979 que las disciplina debía ser complementado por un reglamento (art. 7°), el que a la fecha no ha sido dictado⁸¹. Estas entidades están bajo la supervisión de la Unidad de Asociaciones Gremiales, de Consumidores y de Martilleros, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fue creada por resolución exenta N° 1290, de 22 de septiembre de 2008, ahora incorporada en la División de Asociatividad y Economía Social de dicho ministerio.

Aunque no se dice expresamente que las asociaciones gremiales sean personas jurídicas sin fines de lucro, tal carácter se desprende de lo previsto respecto de las rentas, utilidades, beneficios o excedentes obtenidos por la asociación: ellos pertenecen a la asociación y no pueden ser distribuidos a sus afiliados ni aún en caso de disolución (art. 11 II del DL 2757/1979)⁸².

4) *Las organizaciones indígenas*

La ley N° 19.253 la define como la agrupación voluntaria y funcional integrada por, a lo menos, veinticinco indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común, para el desarrollo de actividades educacionales y culturales, profesionales o económicas, de forma equivalente a las organizaciones comunitarias funcionales (arts. 36 y 37 de la ley N° 19.253). También se regula la

⁸¹ En la actualidad, la División de Asociatividad y Economía Social del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo trabaja en su redacción.

⁸² CISTERNAS/LARRAÍN/ZAMORA (1980) p. 13, estiman que las asociaciones gremiales pueden tener fines de lucro y ejercer funciones propias de este ámbito.

figura de la comunidad indígena, que consiste en toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

- i) provienen de un mismo tronco familiar;
- ii) reconocen una jefatura tradicional;
- iii) poseen o han poseído tierras indígenas en común y
- iv) provienen de un mismo poblado antiguo (art. 9° de la ley N° 19.253).

La calificación que hace de ellas el art. 15 de la ley N° 20.500 lleva a concluir que se trata igualmente de personas jurídicas sin fines de lucro.

CAPITULO II

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

I.- Austria

1. Legislación vigente

Con la aprobación del segundo protocolo para la Armonización de la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas en Julio de 1997, Austria se comprometió a introducir dentro de su ordenamiento jurídico un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hasta antes de asumir dicha obligación, este país no había considerado la alternativa de atribuir responsabilidad penal a los entes morales. Solo a partir del 1 de enero de 2006, entró en vigor la ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos (la llamada *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz –VbVG–*).

No es casualidad en esta ley que lo primero que salta a la vista es, por una parte que el legislador evita hacer mención a expresiones como penalidad o sanción y que la clase de sanción escogida por la ley para ser impuesta a las personas jurídicas responsables es la multa.

Asimismo la VbVG acoge un sistema de responsabilidad acumulativa de sanciones a personas físicas y jurídicas, que tiene lugar en el mismo procedimiento penal en el que se determina la responsabilidad de la personas física. A diferencia de la legislación española, la ley austriaca no prevé un catalogo cerrado de delitos o

infracciones por los que hacer responsable a los entes morales, sino que lo serán siempre que se cometa una conducta prevista como delito en la leyes nacionales⁸³.

Concretamente la VbVG se encarga de delimitar, en su artículo 1, el alcance de esta ley, y en ella el concepto de agrupación involucra a toda entidad que, estando o no legalmente reconocida como tal, tuviera capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones en el tráfico jurídico. No son consideradas agrupaciones la masa hereditaria, el Estado Federal, los municipios, las iglesias reconocidas y las sociedades religiosas.

A partir del artículo 2, referente a las personas con capacidad de decisión y empleados, se establece una diferencia en relación a la persona física cuya actividad es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica. En el artículo 2.1 se determina a la persona con capacidad de decisión, la cual realiza funciones de control, gestión o administración de la persona jurídica y en el 2.2 contempla a quienes estarían subordinados a los anteriores.

2. *Modelo de atribución de responsabilidad utilizado*

La atribución de responsabilidad en el modelo austriaco se desprende a partir de los presupuestos, contemplados en el artículo 3, bajo los cuales responderá la persona jurídica frente a la comisión de un delito:

“3. (1) Una agrupación es responsable de un delito cuando, cumpliéndose las condiciones requeridas en los apartados (2) y (3),

1. el hecho se cometa en su beneficio o
2. con el hecho se lesionen deberes que incumben a la agrupación

(2) Una agrupación es responsable de los delitos de una persona con capacidad de decisión cuando éste como tal haya cometido el hecho de forma antijurídica y culpable.

⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos*. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>, págs. 8-9.

(3) Una agrupación es responsable de los delitos cometidos por los empleados cuando:

1. el empleado haya realizado el hecho típico de forma antijurídica; la agrupación es responsable de un delito que presupone el dolo sólo cuando un empleado haya obrado dolosamente; de un delito que presupone la imprudencia sólo cuando el empleado haya infringido el deber de cuidado a las circunstancias; y

2. la comisión del hecho fue posible o esencialmente facilitada por el hecho de que las personas con poder de decisión no observaron el cuidado debido y exigible en las circunstancias, especialmente por haber omitido las medidas personales, técnicas y organizativas esenciales para impedir tales hechos.

La responsabilidad de una agrupación por un hecho y el castigo de personas con capacidad de decisión o de empleados por el mismo hecho no se excluyen mutuamente⁸⁴.

El primer presupuesto exige que la persona física cometa el delito doloso o imprudente en beneficio de la persona jurídica para la cual trabaja, lo cual implica que el órgano debe actuar por cuenta de la persona jurídica para que sea posible imputarle responsabilidad penal. Por lo demás, aun no cometiendo el hecho en beneficio de la persona jurídica, a través del segundo requisito también es posible atribuir la responsabilidad, siempre que, como establece la ley, se hayan incumplido los deberes que le incumbían. Este presupuesto tiene directa relación con el ámbito de acción de la entidad involucrada, por lo que la delimitación de los deberes será una cuestión casuística que dependerá de la actividad que se desarrolle.

El legislador austriaco estableció una diferenciación. Por un lado, definió los presupuestos de responsabilidad que se dan con la comisión de un delito, doloso o imprudente, por quien tiene poder de decisión dentro de la agrupación. Dentro de este contexto, el artículo 3, exige como presupuesto de responsabilidad que el hecho ilícito sea cometido de manera antijurídica y culpable. Lógicamente, en función de tales presupuestos, el actuar de la persona física debe ser en beneficio de la persona jurídica, y de no ser este el caso, debe haber infringido un deber de cuidado que le

⁸⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de ley Austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos*. En línea en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>.

incumbía. Sin embargo, en ambos casos se desprende que se está imputando a la persona jurídica el lado subjetivo del hecho de la persona física, esto quiere decir, que por el solo hecho de cometer, la persona física en cargos de poder, un delito doloso o culposo, se transferirá la responsabilidad a la persona jurídica, por lo que se está ante un supuesto de responsabilidad vicarial u objetiva.

Por otro lado, el artículo 3 delimita la situación referida a la comisión del delito por parte de empleados, donde se requieren dos requisitos: que se cometa el hecho típico y antijurídico, y que la comisión del hecho se haya visto facilitada porque las personas con poder de decisión no cumplieron con el cuidado debido atendidas las circunstancias. En este segundo supuesto, inevitablemente se termina por centrar el reproche en el actuar doloso o imprudente de la persona física y no en la omisión de precauciones de la persona jurídica. Un modelo de responsabilidad propia de la persona jurídica debe irremediamente enfocarse en un título propio de imputación subjetiva del ente moral, que en este caso sería, la omisión dolosa o imprudente de medidas de precaución para impedir la comisión de delitos por parte de subordinados. Sin embargo, en este caso, se alude directamente a que gracias al descuido por parte de la persona física a cargo, se produjo el hecho ilícito por parte del subordinado, con lo cual la infracción del deber de cuidado del administrador es la infracción del deber de cuidado de la sociedad, configurándose en la ley austriaca, un modelo de imputación basado en la responsabilidad objetiva o vicarial⁸⁵.

II.- Francia

1. Legislación vigente

La responsabilidad penal de los entes morales tuvo legitimidad y vigencia en Francia durante el Antiguo Régimen, estos es con anterioridad a la Revolución

⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de ley Austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos*. En línea en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>.

Francesa, periodo durante el cual era posible penalizar a colectividades enteras, sin importar específicamente el individuo. Como es sabido, una vez llevada a cabo la Revolución, la mentalidad y la ideología imperante en la sociedad francesa sufrió un vuelco trascendente, el individuo era ahora el centro de las preocupaciones. Es así como una de las grandes victorias fue no seguir responsabilizando a los entes colectivos, sino que el derecho penal pasó a centrarse exclusivamente en la persona que comete el ilícito.

Específicamente el Código Penal Napoleónico de 1810 consagró la responsabilidad penal personal fundado en el actuar ilícito del individuo en donde la culpabilidad era concebida como un reproche moral al delincuente, con esto se mantuvo inalterable durante los siglos XIX y XX el principio “societas delinquere non potest”. La legislación y la doctrina francesa, durante mucho tiempo, fueron reacios a siquiera admitir la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas aun cuando la praxis les exigía lo contrario.

Bajo esta ideología, las personas jurídicas no podían ser penadas ni siquiera pecuniariamente, ya que, como sostenía la Cámara de Justicia Criminal, “la multa es una pena y toda pena es personal; salvo las excepciones previstas por la ley; esta no puede por tanto ser pronunciada contra una persona jurídica, la cual no puede ser responsable sino civilmente”⁸⁶. Como era de esperar, con el correr de los años, se comenzó a hacer evidente la distancia existente entre la dogmática jurídico penal y las necesidades de política criminal que demandaban un respuesta frente a las actividades ilícitas de las empresas, es así como se hizo un esfuerzo por parte de los legisladores franceses, llegando a establecer la responsabilidad solidaria de la empresa por el actuar de sus representantes. Más tarde se avanzaría en políticas de protección al consumidor que permitían en determinados casos, imponer sanciones a las empresas.

⁸⁶ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 112.

La criminalidad empresarial presente en la sociedad francesa, fue poniendo en tela de juicio la capacidad de respuesta del Derecho penal basado en el principio *societas delinquere non potest*. La reacción de la doctrina y del legislador no se hizo esperar, ya que pronto comenzó a implorar por la necesidad de hacer responsables a las personas morales, es así como en la Comisión de reforma del Código penal de 1974 se constituyó como uno de los principales temas de discusión, más tarde en el Anteproyecto de 1983 también se argumentó a favor de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso haciéndola extensiva a aquellas que no gozaban de personalidad jurídica y las de derecho público, no siendo necesario un hecho vinculante. La ola de propuestas para hacer a los entes morales responsables penalmente no paró, hasta que finalmente, luego de años de discusión doctrinaria, fue admitida en el Código penal de 1992 que entró en vigor en Marzo de 1994, la pregunta que muchos se hicieron, era si de acuerdo a la tradición jurídica francesa próxima a la dogmática germana, aquello constituía una evolución o una revolución⁸⁷.

Concretamente el artículo 121-2 del Código penal francés de 1994⁸⁸ consagró esta responsabilidad en los siguientes términos:

“Las personas jurídicas, con la excepción del Estado, serán penalmente responsables por los delitos cometidos en su cuenta por sus órganos o representantes, de acuerdo con las distinciones establecidas en los artículos 121-4 y 121-7 y en los casos previstos por la ley o los reglamentos.

Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”⁸⁹.

⁸⁷ PRADEL, Jean, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf. Págs. 1-10.

⁸⁸ Código Penal Francés. [En Línea] En: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm.

Antes de detenernos en el análisis correspondiente, interesa aclarar que las empresas serán responsables penalmente, siempre y cuando estén constituidas con personalidad jurídica: cumpliendo con este requisito, todas pueden ser imputables, salvo las personas jurídicas de Derecho Público. No obstante, el artículo 121-2 prevé una excepción, ya que en estos casos tanto la comuna como la sociedad concesionaria del servicio público pueden ser responsables.

Otro aspecto a mencionar es que, tal como establece el legislador español, el Código penal francés también optó, en un comienzo, por la técnica del *numerus clausus*, a tenor del cual las personas jurídicas sólo serían responsables penalmente por los delitos previamente establecidos, lo que en Derecho francés se denomina principio de especialidad⁹⁰.

Son numerosos los delitos en que se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, entre ellos: genocidio, homicidio y lesiones, tráfico de drogas, blanqueo de dinero, hurto, extorsión, estafa, malversaciones, actos de terrorismo, tráfico de influencias, corrupción, falsificación de documentos y moneda, etc. Lo que se pretendió por parte del legislador francés fue lograr una certeza en la persecución penal, objetivo que para parte de la doctrina no se logra si se deja sin respuesta una serie de otros delitos en los que las personas morales, así como responden frente a un amplio catálogo de delitos, podrían también ser imputadas penalmente⁹¹. Sin embargo, en marzo de 2004 la llamada Ley Perben, a través del

⁸⁹ Los artículos 121-4 a 121-7 se refieren a la tentativa y complicidad. El artículo 121-3, hace referencia a la culpabilidad como requisito en la imputación de responsabilidad penal a las personas físicas, o en su defecto habrá delito cuando la ley así lo establezca. Código Penal Francés. [En Línea] En: http://195.83.177.9/upl/pdf/code_56.pdf.

⁹⁰ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 116.

⁹¹ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 117.

artículo 54⁹², modificó el artículo 121-2 del Código penal⁹³, suprimiendo la expresión “y en los casos previstos por la ley o la reglamentación”.

Este cambio legislativo entró en vigor el 31 de diciembre de 2005, teniendo como consecuencia que se ampliara el alcance de la ley respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídica, haciéndola extensiva a todos los delitos contemplados por el ordenamiento jurídico, dejando atrás el principio de especialidad.

2. *Modelo de atribución de responsabilidad utilizado*

La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha generado revuelo en todas las legislaciones, no sólo con la discusión previa a su consagración expresa, sino también en relación a las forma de imputación de la responsabilidad, de ahí que Francia no fuera la excepción. La doctrina se ha abocado al análisis del artículo 121-2, y con ello han surgido discusiones en torno al modelo de imputación utilizado por el legislador, la pregunta central es si se trataría de una responsabilidad por rebote o reflejo por el hecho de otro, en este caso del representante u órgano como único capaz de tener una conducta reprochable, o de una responsabilidad autónoma, en donde es posible atribuir el actuar con dolo o culpa al ente moral⁹⁴. Del artículo 121-2 del Código penal francés se desprenden dos requisitos copulativos para llegar a responsabilizar penalmente a la persona jurídica, a saber:

1. La infracción debe ser cometida por un órgano o representante de la persona moral.

⁹² Ley N° 2004-204 de 9 de Marzo 2004 sobre la adaptación a los cambios en el crimen legal. Art 54. [En Línea] En: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249995>.

⁹³ 107 Código Penal Francés. Traducción de José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, Catedrático de la Universidad de San Sebastián. [En Línea] En: http://195.83.177.9/upl/pdf/code_56.pdf.

⁹⁴ PRADEL, Jean. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf.

2. La actuación del representante u órgano debe ser por cuenta de la persona moral.

Del primer requisito deriva inmediatamente que la responsabilidad de la persona jurídica es fruto del actuar ilícito de su representante, por lo que se trataría de una responsabilidad objetiva o, como se llama en el Derecho francés, responsabilidad por reflejo, ya que necesariamente existe un traspaso de responsabilidad por parte del órgano o representante al ente moral. La doctrina francesa explica esta construcción jurídica sobre la base de que la persona moral necesita un substratum humano⁹⁵ para actuar, lo cual sería condición necesaria para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Consecuentemente es el órgano o representante de la persona jurídica la que actúa con dolo o culpa, esto quiere decir, que es en ella donde se deben configurar los elementos de imputación y no en la persona jurídica, la que será responsable por el hecho de otro, siendo necesariamente una responsabilidad delegada. Sin embargo, para algún sector de la doctrina, el párrafo 3 del artículo 121-2 somete a dudas la anterior conclusión, principalmente porque establece: “...la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”. En virtud de su tenor literal podría interpretarse que la persona física y la persona jurídica son entendidas como entes autónomos, por lo cual, serán imputados independientemente por los hechos cometidos. Aun así, para la mayoría de la doctrina francesa, la interpretación es concordante con el párrafo 1 del artículo 121-2, por lo que la infracción cometida puede ser imputable a la persona jurídica, bajo el principio del reflejo, sin perjuicio de que también pueda imputarse responsabilidad penal a la persona física involucrada.

⁹⁵ En este sentido, H. DONNEDIEU DE VABRES afirmaba: “la persona jurídica puede ser imputada en merced del “substratum” de un individuo que la representa y que comete la infracción en su lugar”. Véase PRADEL, Jean, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*, pág. 4. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf.

No es suficiente que el órgano o representante cometa el hecho ilícito sino que deber hacerlo por cuenta de la persona jurídica. Parece no estar claro cuando el órgano o representante actúa en interés de la sociedad, lo que deja abierta la discusión acerca de cuál sería el límite.

Sobre la base de la responsabilidad paralela de la persona jurídica y de la persona física, de la lectura del artículo 121-2, no está claro si la responsabilidad de la persona física es requisito indispensable para responsabilizar penalmente al ente moral o basta sólo la actuación ilícita, no siendo necesario probar la culpabilidad del agente. Pareciera ser que la doctrina francesa mayoritaria tiende a considerar predominante la tesis de la responsabilidad delegada o por reflejo, por la que se requiere la actuación culpable del representante legal u órgano para imputar la responsabilidad a la persona moral. En este contexto, se ha afirmado que para que la persona jurídica sea responsable “es necesario que se establezca sobre la persona física todos los elementos materiales o intelectuales de la responsabilidad”⁹⁶, y se ha sostenido que “la responsabilidad penal de la persona jurídica, que no es más que una abstracción, descansa sobre la responsabilidad de la persona física que la representa, que la encarna, con la que se identifica, que constituye su centro”⁹⁷.

A modo de conclusión, diremos que el legislador francés tuvo la intención de llegar a un punto de equilibrio entre la tradición jurídico nacional, que hacía poco factible introducir la responsabilidad penal, bajo la lógica del actuar culpable de la persona jurídica, y de la tradición anglosajona que atendía más a la praxis, esto es, a la necesidad político criminal de hacer responsables a los entes morales, cuestión

⁹⁶ PRADEL, Jean, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf. En este mismo sentido, ZUÑIGA MUÑOZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 118.

⁹⁷ PRADEL, Jean, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones*. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf. Nota al pie nº 22.

que como se observa, no se logró en atención a que los criterios exigidos corresponden al sistema vicarial de atribución de responsabilidad.

La crítica fundamental dentro del modelo vicarial apunta a la incapacidad de responsabilizar penalmente a la empresa, cuando con ocasión de la excesiva distribución de labores, magnitud de la empresa o nula colaboración de ésta, no fuese posible hallar al sujeto físico responsable, por lo cual la transferencia de responsabilidad no pueda llevarse a cabo, lo que en un primer momento fue un problema advertido por la jurisprudencia y que más tarde solucionó el legislador.

Con la modificación del Código penal en el año 2000, el legislador francés permitió que, en aquellos casos de negligencia, la persona jurídica sea responsabilizada penalmente, aun cuando no se haya podido establecer la persona física responsable, siempre y cuando de los antecedentes del caso sea posible presumir que hubo responsabilidad de una persona natural. Por otro lado, cuando se trata de delitos dolosos, será necesario establecer previamente la persona física responsable, respetándose claramente el modelo de responsabilidad vicarial o por reflejo⁹⁸.

3. *Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia*

A diferencia de la doctrina que se muestra mayoritariamente favorable a la responsabilidad por reflejo, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante en uno u otro sentido, esto es, fallar conforme a la responsabilidad delegada o en otros casos a fallar sobre la base de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

⁹⁸ Presentations of participants of the Seminar on Liability of Legal Persons for Criminal Offences and Tracing, Confiscation and Recovery of Assets. Liability of Legal Persons for Criminal Offences. October, 2009. En el texto se hace referencia a la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia, donde se afirma: “Namely, in 2000 the legislator amended the NCC which prescribed that, in case of criminal negligence, legal person can be held responsible for offences committed by natural person although the latter is not criminally liable for that offence”.

El 12 de julio de 1995, el Tribunal Correccional de Verdún conoce de un caso de homicidio involuntario ligado a la violación de prescripciones contenidas en el Código del Trabajo, en un considerando el Tribunal establece que “la persona jurídica incurre en responsabilidad (...) desde el momento en que sus órganos (...) han cometido (...) el elemento material y el elemento subjetivo de la infracción” y añade que “siendo establecida la responsabilidad penal de Sr. Level, se condena también a la cooperativa por exigencias de prevención.”, siguiendo esta misma tendencia el Tribunal de Casación, en un fallo de diciembre de 1997, de la Sala de lo Criminal, que consagró la tesis de la responsabilidad por reflejo, sobre la base de que las persona jurídicas sólo pueden ser declaradas responsables si se determina la comisión de la infracción por cuenta de ésta por medio de sus órganos o representantes, conforme al artículo 121-2 párrafo 1 del Código penal⁹⁹.

En sentido opuesto hay sentencias favorables a atribuir la responsabilidad penal por el hecho propio del ente moral. El Tribunal Correccional de Paris, en sentencia de Noviembre de 1995, afirma que “reconociendo a la agrupación una voluntad propia, permite liberarse claramente de la constatación previa de la responsabilidad de los individuos”, asimismo el Tribunal de Versailles, en sentencia emitida el mismo año, afirma que el ilícito cometido “es fruto de una política deliberada de la empresa”¹⁰⁰. Otra sentencia del Tribunal de Lyon, de Octubre de 1997, desarrolla la tesis de que es necesario imputar la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo hechos distintos a los imputados a las personas físicas involucradas, en este sentido, “la responsabilidad penal de la persona jurídica exige que se determine en su contra el conjunto de elementos constitutivos de la infracción perseguida, el elemento material por una parte, el elemento intencional por otra, que consisten en una omisión deliberada o en la realización de actos imputables a

⁹⁹ PRADEL, Jean, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones*. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf.

¹⁰⁰ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 118.

sus órganos pero distintos de aquellos que podrían ser reprochados a las personas físicas que hayan participado en la comisión de la infracción. Cualquier otra situación conduciría en la práctica a erigir una responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de los dirigentes que actúan por su cuenta”¹⁰¹.

A pesar de las vacilaciones, actualmente se ha llegado a cierto consenso al respecto. Tanto en doctrina como en la jurisprudencia francesa se ha mantenido la inclinación a aceptar la responsabilidad delegada como modelo de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no sin antes aceptar que bajo esa lógica, inevitablemente surgen ciertos problemas asociados, como lo era la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, sin antes responsabilizar al órgano o representante que actúa por cuenta del ente moral. Es así como con la modificación del Código penal en el año 2000, a la que ya hicimos referencia, junto a circulares emitidas por el Ministerio de Justicia en febrero de 2006, hacen cambiar la tendencia predominante. En este sentido, la Corte de Apelación de Dijon, en diciembre de 2006, emitió una sentencia, a raíz de un accidente laboral que se produjo a causa de la demolición de un edificio, con lo cual se originó una explosión de gas resultando varias personas muertas, encontrando responsable a la persona jurídica por mantener medidas de seguridad insuficientes en atención al riesgo de la actividad, aun cuando no se había establecido la responsabilidad penal de personas físicas.

Así las cosas, tanto la doctrina y como la jurisprudencia en Francia pretenden evitar que las personas jurídicas gocen de impunidad amparándose en una interpretación rígida de la norma, es así como, de acuerdo a datos del Ministerio de

¹⁰¹ PRADEL, Jean, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones*. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf.

Justicia, durante el periodo 1994–2002, se logró establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un total de 1442 casos¹⁰².

III.- Italia

1. Legislación vigente

Las modificaciones legislativas llevadas a cabo por gran parte de la legislaciones europeas durante el siglo XIX, incluyeron como tema central la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídica. Dentro de este contexto, Italia siempre instó por mantenerse al margen, fundamentalmente porque la opinión mayoritaria afirmaba que la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba prohibida constitucionalmente. Lo anterior se desprende del artículo 27, inciso 1º, de la Constitución Italiana, que establece que “la responsabilidad penal es personal”, por lo que no es concebible aceptar la responsabilidad por el hecho de otro, ya que se requiere una identidad entre el autor de la conducta ilícita y el resultado lesivo, es decir, no es posible que la sanción recaiga en sujetos no responsables del ilícito, y por sobretodo impide fundamentar una responsabilidad directa de la empresa por los hechos cometidos por sus órganos. Por lo demás, se exige que aquel responsable penal deba ser objeto de un reproche ético social, todo lo anterior, no se lograría con la persona jurídica.

En este sentido, el Código penal italiano de 1930 se encargó de aplicar el principio *societas delinquere non potest* rigurosamente, y por lo tanto, no contiene normativa del actuar en nombre de otro que permita una solución ante hechos cometidos por personas físicas que vinculan a la personas jurídica. Únicamente el artículo 197 del Código penal contempla un sistema de responsabilidad penal subsidiaria de las personas jurídicas en relación a las multas que se ponen a sus

¹⁰² Presentations of participants of the Seminar on Liability of Legal Persons for Criminal Offences and Tracing, Confiscation and Recovery of Assets. Liability of Legal Persons for Criminal Offences. October, 2009, págs. 27-29.

empleados insolventes, lógicamente se trata sólo de una obligación de tipo solidario, con derecho a revertir contra el autor, cuya naturaleza es extrapenal¹⁰³.

Es así como el intento de dar cabida a la responsabilidad de los entes morales se volvió por largo tiempo infructuoso. Como era de esperar la criminalidad empresarial presente en la sociedad Italiana, fue poco a poco ganando terreno y poniendo en tela de juicio el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Se ha afirmado que justamente el mantenimiento estricto del principio *societas delinquere non potest* favoreció enormemente la concentración de capitales, amparándose en las limitaciones del riesgo¹⁰⁴, lo cual habría sido una decisión de política criminal, y no de dogmática jurídica, para no perjudicar a las empresas, debido a la gran incidencia en el desarrollo económico de la sociedad Italiana¹⁰⁵. Inevitablemente la necesidad político criminal, junto con las críticas por parte de la doctrina, impulsaron que se buscara la forma de hacer frente a la irresponsabilidad de las personas jurídicas, ya que la realidad evidenciaba que la responsabilidad penal personal no era suficiente para contrarrestar el poder criminógeno de las sociedades.

En los últimos años el legislador italiano, sin aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, promulgó un serie de leyes¹⁰⁶ en el marco económico y financiero tendentes a sancionar a las empresas con multas, produciéndose con ello un reconocimiento a las empresas como sujetos de sanciones impuestas por la autoridad administrativa.

¹⁰³ NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, 2008, pág. 195.

¹⁰⁴ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 120.

¹⁰⁵ MILITELLO, Vincenzo. *La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y sus órganos en Italia*. En: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, 1995, págs. 412-413.

¹⁰⁶ Se hace referencia a leyes promulgadas en la década de los noventa, entre ellas: Ley 869/81 de modificación del sistema penal, para el derecho sancionador administrativo; Ley sobre el sistema Radiotelevisivo Público y Privado; Ley de Tutela de la Competencia y del Mercado, 1990. Ley de mercado inmobiliario y sobre el delito de Insider Trading, 1991.

En respuesta a la criminalidad empresarial, el Derecho positivo italiano creó, por un lado, un sistema de responsabilidad penal y de orden administrativo que sanciona a las personas naturales que actúan en nombre de la empresa, con responsabilidad civil subsidiaria de ésta y paralelamente un sistema de responsabilidad administrativo-penal para ilícitos económicos donde se sanciona directamente al sujeto que comete el ilícito, sea persona jurídica o física¹⁰⁷. A pesar de tales esfuerzos, el principio *societas delinquere non potest* no resulta totalmente superado.

La realidad de la criminalidad empresarial en Italia, recién comienza a cambiar con el Decreto Legislativo N° 231 de 8 de junio del 2001 en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. Con ello se incorpora al ordenamiento jurídico un modelo de responsabilidad administrativo-penal, que como se verá, busca que las compañías construidas conforme a las leyes de Italia puedan ser responsabilizadas, y consecuentemente sujetas a multa, por cualquier delito o por cualquier intento de cometer delito por sus directores o empleados en el interés o en favor de la compañía.

El Decreto Legislativo N° 231, específicamente, establece en el artículo 1 los sujetos a quienes se les podrá atribuir responsabilidad en los siguientes términos:

1. Responsabilidad de las personas jurídicas por violaciones cometidas por sus empleados administrativos.
2. Las disposiciones se aplicarán a las entidades con personalidad jurídica, las asociaciones sin personalidad jurídica y las empresas legales.

¹⁰⁷ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 122.

3. No se aplicarán al Estado, gobiernos locales u otros organismos públicos¹⁰⁸.

Como se desprende, la sanción es considerada un ilícito administrativo dependiente de una sanción penal, esto quiere decir, que se concibe como sanción cuya naturaleza es administrativa con garantías penales.

Otro aspecto a destacar, que coincide con la tradición continental, es el establecimiento del sistema de *numerus clausus*, que el artículo 2 se encarga de consagrar dentro del decreto legislativo conforme al principio de legalidad: “La institución no puede ser responsable de un acto que constituya un delito si su responsabilidad en relación a los delitos y sanciones administrativas no están expresamente prevista en la ley que entró en vigor antes de la comisión del delito”¹⁰⁹.

Los tipos de delitos establecidos por el legislador italiano en el Decreto legislativo corresponden a: delitos contra la administración pública, según lo indicado en el artículo 24 y 25; delitos corporativos, consagrados en el artículo 25 quater; delitos relacionados con terrorismo o subversión contra la democracia, en artículo 25 quater; delitos contra individuos, consagrado en el artículo 25 quinquies. Por lo tanto, el legislador italiano estableció un catálogo acotado de delitos, que responden a la lógica de ser “delitos dolosos que se cometen con el fin de beneficiar a las empresas, dejando de lado las infracciones imprudentes que

¹⁰⁸ Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030>.

¹⁰⁹ Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030>.

tienen que ver con el riesgo de las empresas (medio ambiente, protección de la seguridad en el trabajo, responsabilidad por el producto, etc.)”¹¹⁰.

2. *Modelo de atribución de responsabilidad utilizado*

El Decreto Legislativo N°231 constituyó una innovación dentro de la dogmática jurídica italiana, tan reacia por años a dar cabida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que llama la atención que su construcción se inspirará en las *Guidelines* del sistema norteamericano¹¹¹, que, como se analizará, son la respuesta a un sistema de imputación basado en el modelo vicarial.

Por medio del análisis de la sección I del Decreto Legislativo Italiano, es posible establecer el modelo de imputación utilizado para responsabilizar penalmente a las empresas. Según el artículo 5, una compañía será responsable de los delitos cometidos en su interés o para su ventaja:

“a) por individuos representantes de la misma, directores o gerentes de la compañía o de una de sus unidades organizacionales que tenga autonomía financiera y funcional o por individuos que son responsables de dirigir o controlar la compañía, ya sea de hecho o de otra manera.

b) Las personas sujetas a la dirección o supervisión de una persona mencionada en el párrafo a)”¹¹².

En el párrafo 2 del artículo 5, se establece que “la entidad no será responsable si las personas mencionadas en el párrafo 1 han actuado exclusivamente en su propio interés o en interés de un tercero”, por lo que como primera observación al modelo italiano es de indicar que el autor de la ofensa debe actuar por cuenta de la empresa, de lo contrario no se considerará a la compañía responsable.

¹¹⁰ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, 2008, pág. 119.

¹¹¹ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, 2008, pág. 195.

¹¹² Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030>.

A partir del artículo 5 párrafo 1, letras a) y b), el legislador italiano consagra dos subsistemas de responsabilidad: el primero correspondiente a los delitos perpetrados por individuos en altas posiciones dentro de la compañía, que en relación con el artículo 6 produce una inversión de la carga de la prueba, lo que quiere decir que, si el autor forma parte de la cúspide jerárquica de la empresa, ésta no será responsable siempre y cuando logre probar que ha adoptado un programa de cumplimiento eficaz en la prevención y supervisión de posibles crímenes junto con probar que la persona física cometió el delito eludiendo fraudulentamente los sistemas de organización y gestión habilitados. Consecuentemente el artículo 6, en sus párrafos 2 a 5, se encarga de establecer en líneas generales las condiciones que debe cumplir el modelo de organización, para contrarrestar el riesgo de cometer delitos que tiene la empresa.

Asimismo el artículo 7, en concordancia con el artículo 5 b), se hace cargo de los delitos cometidos por las personas que están subordinadas. En este caso, la entidad será responsable ante el posible fracaso de las obligaciones de gestión o control, sin embargo, puede producirse la exención de la responsabilidad aun cuando no exista un modelo de organización, que por lo demás, es comparativamente menos estricto que el exigido para las personas en cargos de supervisión.

Así las cosas, el legislador italiano, a través de estos dos subsistemas, lanza un mensaje clave: para la entidad será absolutamente necesario implementar un modelo de organización enfocado en la supervisión y prevención de posibles delitos, si quiere evitar la responsabilidad que le cabe respecto de los delitos cometidos por las personas físicas en cargos de poder; no ocurre lo mismo respecto de la responsabilidad derivada del actuar de las personas subordinadas, en donde el modelo de organización no es requisito indispensable para eximir de responsabilidad a la entidad. Bajo esta lógica, el legislador italiano proyecta el modelo de organización con una finalidad más preventiva que reactiva, ya que no ofrece estímulos para que las entidades colaboren con el esclarecimiento del delito, sino

que el objetivo principal es que las empresas se autorregulen para evitar cometer el delito¹¹³.

De los artículos 5 , 6 y 7 antes mencionados, es posible concluir que el modelo de imputación elaborado por el legislador italiano, a través del Decreto Legislativo nº 231, corresponde a un modelo mixto de imputación, ya que involucra el modelo vicarial, al necesitar de una persona física que actúe por cuenta de la entidad, traspasando la responsabilidad a la persona jurídica, aun cuando el órgano no pueda ser identificado o sea inimputable, como expresamente establece el artículo 8, consagrando la teoría de la identificación y dejando atrás los problemas dogmáticos de falta de identificación de la personas física o incapacidad para establecer la culpabilidad. Copulativamente integra el criterio de culpabilidad, por medio de la prevención del delito con la implementación de programas de cumplimiento. La culpabilidad de la entidad es concebía como la capacidad de implementar, controlar y finalmente prevenir el delito, por lo tanto será posible que la entidad sea eximida de responsabilidad, siempre y cuando haya dado cumplimiento a los modelos de organización exigidos, de lo contrario será sancionada.

Por otro lado, se ha de mencionar que, a través del artículo 8, el Decreto Legislativo N° 231, se encarga de consagrar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, en los siguientes términos:

1. La responsabilidad de la entidad existe cuando:
 - a) El autor no ha sido identificado o no es imputable.
 - b) El delito se extingue por causa diferente a la amnistía.

¹¹³ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Iustel, 2008, págs. 194-199.

2. A menos que la ley disponga otra cosa, no se procederá en contra de la entidad cuando se concedió la amnistía por un delito en relación al cual está prevista su responsabilidad y el imputado ha renunciado a su aplicación.

3. La entidad pueda renunciar a la amnistía¹¹⁴.

Lo que llama la atención es que el legislador italiano, no sólo se hace cargo de aquellos casos en que no es posible identificar a la personas física que comete el delito, sino que va mas allá, haciendo persistir la responsabilidad de la entidad aun en aquellos casos en que la persona natural no es imputable, lo cual parece consagrar de manera irrestricta la responsabilidad autónoma del ente moral, a diferencia de lo que ocurre en legislaciones como la española o la chilena¹¹⁵ en donde la imputabilidad de la persona física no está contemplada por el ordenamiento, impidiendo que sea posible bajo este supuesto responsabilizar penalmente al ente moral.

3. *Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia*

A partir de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la legislación italiana, la jurisprudencia ha debido ir definiendo ciertos conceptos que de la simple lectura de la ley no quedan muy claros. Lo anterior evidentemente supone que su aplicación práctica también sea sometida a duda, de ahí que la labor jurisprudencial se ha erguido como un instrumento clarificador y necesario, para a partir de ello construir criterios uniformes respecto de lo que debe entenderse por alto directivo, interés o provecho o la forma en que se explica la atribución de responsabilidad a quienes están subordinados a los altos ejecutivos de las entidades, etc.

¹¹⁴ Artículo 8° Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030>.

¹¹⁵ En este punto ahondaremos en el capítulo respectivo, referente al análisis de la legislación nacional de Chile.

Hemos recopilado significativa jurisprudencia que evoca problemas derivados de la interpretación del sistema de imputación presente en el decreto legislativo N° 231. En relación al artículo 5° y lo que debe entender por alto directivo, la jurisprudencia italiana ha afirmado: “El concepto de un alto directivo de una entidad se define a partir de los deberes formales de representación, administración o gestión, mientras que el ejercicio de hecho de ser relevante, debe tenerse en cuenta las funciones acumulativas de gestión y control, con ganas de incluir sólo a una de los mejores las personas que tienen una entidad de dominio penetrante. En ausencia de una definición de las funciones de administración, representación y liderazgo, se puede utilizar como reglas de interpretación las establecidas a este respecto en otras ramas del ordenamiento interno, con el fin de reconstruir el concepto de la administración en relación con la administración de energía y control de los recursos materiales de la institución, el concepto de gestión en relación con la administración de energía y control de los elementos en relación a la formación, exhibición y recepción fuera de la voluntad de la institución en relación con los actos de negociación”¹¹⁶.

Otro de los requisitos indispensables para poder atribuir responsabilidad penal al ente, es que la persona física que comete en primera instancia el delito, lo haga en interés o para ventaja de la persona jurídica para la cual trabaja. En este ámbito, la jurisprudencia también se ha referido a lo que debe entenderse por interés o ventaja, a saber: “Ciertamente, el requisito del interés o la ventaja como criterio para la asignación de la responsabilidad objetiva, también puede ser integrado por el beneficio indirecto a la sociedad entendida como la adquisición de una posición privilegiada en el mercado como consecuencia de la falta cometida por el alto directivo. Sin embargo, la naturaleza misma de los criterios para la asignación de la responsabilidad reconocida por la ley requiere la afirmación concreta y no abstracta, de la existencia de un interés o una ventaja, lo que debe interpretarse

¹¹⁶ Tribunal de Milán, sez. XI, 26 de junio de 2008, en el Foro Ambrosiana de 2008, 3, 335. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%205%20Responsabilit%C3%A0%20dell%27ent>.

respectivamente como utilidad real o potencial, aunque no necesariamente de carácter patrimonial, que se derivan a la institución por la comisión del delito”¹¹⁷.

Además de lo dispuesto por el artículo 5º, para que se logre atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por el delito cometido por una persona física en un alto puesto dentro de la entidad, es necesario, como prevé el artículo 6º, que la empresa no haya implementado eficientemente un modelo preventivo adecuado previo a la comisión del hecho ilícito. Sin embargo, puede ocurrir que la persona jurídica haya puesto en marcha el modelo preventivo de manera eficiente, y que aun así haya ocurrido el delito, debido al accionar fraudulento de la o las personas físicas a cargo, en este sentido la jurisprudencia italiana de ha manifestado de la siguiente manera: “En cuanto al tema de la responsabilidad penal de las organizaciones, si la entidad jurídica que ha adoptado *ex ante* la aplicación efectiva de una gestión eficaz de la organización, encaminadas a la prevención de tipo ilegal de la corporativa en cuestión, el delito no estaría relacionado con la empresa cuando el ilícito haya sido cometido de manera fraudulenta para evitar el mencionado modelo. En este caso, la Corte consideró y sostuvo lo siguiente: “Si se hubiera seguido el procedimiento previsto por el modelo, hubiera sido imposible para los acusados poner en práctica su voluntad de “tranquilizar” al mercado y para “embellecer” el presupuesto de la empresa Alfa en detrimento de los inversores. Por todas estas razones se cree que los cargos de mala conducta no están necesariamente sujetos al resultado de un mal modelo organizativo, pero debe ser imputado el comportamiento de las principales empresas que están en conflicto con las normas internas que debidamente han adoptado el modelo de organización. La compañía por lo tanto, deben ser declarados no punibles en virtud del art. 6 de la Ley 231/2001”¹¹⁸.

¹¹⁷ Tribunal de Milán, 28 de abril de 2008, en el Foro Ambrosiana de 2008, 3, 329. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%205%20Responsabilit%C3%A0%20dell%27ent>.

¹¹⁸ Tribunal de Milán, G.I.P. E. Los novillos, 17 de noviembre de 2009. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all>.

Respecto de la responsabilidad penal derivada del accionar ilícito de personas físicas subordinadas, la jurisprudencia es clara en sostener lo siguiente: “Para que se pueda configurar la responsabilidad por delitos cometidos por personas bajo la dirección y supervisión (artículo 5, párrafo 1, B) requiere que, de conformidad con el art. 7, la comisión del delito haya sido posible por el incumplimiento de las obligaciones de supervisión y control que requiere la estructura”¹¹⁹.

IV.- Inglaterra

1. Legislación vigente

Para entender cómo opera la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico inglés, es necesario hacer una breve referencia a su historia. Inglaterra es el epicentro de la génesis de la *Commonwealth*, y como integrante predilecto y por antonomasia cumple con la característica más esencial de esta tendencia, es decir, no seguir la tradición romana en cuanto a la formación y evolución de su sistema normativo. Así, el cambio en el punto de partida se refleja a lo largo de toda la estructura del ordenamiento, instaurando diferencias imposibles de ignorar con los sistemas jurídicos continentales, que sólo con el devenir del tiempo y la llegada de la era moderna, parecen ir perdiendo importancia y acortando sus brechas.

Particularizando lo dicho anteriormente en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puede decir que la evolución de esta doctrina ha sido al menos a grandes rasgos, conservadora, salvo por la última inclusión legislativa, el *Bribery Act 2010*, que entró en vigencia el primero de julio de 2011.

Como ha sido común en casi todas las legislaciones, la reacción inicial en la doctrina inglesa fue rechazar la posibilidad de instaurar la responsabilidad

¹¹⁹ Tribunal de Milán, 27 de abril de 2004.[En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all> visitando el día 24 de Agosto de 2011.

penal de las personas jurídicas, arguyendo razones ya conocidas por todos: se trataban de seres ficticios, que no tenían voluntad propia y por lo tanto, les era imposible cumplir con un requisito esencial de la comisión delictiva, esto es, el elemento denominado *mens rea*, o elemento subjetivo, que en nuestro sistema adopta la formas de culpa (cuasidelitos) o bien de dolo (delitos propiamente tales).

Es de mencionar además que no había en realidad una necesidad práctica de regular dicha materia, porque las industrias, corporaciones y personas jurídicas en general no eran comunes en Inglaterra. Para su constitución se requería obtener un privilegio entregado por la Corona, que al ser tan exclusivo demoró de manera considerable la explosión que conllevó la revolución industrial.

Sin embargo, dicha lentitud no habría de durar para siempre. Alrededor de los siglos XVI y XVII, un número no despreciable de los participantes cotidianos de la economía inglesa era constituido por las personas jurídicas, y dada la falta de regulación sobre su comportamiento las acciones ilegales comenzaron a aumentar.

Ya alrededor del año 1840¹²⁰ se ven las primeras manifestaciones de la responsabilidad penal imputada a la persona jurídica, eligiéndose para ello un sistema estricto de responsabilidad. Este precedente es del todo importante, ya que aun cuando durante su evolución sufre modificaciones (más aparentes que reales), sigue formando una parte importante del sistema de imputación actual vigente en Inglaterra.

Durante el año 1944, la *High Court of Justice* decidió a propósito de tres casos¹²¹ diferentes “to impose direct criminal liability on corporations and established that the mens rea of certain employees was to be considered as that of

¹²⁰ Caso fue denominado “Regina V. Birmingham & Gloucester R.R. Co.” Año 1842.

¹²¹ Dichos casos versaban sobre uso de documentos falsos (DPP V. Kent and Sussex Contractors Ltd.), evasión de impuestos (Moore V. Bresler) y Conspiración (R V. I.C.R. Haulage Ltd.).

the company itself”¹²². Es decir, desde este punto, en adelante se considera viable la siguiente conclusión: el dolo o culpa de ciertos funcionarios de la persona jurídica en cuestión puede interpretarse como el propio de la empresa, en razón de sus cargos y/o funciones dentro del ente moral. Estos precedentes son destacables pues repercuten en todos los ordenamientos jurídicos ligados al *Common Law*, además de mantenerse ineludibles en el tiempo. Sin embargo, este gran avance, aunque cierto en su dirección, carecía de información y límites, razón por la que su aplicación no estuvo exenta de controversias ni problemas. Su delimitación llegó casi 30 años después a propósito del *caso Tesco*¹²³ que posteriormente será revisado en el apartado de jurisprudencia. En él se perfiló el modelo de imputación que existe hasta el día de hoy, y que se denomina *The identification theory*. Es importante recalcar que, aunque dicho modelo sigue vigente, no es en la actualidad el único. Como ya mencionó previamente, el primero de julio de 2011 entra en vigencia la ley contra el soborno (*Bribery Act 2011*), norma que acoge un sistema de imputación más acorde con el Derecho penal moderno y que incentiva la prevención de delitos por parte de las personas jurídicas, a través de métodos de compliance.

A continuación revisaremos las consideraciones doctrinarias sobre este modelo, haciendo un breve repaso de sus características, para posteriormente revisar de manera separada el *Bribery Act* y sus innovaciones, y culminaremos refiriéndonos a algunos de los precedentes más relevantes, en relación a la materia.

2. *Modelo de atribución de responsabilidad utilizado*

Como ya se vislumbró en el apartado anterior, el modelo tradicional o más común adoptado por Inglaterra es aquel denominado por la doctrina como “teoría de la identificación”. Según se vio en un principio, existían tres modelos generales,

¹²² IULIA P, Anca directed by Professor CANDEUB, Adam. Criminal liability of corporations – Comparative Jurisprudence. Michigan State University, College of Law, Primavera, Año 2006, pág. 15. [En Línea] En: www.law.msu.edu/king/2006/2006_Pop.pdf.

¹²³ Tesco Supermarkets Ltd v Natrass.

abstractos y básicos de imputación: aquel que denominamos de la transferencia, el de culpabilidad de la empresa y finalmente el modelo mixto. No es difícil advertir que el modelo de “identificación” del ordenamiento inglés no coincide con ninguno de aquellos enunciados anteriormente. Ello sucede porque el modelo inglés, aunque parte de la base de un modelo tradicional, tiene ciertas peculiaridades que le permiten destacarse de una clasificación abstracta.

La teoría de la identificación es un mecanismo de imputación que emana del sistema objetivo, es decir, de aquel que asienta sus bases en la idea de transferencia de la responsabilidad desde el sujeto que comete la acción hacia la persona jurídica de la cual depende, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la procedencia de dicha transferencia, pues como se ha indicado “consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado. Es el modelo más clásico (...) Pese a que es fácil de refutar, ocurre, lo que casi siempre pasa con los clásicos, que acaban teniendo parte de razón”¹²⁴.

Además del rasgo característico por excelencia –la transferencia– también podemos resaltar otro no menos importante: esto es, la imposibilidad de defensa que contiene este sistema. La *identification theory* no permite excluir la responsabilidad para la empresa, aun cuando ésta haya hecho todo lo que podía para evitar la comisión del ilícito.

En este punto es conveniente realizar una clarificación: el sistema de la *identification theory* no forma parte de lo que la doctrina denomina “sistema vicarial”. Si bien es cierto que ambos suelen usarse como instituciones homólogas, en la práctica no es así. Ambos tienen en común la base de sus postulaciones, es decir, ambas corrientes encuentran su origen en la teoría de la transferencia, si bien

¹²⁴ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad*, Madrid, 2008, págs. 1-34. [En Línea]. En: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf.

desde ahí divergen hasta llegar a ser dos formas o modelos de imputación diferentes entre sí.

La diferencia entre ambos radica en los requisitos necesarios para que se configure la responsabilidad. La corriente de “*vicarious liability*” (en su versión de *respondeat superior*¹²⁵) requiere, en primer término, la comisión de la acción que constituye un delito realizada por un agente de la empresa, en segundo lugar, que dicho agente actúe dentro de sus funciones, o por encargo de la empresa y, por último, que actúe con la intención de beneficiar a la empresa. Sin la concurrencia de esos tres requisitos, no se dará origen a la transferencia de la responsabilidad. La corriente de la teoría de la identificación prescinde del tercero de estos requisitos: aquel que demanda que el agente que comete el ilícito tenga la expresa intención de beneficiar a la empresa. En otras palabras, en el marco práctico del Derecho inglés, el nacimiento de la responsabilidad para la empresa es más sencillo que en otras legislaciones, pues requiere de menos hechos a probarse para dar lugar a su existencia. Sin embargo, tal facilidad no es real, dado que a pesar de tener nominativamente menos requisitos que la otra corriente doctrinaria también emanada de la transferencia de la responsabilidad, acota su aplicación práctica a través del rango interpretativo otorgado al requisito del “agente”. En el Derecho inglés, el agente capaz de transferir su responsabilidad a la empresa, está encarnado sólo por aquellos altos directivos con poder decisorio dentro de la persona jurídica. A mayor abundamiento: “La teoría de la identificación se contenta, con la primera y la segunda de las condiciones, interpretando el concepto de ‘agente’ de una manera particularmente estricta: únicamente pueden imputarse a la empresa los hechos delictivos realizados por los dirigentes”¹²⁶.

¹²⁵ El concepto de *respondeat superior* será revisado en extenso, en el estudio del sistema imperante en Estados Unidos, concretamente en la Sub Sección (1) (a) del texto del Model Penal Code.

¹²⁶ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 180.

La decisión anterior no es arbitraria ni tampoco casual. Como se verá, a raíz del caso Tesco, se limita la noción de agente comparando a los entes morales con el cuerpo humano, oportunidad en la que se concluyó lo siguiente¹²⁷: “Una persona jurídica puede equipararse al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un sistema nervioso central que controla sus movimientos. Tiene también brazos que se mueven de acuerdo a las órdenes de los centros nerviosos. Dentro de la compañía algunos sujetos son solo simples brazos para trabajar y no representan ni la mente ni la voluntad de la empresa. Otros son administradores y directivos que representan la mente y la voluntad de la organización y controlan sus acciones. Psicológicamente la situación de estos dirigentes es la situación de la empresa y así es tratado por la ley”.

La comparación anterior entre el cuerpo humano y la estructura del ente moral contiene en sí el fundamento de la estrechez del concepto que el derecho inglés otorga al elemento del agente. Es lógico reconocer que la política empresarial se refleja solo en ciertos empleados de una persona jurídica, y que al mismo tiempo la mayoría de los dependientes de la compañía solo ejecutan instrucciones que son ordenadas por órganos superiores que prescinden de las opiniones y/o voluntades del resto de los agentes. En razón de ello, se estima que la limitación agregada por esta corriente es justificada. En la práctica, sólo pueden ser sujetos aptos de transferencia de la responsabilidad aquellos que pertenecen al consejo de administración, los administradores propiamente tales, los administradores delegados y los directivos de posiciones altas.

Sin embargo, ello no está exento de críticas, y en la práctica ha sido rechazado por la generalidad del derecho comparado y la doctrina internacional. A continuación revisaremos brevemente las deficiencias del modelo inglés, para luego dar paso a la revisión de la jurisprudencia.

¹²⁷ Texto extraído del fallo del caso Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattras (1972), y citado por NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 91.

Como todos los ordenamientos jurídicos del mundo, el británico no está exento de problemas tanto en su teoría como en su aplicación práctica. Al ser una corriente especializada del sistema de transferencia de la responsabilidad, adolece de las mismas críticas que éste, es decir, se trata de un sistema ineficiente desde la perspectiva de la Política criminal, puesto que, al no permitir a la empresa probar su diligencia y así erradicar la responsabilidad que sobre ella acaece, no existe una efectiva fomentación de los sistemas de auto control ni de la cooperación una vez iniciada la investigación sobre el hecho delictivo. Como consecuencia de esto, sucede que todos los costos del proceso (a saber: investigación, acusación y prueba) son absorbidos por el Estado, quien desperdicia la posibilidad de endosárselos a la compañía.

A todas luces se puede ver un sistema deficiente desde la perspectiva de la inhibición de la conducta criminal. La consecuencia es que las empresas no realizan gastos tendentes a evitar la comisión de delitos dentro de sus ámbitos de responsabilidad, porque dicho esfuerzo será ignorado en el eventual caso de comisión y captura de un ilícito.

Hasta el momento, las críticas enunciadas son compartidas por todos aquellos sistemas que se basan en el modelo de transferencia de la responsabilidad. Sin embargo, el modelo inglés adolece de otro defecto que solo se presenta en su constitución: el hecho de restringir a tal punto el concepto de “agente” como sujeto capaz de transferir la responsabilidad, vuelve al sistema inoperativo en gran parte de los casos prácticos, cayendo en el defecto que en doctrina se ha denominado “la fungibilidad del agente”.

La fungibilidad del agente dice relación con la siguiente situación de hecho: de manera premeditada, los órganos intelectuales depositan intangiblemente la orden de realizar la acción típica en un agente de menor jerarquía, de manera que sea posible garantizar la desvinculación total con la empresa. Cometido el ilícito, y en el

evento que sea descubierto y seguidamente investigado, solo puede condenarse al sujeto que parece ser responsable, quedando el ente moral absolutamente impune, a pesar de poder recibir los beneficios del delito. En caso de que el sujeto sea declarado culpable, se vuelve fungible pues puede ser reemplazado por otro de similares características, sin mayores repercusiones para la empresa.

En síntesis, podemos decir que el sistema inglés actualmente imperante encuentra su fuente en la teoría más clásica de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber el modelo de transferencia de la responsabilidad, con ciertas características que lo vuelven uno de los sistemas más restringidos y con mayor dificultad práctica en la actualidad. Habiendo aludido ya al sistema general de atribución de responsabilidad, y previmente a la revisión de la *Bribery Act 2010*, es oportuno mencionar un delito en particular creado en el Reino Unido que tiene estrecha relación con la percepción que dicho ordenamiento tiene respecto de los modelos de atribución: el delito de *corporate manslaughter*¹²⁸.

Según se ha señalado¹²⁹, durante el año 1987, tuvieron lugar diversos accidentes en el área de transporte público, entre los cuales ascendieron a 188 las las víctimas de un solo incidente. Se discutió álgidamente la teoría de la identificación, dado que probó ser inútil en el marco moderno de constitución de sociedades, donde dichas entidades adoptan estructuras tan intrincadas y complejas, que la identificación del agente (requisito necesario para el nacimiento de la responsabilidad de la empresa) era imposible. En ese contexto se crea el tipo penal denominado *Corporate Manslaughter*, traducido al español como el “homicidio de la corporación”, cuyo texto literal en la *Corporate Manslaughter and Corporate*

¹²⁸ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 128.

¹²⁹ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 128.

Homicide Act 2007 (Ley de homicidio involuntario corporativo y homicidio corporativo, 2007) es el siguiente¹³⁰:

“1. El delito:

(1) Una organización a la cual se le aplique esta sección es culpable de un delito si la forma en que sus actividades son manejadas u organizadas

(a) causan la muerte de una persona, y

(b) una violación importante a un deber de cuidado relevante debido por la organización al fallecido.

(2) Las organizaciones a las cuales se les aplica esta sección son-

(a) una corporación;

(b) un departamento u otro cuerpo catalogado en la Lista 1;

(c) la fuerza policial;

¹³⁰ Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007. [En línea], en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/crossheading/corporate-manslaughter-and-corporate-homicide>, visitada el día 30 de agosto de 2011: 1. The offence: (1) An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised: (a) causes a person’s death, and (b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organization to the deceased. (2) The organisation to which this section applies are: (a) a corporation; (b) a department or other body listed in Schedule 1; (c) a police force; (d) a partnership, or trade union or employers’ association, that is an employer. (3) An organization is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection (1). 2. Meaning of “relevant duty of care”: (1) A “relevant duty of care”, in relation to an organisation, means any of the following duties owed by it under the law of negligence: (a) a duty owed to its employees or to other persons working for the organisation or performing services for it; (b) a duty owed as occupier of premises; (c) a duty owed in connection with, (i) the supply by the organisation of goods or services (whether for consideration or not), (ii) the carrying on by the organisation of any construction or maintenance operations, (iii) the carrying on by the organisation of any other activity on a commercial basis, or (iv) the use or keeping by the organisation of any plant, vehicle or other thing; (d) a duty owed to a person who, by reason of being a person within subsection (2), is someone for whose safety the organisation is responsible.

(d) una sociedad, o el sindicato o la asociación de los empleadores, que es un empleador.

(3) Una organización es culpable de un delito de esta sección sólo si la manera en que sus actividades son manejadas u organizadas por sus directivos es un elemento sustancial en la violación indicada en la sub-sección (1).

2. Significado de “Deber de cuidado relevante”

(1) Un “deber de cuidado relevante”, en relación a una organización, se refiere a cualquiera de los siguientes deberes debidos por ella bajo la ley de negligencia:

(a) un deber debido a sus empleados u otras personas que trabajan para la organización o prestan servicios para ella.

(b) un deber debido como inquilino de locales;

(c) un deber debido en conexión con:

(i) el suministro por parte de la organización de bienes o servicios (sean por consideración o no)

(ii) el manejo de la organización de cualquier construcción u operaciones de mantenimiento

(iii) el manejo de la organización de cualquier otra actividad con una base comercial, o

(iv) el empleo o retención por parte de la organización de cualquier planta, vehículo o cualquier otro bien;

(d) un deber debido a una persona que, en razón de ser una persona incluida en la sub-sección (2), es alguien de cuya seguridad la organización es responsable”.

Basándonos en el texto literal de este tipo penal, podemos concluir que el origen de responsabilidad prescinde de la “transferencia” y se concentra en el defecto de organización: rasgo típicamente característico de los modelos basados en la Culpabilidad de la Empresa. Antiguamente, esta ley era criticada por no otorgar un significado de “deber de cuidado relevante”. Sin embargo, posterior a sus reformas, dentro de las cuales la última es de año 2007, se vuelve una ley más completa dando un significado completo en su sub-sección número (2).

Debemos entender este cuerpo legal como un acto legislativo innovador, el que va abriendo la puerta, a través de sus reformas, a la adopción de un nuevo sistema de imputación en el ordenamiento jurídico inglés, el que si bien comenzó acogiendo una postura tradicional (la mencionada *identification theory*), acoge en la actualidad un sistema de culpabilidad de la empresa y de aceptación de los métodos de compliance, según se verá en las referencias a la *Bribery Act 2010*.

Sin embargo, es importante agregar que, la aplicación de este innovador sistema de imputación sólo puede operar cuando no ha sido posible identificar al verdadero agente causante del ilícito descrito en la sub-sección (1), por lo que es un modelo dependiente y secundario al tradicional sistema de imputación inglés.

Bribery Act 2010

Esta ley versa sobre el delito de soborno y sus implicancias, y es incorporada en esta sección debido al sistema de imputación contenido en ella. Por ser una ley de reciente puesta en práctica (entró en vigencia el 1 de julio de 2011), se carece aún de jurisprudencia al respecto, por lo que nos dedicaremos a indicar las normas en ella contenidas que se relacionan con la persona jurídica, y a inferir el sistema de imputación adoptado en ellas.

*Bibery Act 2010*¹³¹

Ley de Soborno 2010¹³²:

“(7) Falla de organizaciones comerciales para prevenir el soborno

¹³¹ *Bribery Act 2010*. Section (7). Failure of comercial organisations to prevent bribery, pág. 5. [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. (7) Failure of comercial organisations to prevent brivery. (1) A relevant commercial organization (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending: (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.

¹³² Traducción no oficial.

(1) Una organización comercial relevante (“C”) es culpable de un delito de esta sección si una persona (“A”) asociada a C soborna a otra persona intentando:

(a) obtener o retener un negocio para C, o

(b) obtener o retener una ventaja en la dirección de un negocio para C¹³³.

(2) Pero es una causal de defensa para C probar que C tenía diseñados procedimientos adecuados vigentes para prevenir que personas asociadas a C emprendieran tales conductas”.

Como se puede concluir a partir de las normas citadas previamente, el modelo acogido por la *Bribery Act*, no prescinde del elemento de transferencia. Efectivamente, discurre sobre la base que una “persona asociada”¹³⁴ incurra en actividades ilegales de soborno para beneficiar a la persona jurídica. Al definir la ley quienes caben dentro de los sujetos posibles aptos para acarrear la responsabilidad de “C”, otorga a la persona natural un rol clave y esencial en la configuración de la responsabilidad. Sin embargo, no se puede hablar de un modelo de transferencia exclusivamente: se debe prestar atención a la sub-sección (2), dado que ella otorga la clave para clasificar a cabalidad el modelo de imputación adoptado en la ley en comento: permite que la “organización comercial relevante” –cuyo significado también es otorgado por la ley¹³⁵– pueda desvirtuar los fundamentos de la

¹³³ En razón de no ser atinente al tema en comento, los párrafos (3), (4) y (5) de esta sección fueron omitidos, sin embargo su texto completo puede ser consultado. [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/crossheading/failure-of-commercial-organisations-to-prevent-bribery>.

¹³⁴ Según la *Bribery Act*, deberá entenderse por “*Associated person*” lo siguiente: “(1) For the purposes of section 7, a person (“A”) is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C. (2) The capacity in which A performs services for or on behalf of C does not matter. (3) Accordingly A may (for example) be C's employee, agent or subsidiary. (4) Whether or not A is a person who performs services for or on behalf of C is to be determined by reference to all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C. (5) But if A is an employee of C, it is to be presumed unless the contrary is shown that A is a person who performs services for or on behalf of C.” [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/crossheading/failure-of-commercial-organisations-to-prevent-bribery>.

¹³⁵ Dentro de la misma sección 7, en su sub-sección 5 se define como: “(a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), (b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, (c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether

responsabilidad, si logra probar que existían dentro de su sistema de administración y manejo, medidas de prevención en contra de acciones que constituyen, bajo el ordenamiento inglés, el delito de soborno. Así, es imperativo concluir que la *Bribery Act* es un arquetipo de ley innovador en el sistema anglosajón, consagrando la tendencia rescatada a nivel internacional¹³⁶: las políticas de *compliance*.

3. *Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia*

a) *Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass*¹³⁷

El presente caso data del año 1972 y es uno de los fallos principales en cuanto a precedentes de la Cámara de los Lores, sobre la “mente directiva” en el marco de la responsabilidad penal empresarial. Específicamente, dice relación con las *Trade Descriptions Act 1968*, aunque su contenido se ha extendido a otras ramas de la responsabilidad corporativa.

La situación de hecho fue la siguiente: Tesco fue una cadena de supermercados, que decidió ofrecer un descuento en un detergente de lavado. Dicha promoción fue anunciada mediante carteles exhibidos en almacenes. Una vez que se acabaron las muestras del producto que se vendía a menor precio, los almacenes comenzaron a substituirlo por detergente de precio normal. El encargado de una tienda, olvidó sacar los carteles que publicitaban el descuento en detergente, lo que provocó que a un cliente se le cobrara un precio mayor, distinto del publicado.

there or elsewhere), or (d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business”. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/crossheading/failure-of-Commercial-organisations-to-prevent-bribery>.

¹³⁶ Entre los países que acogen esa tendencia que han sido revisados en este trabajo encontramos: Chile, Italia y Estados Unidos.

¹³⁷ *Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass* [1971] UKHL 1 (31 March 1971). [En Línea] En: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html>

Tesco fue acusado por haber violado las disposiciones de la *Trade descriptions Act*, específicamente por promocionar precios más bajos que los reales. En su defensa, la empresa argumentó que habían tomado todas las precauciones posibles y las conductas debidas, y que el olvido del gerente, de solo uno de los locales, no podía hacer responsable a la empresa.

La Cámara de los lores aceptó la defensa y estimó que el encargado no catalogaba como una “mente directiva” de la empresa y por lo tanto su conducta no era atribuible a la empresa. Tanto el ente moral y su órgano director, hicieron todo lo que se encontraba a su alcance, para cumplir con las reglas de publicidad, aún cuando el gerente de una de las sucursales de la empresa haya olvidado retirar los carteles promocionales.

Uno de los jueces, Lord Reid, sostuvo que “la persona que actuó no está hablando ni actuando por la persona jurídica”, además Tesco logró demostrar que el gerente del local era clasificado por la ley como “otras personas” (distintas de aquellas que permiten la transferencia de la responsabilidad) y que además, la empresa utilizó un sistema de delegación de tareas responsable, actuando con la debida diligencia.

El encargado de almacén no encarnaba la mente ni la voluntad responsable de dirigir la compañía. La persona jurídica había hecho todo lo que podía para evitar la comisión de cualquier negligencia. El tribunal terminó por absolver a la compañía.

b) *R v Milford Haven Port Authority*¹³⁸ (Caso de Derecho penal empresarial, por delitos medioambientales).

¹³⁸ R v. Haven Port Authority (2000) Env LR 632. [En Línea] En: <http://www.coastlaw.uct.ac.za/iczm/cases/seaemp2.htm>. Véase también en: ORELLANA, Marcos A. Derecho penal ambiental comparado: El Common Law. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 29 N° 2, págs. 441-459, Año 2002, Sección estudios.

El Milford Haven se encuentra ubicado en Pembrokeshire, en el condado de Dyfed, Inglaterra. En dicha localidad existe un puerto, cuya administración es llevada a cabo por la Milford Haven Port Authority. La “autoridad del puerto” fue creada y regida por ley, y era de acuerdo a la Ley de pilotaje de 1987, responsable del manejo y control de las actividades del puerto y del tráfico marítimo en él. Dicha institución, a modo de organización, creó una persona jurídica diferente de sí misma, denominada Milford Haven Pilotage Limited, cuyo objetivo era contratar pilotos que se encargaran de conducir las naves que hacían uso del paso en Milford Haven. Es en ese contexto que un buque carguero, llamado Sea Empress, bajo la supervisión de un piloto profesional contratado por la empresa destinada a ello, navegaba el 15 de febrero de 1996 pasadas las 20:00 horas hacia el puerto de Milford cuando se estrelló contra las rocas, provocando un derrame de 2-500 toneladas de petróleo. El derrame causó gran contaminación en el puerto y las aguas costeras, y es uno de los mayores derrames registrados. La colisión ocurrió por un error del piloto en el control de la navegación de la nave. En razón a estos hechos, la Environment Agency acusó a la Autoridad del Puerto, dentro del proceso criminal por los siguientes delitos¹³⁹:

- Violación de la sección 85 (1) de la Water Resources Act 1991, sobre asuntos de polución, en este caso petróleo, además de causar el ingreso de dicho material, a aguas controladas.

- El segundo cargo recayó en el hecho de haber causado un mal público (public nuisance), cuya causa principal fue el mal despliegue de sus deberes, por parte de la Autoridad del Puerto.

El 15 de enero de 1999, el juez ordenó a la autoridad del puerto a pagar una multa de 4 millones de libras, además de 825 mil libras, por costos procesales.

¹³⁹ R v. Haven Port Authority (2000) Env LR 632. [En Línea]. En: <http://www.coastlaw.uct.ac.za/iczm/cases/seaemp2.htm>

En cuanto al modelo de imputación en este caso en particular, podemos decir que se utilizó la teoría de la identificación, cuya conexión con la empresa principal – en este caso, la Autoridad del Puerto—era evidente, dado que la empresa que contrataba los pilotos dependía mayoritariamente de ella. En razón de lo anterior, la responsabilidad que acaece sobre la persona natural del piloto se transfiere a la empresa principal, por cumplirse todos los requisitos necesarios

V.- Estados Unidos

1. Legislación vigente

A diferencia de los países de tradición continental, Estados Unidos afrontó la imposición del principio *societas delinquere non potest*” con mucha anterioridad, sorteándolo de manera rápida aunque no tan pulcramente como aquellos que se vieron afrontados a dicha traba con posterioridad. Es por esto que el camino recorrido por este ordenamiento jurídico ha tenido su cuota de obstáculos que mediante su solución han determinado las peculiaridades de este sistema.

La legislación norteamericana se ha concentrado en superar un problema en particular, que ha moldeado las reformas que se han hecho a esta rama: el desarrollo casi involuntario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Efectivamente, se inicia la construcción de este modelo de imputación en base a un caso real de la jurisprudencia que posteriormente se vuelve insigne en esta materia: en el año 1909 se condena en virtud del modelo de transferencia de la responsabilidad, no sólo a una persona natural, sino también a una empresa de ferrocarriles por fijación fraudulenta de los precios. Dicho caso fue denominado “New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S.A.”.

El inconveniente más significativo se encarna en la construcción doctrinal que se ha hecho del modelo vicarial como método para imputar la responsabilidad de las personas jurídicas. La falta de una norma legal y unificadora para este tipo de

materias derivó en que se diversificaran los modelos de imputación teniendo como única directriz la discreción del juez de turno.

En síntesis, podemos decir que el sistema de imputación de responsabilidad penal para las personas jurídicas, fue creado en base al “*case law*”, y desarrollándose desde allí en cada jurisdicción de manera particular, sin existir un criterio unificador, ya que la simultaneidad de fuentes de normas sustantivas, dificulta la sistematización del régimen legal penal que debe aplicársele a las personas jurídicas. Además de lo anterior, la organización política de Estados Unidos, impide redactar leyes de alcance general para la totalidad de los Estados, dado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas escapa a la competencia de la legislación federal.

Sin embargo, existían formas de remediar dicha situación y se llevaron a cabo, casi 50 años después. El año 1962 la A.L.I.¹⁴⁰, realizó una propuesta legislativa que tenía por objetivo primordial reunir todos los modelos de imputación existentes, lo que se consagró en su sección 2.07. Dicho compendio recibe el nombre de *Model Penal Code*, y su aplicación práctica se hace en relación a las diferentes leyes que tipifican los delitos existentes, entre ellos, los que pueden cometerse por entes morales.

El Código Penal Modelo, como se verá, es un elemento fundamental del sistema de imputación de responsabilidad respecto de entes morales en el ordenamiento jurídico en comento, pero no es el único.

Existe además, un instrumento denominado *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders*, que ha sido definido como “sistema de determinación de la pena, cuya finalidad es ofrecer al juez las directrices a seguir en su medición”¹⁴¹.

¹⁴⁰ American Law Institute.

¹⁴¹ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 180.

En primer lugar, se transcribirá el texto de la sección del Código Penal Modelo que se refiere a la responsabilidad penal de las organizaciones, con la correlativa traducción. Seguidamente se analizará la función primordial de las *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders*, sin entrar en su texto positivo, para revisar en el apartado siguiente cual sería el tipo de sistema de imputación imperante en este ordenamiento jurídico en particular, y así finalizar con una revisión de casos emblemáticos cuya doctrina corresponde con el tema en estudio.

*Model Penal Code, Section 2.07*¹⁴²:

¹⁴² 156 MODEL PENAL CODE. Sección 2.07. 1962. Véase en: NEVARES MUÑIZ, Dora. Estudios comparados de Códigos penales de la Parte general, pág. 273. [En Línea] En: http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_details/1538-estudios-comparados-de-codigos-penales. Model Penal Code, Section 2.07: “1) A corporation may be convicted of the commission of an offense if: a) The offense is a violation or the offense is defined by a statute other than the Code in which a legislative purpose to impose liability on corporations plainly appears and the conduct is performed by an agent of the corporation acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the corporation is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provision shall apply; or b) the offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on corporations by law; or c) the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment. 2) When absolute liability is imposed for the commission of an offense, a legislative purpose to impose liability on a corporation shall be assumed, unless the contrary plainly appears. 3) An unincorporated association may be convicted of the commission of an offense if: a) The offense is defined by a statute other than the Code that expressly provides for the liability of such an association and the conduct is performed by an agent of the association acting in behalf of the association within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the association is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply; or b) The offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on associations by law. 4) As used in this Section: 5) In any prosecution of a corporation or an unincorporated association for the commission of an offense included within the terms of Subsection (1) (a) or Subsection (3) (a) of this Section, other than an offense for which absolute liability has been imposed, it shall be a defense if the defendant proves by a preponderance of evidence that the high managerial agent having supervisory responsibility over the subject matter of the offense employed due diligence to prevent its commission. This paragraph shall not apply if it is plainly inconsistent with the legislative purpose in defining the particular offense. a) “Corporation” does not include an entity organized as or by a governmental agency for the execution of a governmental program; b) “Agent” means any director, officer, servant, employee or other person authorized to act in behalf of the corporation or association and, in the case of an unincorporated association, a member of such association; c) “High managerial agent” means an officer of a corporation or an unincorporated association, or, in the case of a partnership, a partner,

“1) Una persona jurídica puede ser condenada por la comisión de una ofensa si: a) La ofensa es una violación o si la ofensa es definida por un Estatuto diferente del Código en el cual aparezca de manifiesto la intención legislativa de imponer responsabilidad a las personas jurídicas, y la conducta es realizada por un agente de la persona jurídica, que actúa en beneficio de la persona jurídica, dentro del ámbito de sus funciones, salvo que la ley que tipifica la ofensa designe a los agentes por los cuales deberá tenerse a la empresa por responsable, o las circunstancias bajo las cuales es responsable, dicha disposición deberá aplicarse, o

b) la ofensa consiste en la omisión de realizar un deber específico de “actividad positiva” impuesto a la persona jurídica por la ley, o

c) la comisión de la ofensa fue autorizada, solicitada, ordenada, realizada o imprudentemente tolerada, por la junta de directores o por un alto agente directivo actuando a favor de la persona jurídica dentro del ejercicio de sus funciones.

2) Cuando se imponga responsabilidad absoluta por la comisión de una ofensa, debe asumirse el propósito legislativo de tener por responsable a la persona jurídica, salvo que aparezca de manifiesto lo contrario.

3) Una asociación sin personalidad jurídica puede ser condenada por la comisión de una ofensa si:

a) La ofensa es definida por un Estatuto diferente del Código que expresamente ordene la responsabilidad de tal asociación y la conducta sea realizada por un agente de la asociación en beneficio de dicha asociación, actuando dentro del ámbito de sus funciones, salvo si la ley que define la ofensa designa los

or any other agent of a corporation or association having duties or such responsibility that his conduct may fairly be assumed to represent the policy of the corporation or (6) (a) A person is legally accountable for any conduct he performs or causes to be performed in the name of the corporation or an unincorporated association or in its behalf to the same extent as if it were performed in his own name or behalf. (b) Whenever a duty to act is imposed by law upon a corporation or an unincorporated association, any agent of the corporation or association having primary responsibility for the discharge of the duty is legally accountable for a reckless omission to perform the required act to the same extent as if the duty were imposed by law directly upon himself. (c) When a person is convicted of an offense by reason of his legal accountability for the conduct of a corporation or an unincorporated association, he is subject to the sentence authorized by law when a natural person is convicted of an offense of the grade and the degree involved.

agentes por cuya conducta puede tenerse por circunstancias bajo las cuales se le debe tener por responsable, dichas reglas deberán aplicarse, o

b) La ofensa consiste en la omisión de realizar un deber específico de actividad positiva impuesto a la asociación por la ley.

4) Como se ha usado en esta sección:

a) “Corporación” no incluye a cualquier entidad organizada como o por una agencia gubernamental para la ejecución de planes gubernamentales;

b) “Agente” quiere decir director, oficial, servidor, empleado u otra persona autorizada para actuar en beneficio de la corporación o asociación y, en el caso de una asociación sin personalidad jurídica, un miembro de dicha asociación;

c) “Altos directivos” significa un oficial de la corporación o de una asociación sin personalidad jurídica, o, en el caso de una sociedad, un socio, o cualquier otro agente de la corporación o asociación que tenga tales deberes o tal responsabilidad que su conducta pueda ser fácilmente asumida como representativa de las políticas de la corporación o asociación.

5) En el proceso en contra de una corporación o de una asociación sin personalidad jurídica por la comisión de una ofensa incluida en los términos de la sub-sección (1) (a) o la sub-sección (3) (a) de esta sección, que no sea por una ofensa por la cual se haya impuesto responsabilidad absoluta –objetiva– corresponderá al demandado probar a través de evidencia preponderante que el gerente general que tenía responsabilidad de supervisión sobre el asunto objeto de la ofensa empleó debida diligencia para prevenir su comisión. Este párrafo no se aplicara si es francamente inconsistente con el propósito legislativo que se ha definido en la ofensa particular.

(6) (a) Una persona es legalmente responsable por cualquier conducta que realice o cause sea realizada en el nombre de la corporación o de una asociación sin personalidad jurídica o en su beneficio con las mismas extensiones que si hubiere sido realizada por sí mismo a su beneficio.

(b) Cualquier deber de acción que se imponga por ley sobre una corporación o una asociación sin personalidad jurídica, cualquier agente de la corporación o asociación que tenga responsabilidades primarias para el descargo de dicho deber es legalmente responsable por una omisión descuidada en la realización del acto requerido en la misma extensión que existiría si el deber hubiese sido impuesto por la ley sobre el mismo directamente.

(c) Cuando una persona es condenada por una ofensa en razón de su responsabilidad legal por la conducta de una corporación o asociación sin personalidad jurídica, él está sujeto a la sentencia autorizada por la ley cuando una persona natural es condenada por una ofensa de tipo y grado como las concernientes”.

b) *Comentarios sobre el Model Penal Code:*

Para entender la dinámica que encierran las reglas del Código Penal Modelo, y establecer a qué sistema de imputación permanecen, debemos prestar atención a los criterios de los que organizan dicho texto legal.

Las reglas se basan en tres características o rasgos distintivos:

- Distingue si el hecho que tipifica reviste caracteres de delito se trata de una acción o bien, una omisión.

- Distingue respecto del sujeto que la realiza, poniendo énfasis en su jerarquía para determinar si se trata de un hecho objetivo sin significado, o bien un evento que representa la “política” o la “idiosincrasia” corporativa.

- Por último distingue entre crímenes propiamente tales¹⁴³ (de carácter más grave) o si se trata de ofensas regulatorias (más leves en cuanto a responsabilidad).

Para saber la orientación de la norma, debemos prestar atención a la calificación jurídica que se otorga al hecho en cuestión, al sujeto que lo realiza, y a si se trata de un hecho positivo (acción) o bien uno negativo (omisión).

Habiendo desarrollado los caracteres generales relacionados con el correcto entendimiento del *Model Penal Code*, se hará a continuación una breve revisión de sus tres primeros apartados: Sub-secciones número (1) (a), (1) (b), (1) (c) y (2). Se excluye la sub-sección número (3), ya que contiene las mismas normas sustantivas del apartado (1), con la única diferencia que cambia el sujeto: ya no se trata de personas jurídicas legalmente constituidas, sino que se extiende el alcance de la norma hasta las organizaciones de hecho, sin personalidad jurídica.

¹⁴³ Según BRICKEY F. Kathleen, profesora de la Universidad de Washington, debe entenderse por “crímenes reales”, aquellas conductas típicas anti jurídicas contenidas en el Código Penal Norteamericano. Rethinking Corporate Liability Under The Model Penal Code. En: Rutgers Law Journal [Vol. 19:593] Pág. 593. [En Línea] En: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/rutlj19&div=33&id=&page=>

- Sub-Sección (1) (a): El supuesto de hecho alude aquellas ofensas regulatorias (es decir, aquellas no contenidas en el Código Penal) Se puede identificar el contenido de esta norma con la doctrina “*Respondeat Superior*”: Se trata de una forma de imputación de responsabilidad que adopta las características del sistema objetivo, en el sentido de establecer que el empleador de un sujeto que comete un crimen o delito, debe hacerse responsable por él¹⁴⁴, siempre y cuando sus acciones se enmarquen dentro del ámbito de sus funciones laborales. Respecto de esta sub-sección podemos concluir que contiene un modelo de imputación objetivo, ya que probando la participación del dependiente se puede dirigir la acción contra el “empleador” (en sentido genérico). Sin embargo, esta norma tiene un alcance potencial limitado, dado que el “empleador” puede exonerarse de la responsabilidad probando la debida diligencia o “*due diligence*”. Esta oportunidad de liberarse de la responsabilidad es estrecha, dado que sólo existe una posibilidad de demostrar debida diligencia: probando fehacientemente que el alto directivo a cargo realizó completa y oportunamente su deber de fiscalización. Además, es importante agregar que esta posibilidad de defensa se elimina si, la ley (en el mundo jurídico anglosajón se denominan “*Acts*”) que tipifica la ofensa regulatoria establece responsabilidad estricta, o bien si la defensa es abiertamente inconsistente con el propósito legislativo. En síntesis, si bien existe una pequeña posibilidad de exonerarse de la responsabilidad, los requisitos para que esto ocurra son tan demandantes que, en la práctica esta sub-sección contiene un sistema eminentemente objetivo.

- Sub-Sección (1) (b): Esta norma regula una situación de hecho en que exista un omisión de un deber legal, es decir aquel que encuentra su fuente en un mandato de la ley. El problema principal para analizar debidamente esta norma, es que ella omite indicar qué tipo de sujeto se requiere para qué la responsabilidad de la omisión

¹⁴⁴ En el Derecho nacional, encontramos normas formuladas en términos muy similares, las cuales también cabría catalogarlas como parte de la doctrina “*Respondeat Superior*”: Código Civil, Arts. 2320 inc. 4 y 2322.

se proyecte hasta la persona jurídica del caso puntual. Dicho tema ha sido debatido desde la época de redacción del *Model Penal Code*, sugiriéndose interpretar dicho pasaje oscuro mediante la norma 2.07 (6) (b) del mismo cuerpo legal, sin embargo no se ha llegado a una conclusión pacífica ni uniforme. En razón esta falta de información es que en este apartado no puede determinarse si se trata de la consagración de un modelo estricto de responsabilidad, o bien de uno de culpabilidad de la empresa.

- Sub-Sección (1) (c): En comparación con las otras dos sub-secciones analizadas, ésta es ampliamente considerada la más restrictiva¹⁴⁵. La situación de hecho base discurre sobre el supuesto de que el acto ilegal es considerado un crimen “real” (esto es, aquellos incluidos en el Código Penal, y por lo tanto, de mayor gravedad que las ofensas) y requiere imprescindiblemente que un sujeto con carácter gerencial o administrativo dentro de la empresa, haya sido “autorizada, solicitada, ordenada, realizada o imprudentemente tolerada, por la junta de directores o por un alto agente directivo actuando a favor de la persona jurídica dentro del ejercicio de sus funciones”¹⁴⁶.

En otras palabras, podemos decir que esta norma requiere indudablemente de un gesto de aquiescencia mínimo de un sujeto de la persona jurídica, que cumpla con ciertos requisitos, a saber: que desempeñe un cargo tal que permita concluir que su acuerdo o autorización refleja de algún modo la política corporativa imperante. Así, se debe probar un elemento subjetivo compuesto de una actitud, gesto o símbolo de autorización (que puede ser tácita, según se desprende de “imprudentemente tolerada”).

¹⁴⁵ Según BRICKEY, Kathleen F: “(...) The third rule of liability is by far the most restrictive. Under subsection (1)(c), a corporation will incur liability for true crimens –that is, for an offense defined in the Penal Code- only if the conduct constituting the offense is authorized, commanded, solicited, performed or recklessly tolerated by the board of directores or a “high managerial agent (...)”, ob. cit., pág. 598.

¹⁴⁶ Model Penal Code, Section 2.07, Sub-Section (1) (c). Traducción no oficial.

Sin embargo, el nivel de exigencia en este caso también es menor, dado que, aun cuando se deba probar este elemento subjetivo al que se hace referencia, su materialización es bastante amplia considerando que el rango de aprobación exigido va desde que el hecho ilícito sea solicitado por el high managerial agent hasta que sea negligentemente tolerado. Aun cuando a primera vista creemos estar frente a un modelo de culpabilidad de la empresa, en realidad nos volvemos a encontrar con un sistema que aunque no es estricto per se reviste características no menores de un sistema de transferencia de la responsabilidad.

- Sub-Sección (2): Este párrafo alude a las leyes que tipifican la responsabilidad estricta respecto de ciertos delitos. El objetivo de esta sub-sección es que, en caso que exista oscuridad o vaguedad respecto de una tipificación específica, debe preferirse aquella interpretación que abogue por el modelo estricto de responsabilidad. Es decir que si cabe al juez (o jurado) decidir qué modelo de imputación elegir, en función de esta norma siempre deberá privilegiarse el modelo objetivo de responsabilidad (o de transferencia de la misma). En aquellos casos que deba existir prueba del elemento subjetivo, dicha exigencia aparecerá de manifiesto y nunca por interpretación de quien lee y/o pone en aplicación la ley.

En suma, podría concluirse que el *Model Penal Code* contiene una marcada tendencia hacia el modelo objetivo o vicarial de la responsabilidad penal empresarial, dado que si no lo contempla expresamente, resuelve los problemas de interpretación estableciendo preferencia absoluta por este modelo. A este punto podría decirse que no se requiere mayor estudio de las normas de imputación de este sistema anglosajón, pues ya tenemos la respuesta. Sin embargo, en doctrina el modelo estadounidense es calificado como un sistema mixto. Claramente, su calidad de mixto no emana del texto positivo del *Model Penal Code*, entonces ¿dónde podemos encontrar la respuesta?

Al inicio de este apartado se dijo que el *Model Penal Code* constituía sólo uno de los dos elementos a considerar antes de decidir el sistema de imputación de los Estados Unidos. A continuación pasaremos al segundo instrumento, denominado las *Guidelines* que terminan de perfilar el modelo de imputación vigente. Considerando que el texto positivo de las *Guidelines* tiene por objetivo único otorgar directrices a los jueces al momento de medir la cuantía de la pena, prescindiremos de su contenido literal para guiarnos de manera abstracta por su función.

c) *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders:*

Previo a analizar su relación con el modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos, se hará un breve sumario sobre su creación y objetivos. Las *Guidelines* se establecieron en el año 1991 (29 años después del *Model Penal Code*), por razones de política criminal, entre ellas las siguientes¹⁴⁷:

a. En razón de la organización política de Estados Unidos, las sentencias en esta materia adolecían de una disparidad destacada que comenzó a mermar el sistema de responsabilidad empresarial. (Lo mismo sucedió en todas aquellas materias que dicen relación con personas naturales, pero sus *Guidelines* fueron establecidas con mucha anterioridad, en el año 1984).

b. En lo que sí existía uniformidad, era en la sensación de poca rigurosidad en relación a las personas jurídicas al momento de establecer la cuantía de la sanción. Corría una opinión dominante pregonando que las sanciones eran demasiado suaves, razón por la cual se decidió nivelar dicha situación, endureciendo la generalidad de las penas.

En síntesis, los objetivos de las mencionadas *Guidelines* son emparejar el sistema de condenas a lo largo de todos los estados de la federación, y al mismo

¹⁴⁷ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 180.

tiempo crear conciencia sobre la gravedad de la comisión de delitos y/o simples crímenes por parte de un ente moral. A pesar de parecer sencillo, su complejidad es altísima y su ciencia, muy profunda. Al respecto se ha dicho¹⁴⁸: “Tras esta modesta fachada se esconde, sin embargo, un monumental edificio de política legislativa, dotado de una refinada estrategia política criminal, que además ha alterado notablemente, hasta hacerlos irreconocibles, según algunos, los fundamentos de la “vicarious liability” que toma como punto de partida”. Lo anterior se concreta estableciendo un sistema de atenuantes y agravantes, que a medida que concurren en la situación de hecho alteran la cuantía de la pena interpuesta. En ese sentido, las Guidelines constituyen una oportunidad para la persona jurídica de disminuir su responsabilidad, demostrando la debida diligencia y deber de súper-vigilancia.

Ahora, se revisará el texto de las *Guidelines*, para luego hacer unas breves precisiones a su respecto¹⁴⁹:

Paralelo: Factores a tomar en cuenta a la hora de dictar una sentencia contra una organización.

Factores organizativos a tomar en cuenta a la hora de dictar una sentencia contra una organización.

1. La organización tiene que haber establecido estándares y procedimientos de cumplimiento con el Derecho, que razonablemente sean capaces de reducir la posibilidad de que se realicen conductas delictivas, para que sean seguidos por sus empleados y otros agentes.

1. El tamaño de la empresa se toma en cuenta a la hora de valorar la culpabilidad organizativa.

¹⁴⁸ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 180.

¹⁴⁹ Texto positivo de las Sentencing Guidelines for Criminal Offenders, citado por GÓMEZ-JARA, Carlos, en “*La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, España, 2006, págs. 73 y ss.

2. Se debe haber atribuido a ciertos individuos situados en el personal de alta dirección de la organización una responsabilidad general para supervisar el cumplimiento con dichos estándares y procedimientos.

2. Si por tradición o por costumbre resulta más probable que se produzca una desviación en una determinada empresa, sector empresarial o mercado en particular, entonces la organización tiene mayor culpabilidad si omitió adoptar y ejecutar ciertas políticas para prevenir que dicha desviación ocurriera.

3. La organización tiene que haber ejercitado el deber de cuidado para no delegar una sustancial autoridad discrecional a aquellos individuos de los que la organización conocía, o debía conocer a través del ejercicio de la diligencia debida, que eran propensos a verse involucrados en actividades ilegales.

4. El historial delictivo de una organización influirá en la valoración de su culpabilidad organizativa.

5. La organización tiene que haber tomado medidas para comunicar eficazmente sus estándares y procedimientos a sus empleados y otros agentes.

6. Los programas de cumplimiento que sean efectivos disminuirán la culpabilidad organizativa.

7. La organización tiene que haber tomado medidas razonables para conseguir que se cumplan sus estándares, por ejemplo, mediante la utilización razonable de sistemas de control y auditoría.

8. La obstrucción a la justicia o su impedimento por parte de la organización aumentará la culpabilidad organizativa.

9. Los estándares tienen que haber sido implementados continuamente a través de mecanismos disciplinarios apropiados que incluyeran medidas

disciplinarias contra los individuos responsables de no haber detectado la conducta delictiva.

10. La cooperación organizativa, la admisión de la culpabilidad, y la aceptación de la responsabilidad disminuyen la culpabilidad organizativa.

11. Tras la detección de una conducta delictiva, la organización tiene que haber tomado todas las medidas razonables para responder adecuadamente a la conducta delictiva y prevenir ulteriores conductas similares, incluyendo las modificaciones necesarias de su programa para prevenir y detectar las infracciones del Derecho.

12. Las pequeñas o medianas empresas pueden ser los alter ego de su *management*.

Del texto expositivo expuesto se ha concluido¹⁵⁰ que el sistema de las *Guidelines* descansa en un mecanismo que ha sido denominado *Carrot and stick* (zanahorias y palos). Se ha afirmado que dicho sistema funciona de la siguiente manera: “mitigar la sanción cuando la empresa colabora en la prevención y en el esclarecimiento del delito y aumentarla en caso contrario (...) En las directrices concernientes a las personas jurídicas prima la motivación a la autorregulación”¹⁵¹.

La lógica que discurre a lo largo de estas directrices tiene por objetivo incentivar a que cada persona jurídica se haga responsable de los delitos que puedan ser cometidos a su alero, tanto de manera preventiva como posterior a la comisión del hecho ilícito. Esto se probará través de sistemas de compliance creados por los mismos entes morales, lo que permitirá determinar el nivel de culpabilidad de

¹⁵⁰ GÓMEZ-JARA, Carlos, ob. cit., pág. 70, y NIETO MARTÍN, Adán, ob.cit., pág. 181.

¹⁵¹ NIETO MARTÍN, Adán, ob.cit., págs. 181 y 183.

la empresa y la gravedad de infracción¹⁵², al mismo tiempo que se determinará la sanción aplicable.

En cuanto a los tipos de sanciones que contemplan las Guidelines, pueden distinguirse tres¹⁵³: resarcimiento del daño causado por la infracción, imposición de la supervisión judicial, y por último las multas pecuniarias.

Es importante añadir que, a pesar de no ser un sistema de imputación, las *Guidelines* son fundamentales cuando hablamos de dichos modelos puesto que contienen en sí referencias esenciales a la culpabilidad de la empresa, puesto que dicha culpabilidad se mide a través de la aplicación de las mencionadas directrices¹⁵⁴.

2. *Modelo de atribución de responsabilidad utilizado*

Para un sector mayoritario de la doctrina, el modelo de imputación imperante en Estados Unidos es el modelo mixto. Lo anterior se funda, en como ya debe haberse vislumbrado, por la combinación que existe entre el *Model Penal Code* y las Guidelines. Por una parte, el *Model Penal Code* parte de una base vicarial, en que existe identificación del agente que cometió el hecho que reviste características de delito, y es él quien transfiere la responsabilidad a la persona jurídica. Una vez determinada la existencia de la responsabilidad, entran a operar las directrices para determinar la cuantía de los daños y la pena, lugar donde se abre la posibilidad al ente moral de justificarse y probar su diligencia, alterando así lo determinado previamente sólo en razón al monto a pagar.

En nuestra opinión, el sistema de imputación per se del ordenamiento jurídico norteamericano reviste más características de vicarial que de mixto. Si volvemos a las bases del problema, es inevitable establecer que el modelo de imputación es

¹⁵² GÓMEZ-JARA, Carlos, ob. cit., pág. 72.

¹⁵³ GÓMEZ-JARA, Carlos, ob. cit., págs. 70 y 71.

¹⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán, ob.cit., pág. 184.

aquel sistema que reúne los requisitos para determinar si una persona jurídica es o no responsable de un hecho particular. En este marco legal, dichas características dicen relación estrictamente con el modelo de transferencia de la responsabilidad, y no con el de culpabilidad de la empresa como se nos quiere proponer. Si bien es cierto que existe una oportunidad posterior para demostrar la diligencia de la empresa (o bien, la falta de ésta), dicha ocasión viene a tomar lugar una vez que la responsabilidad de la empresa se encuentra determinada, por lo que lo consideramos una circunstancia anexa que, aunque influye en el resultado final no tiene nada que ver con el modelo de imputación utilizado para decidir la extensión de la responsabilidad del ente moral.

3. *Implicancias prácticas: posición de la jurisprudencia*

a) *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S.*¹⁵⁵

Este caso fue resuelto en última instancia ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el año 1909. Su importancia se radica en los siguientes aspectos:

- Es el primer caso registrado en la historia de la jurisprudencia estadounidense en el que se condena no sólo a las personas naturales que participaron de los hechos ilícitos, sino también a la compañía (ente moral) para la cual dichas personas trabajaban.

- En segundo lugar, pero no menos importante, el presente caso destaca por el sistema de imputación utilizado para vincular a la persona jurídica y eventualmente establecer la responsabilidad penal de la misma: la Corte Suprema se valió del modelo objetivo o vicarial, criticado en la doctrina tanto estadounidense como comparada por ir en contra de los objetivos primarios de la política criminal.

¹⁵⁵ New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S. 212 U.S. 481 (1909) [En Línea] En:<http://supreme.justia.com/us/212/481/>.

Los hechos concretos que dieron lugar a este veredicto, dicen relación con la alteración fraudulenta de tarifas para ferrocarriles realizada por personal de la empresa New York Central and Hudson River Railroad Co., a fin de favorecer a una empresa refinera de Azúcar de Detroit: Se les cobraba menos del precio acordado y publicado por concepto de transporte, (5 centavos menos por cada 100 libras de azúcar transportada) desde Nueva York hacia Detroit, pagando así bonificaciones a la American Sugar Refining Company, y evadiendo impuestos.

El delito objeto de la acusación y posterior condena, se encuentra tipificado en la *Elkins Act*, una ley federal que otorga poder a la comisión de comercio interestatal a imponer altas multas a aquellas empresas de ferrocarriles que ofrecieran bonificaciones, así como a quienes accedieran a ellas.

La decisión tomada en este caso en particular ha sido duramente criticada, y es por ello, que más de un siglo después es comentada nivel nacional. Existe una posición dominante a nivel de doctrina que estima que el fallo en comento ha sido mal interpretado, y que carece de fundamento y eficacia para ser aplicado de manera general. Para fundamentar esto, se ha dicho lo siguiente¹⁵⁶: “(...) Para la mayoría de las empresas, una acusación criminal es equivalente a una “pena de muerte corporativa”, por lo que este sistema pone en manos del gobierno un poder desproporcionado (...) A mayor abundancia se puede decir que, a diferencia de otras leyes penales que se encuentran incluidas en estatutos aprobados por el Congreso, la doctrina es una creación judicial que se basa en una lectura incorrecta de un dictamen de la Corte Suprema del año 1909 (...)” . La lectura errónea a la que se hace referencia, consiste en que cada conjunto de jueces (denominados circuits) ha asumido—sea expresa o tácitamente— que la responsabilidad vicaria es requisito

¹⁵⁶ WEISMANN, Andrew; ZIEGLER, Richard; McLOUGHLIN, Luke; McFADDEN, Joseph. Released by the U.S. Chamber Institute for Legal Reform. Reforming Corporate Criminal Liability to Promote Responsible Corporate Behavior. Octubre, 2008. Pág. 1-22 [En Línea] En: www.instituteforlegalreform.com/get_ilr_doc.php?id=1218.

esencial en todos los casos de conducta “desviada” de los empleados o agentes de una persona jurídica.

En síntesis, el fallo de New York Central establece los siguientes requisitos copulativos para determinar la existencia de la responsabilidad de la persona jurídica:

1. La acción haya sido efectuada por uno de sus “agentes”
2. Que dicho agente haya cometido un crimen
3. Que el crimen se enmarque dentro de sus funciones

4. Que exista un interés de beneficiar a la compañía. Al respecto se ha afirmado que “no es necesario que el trabajador este principalmente interesado en beneficiar a la empresa, porque se entiende que el trabajador va a estar interesado en primer lugar, en su propio beneficio”¹⁵⁷.

La atribución de responsabilidad penal a las corporaciones, bajo los presupuestos anteriores, obedece también a criterios de política pública¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Presentación de la Cámara de Comercio de Santiago, año 2010. [En Línea] En: http://www.ccs.cl/html/eventos/2010/doc/0615_presentacion_rppj_ccs.pdf.

¹⁵⁸ New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S. 212 U.S. 481.(1909) [En Línea] En: <http://supreme.justia.com/us/212/481/>. Es así como se explica: “It is true that there are some crimes which, in their nature, cannot be committed by corporations. But there is a large class of offenses, of which rebating under the Federal statutes is one, wherein the crime consists in purposely doing the things prohibited by statute. In that class of crimes we see no good reason why corporations may not be held responsible for and [212 U.S. 481, 495] charged with the knowledge and purposes of their agents, acting within the authority conferred upon them. If it were not so, many offenses might go unpunished and acts be committed in violation of law where, as in the present case, the statute requires all persons, corporate or private, to refrain from certain practices, forbidden in the interest of public policy”.

b) *United States of America (Appellee) v. Ionia Management S.A., (Defendant-Appellant)*¹⁵⁹

El demandado y apelante, Ionia Management S.A. (en adelante simplemente “Ionia”), apela en contra del veredicto del jurado que lo condena por violar el acta de prevención de contaminación de los barcos (cuya sigla es APPS), por no mantener un libro de registro de aceites mientras se encontraba en aguas estadounidenses.

Bajo la dirección y participación del jefe de ingenieros y el ingeniero segundo, el equipo de Ionia, en bases regulares descargaba desechos oleosos en el agua, a través de una “manguera mágica” diseñada para funcionar como bypass al equipo separador de agua, el que habría limpiado los desechos para así prepararlos según las exigencias de la ley. Aún más, se hicieron entradas ficticias para esconder dichas descargas y así obstruir la investigación federal. El gobierno presentó 4 acusaciones en los distritos de Connecticut, New York del Este, Florida del Sur y el de las Virgins Islands. En razón de los hechos se acusó a Ionia de conspiración, 13 faltas al APPS, 3 acusaciones por falsificar documentos en una investigación federal y uno por obstrucción a la justicia.

Después del juicio, el jurado dio su veredicto manifestando creer que Ionia era culpable de todos los cargos. En razón de esto, Ionia apeló fundamentando que las indicaciones dadas al jurado respecto a la responsabilidad penal - vicarial de las personas jurídicas se encontraba errada y enmendó constructivamente la acusación, y al mismo tiempo que la evidencia era insuficiente para establecer responsabilidad superior basándose en el principio de “respondeat superior”.

En relación al sistema de imputación (esto es la doctrina respondeat superior), la Corte de Apelaciones manifestó que el alegato de Ionia basado en la falta de pruebas para establecer dicha responsabilidad carecía de mérito. La Corte revisó la

¹⁵⁹ United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A. 07-5801-cr, 08-1387-cr. (2009) [En Línea] En: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1311708.html>.

suficiencia de la evidencia afirmando que: “después de revisar la evidencia a la luz de la postura más favorable al acusado, se cree que cualquier sujeto medianamente racional podrá encontrar los elementos esenciales del crimen, más allá de cualquier duda razonable”¹⁶⁰. Los registros demuestran que existe amplia evidencia para que el jurado hallara razonable que el equipo se encontraba actuando dentro de sus funciones, con la autoridad correspondiente. El jurado podía incluso inferir por el testimonio del experto sobre la mantención y costo involucrado en el uso del separador de aguas, que el equipo uso la manguera “mágica” como bypass para beneficiar y consecuentemente proteger a la compañía de la cual dependían (Ionia). Además de todo lo anterior, Ionia hizo descargos de carácter procesal que exceden nuestra materia de interés. Al respecto se concluyó: “Hemos considerado cuidadosamente los reclamos de Ionia, y creemos que éstos carecen de mérito. En razón de lo anterior, se confirma la sentencia y el veredicto de la Corte del Distrito”

161

VI.- Australia

1. Legislación vigente

La organización política de Australia discurre sobre un esquema federal¹⁶², dentro del cual se permite legislar sólo sobre ciertas materias a nivel nacional, dejando fuera las materias que dicen relación con el derecho penal. Por tanto, el Derecho penal varía a lo largo de Australia según varíen las jurisdicciones que ahí conviven. A pesar de lo anterior, existe un Código criminal australiano que, aunque

¹⁶⁰ Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307, 319, 99 S.Ct. 2781, 61 L.Ed.2d 560 (1979). Precedente citado al que se hace referencia en el fallo de United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A. 07-5801-cr, 08-1387-cr. (2009) [En Línea] En: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1311708.html>.

¹⁶¹ United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A. 07-5801-cr, 08-1387-cr. (2009) [En Línea] En: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1311708.html>.

¹⁶² DONALDSON, Megan & WATTERS, Rupert, for “Allens Arthur Robinson”. Corporate Culture, as a basis for the criminal liability of corporations. Australia, Febrero 2008. Pág.10. [En línea] extraído de: <http://198.170.85.29/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>.

no goza de fuera vinculatoria en todas las jurisdicciones, posee las reglas generales sobre responsabilidad penal corporativa¹⁶³. El interés en estudiar esta legislación en particular, recae sobre el hecho que logra sortear con absoluta destreza las críticas que se dirigen a todos los tipos de modelos de imputación, llevando su criterio de distinción a otro punto: no a la persona que participa del delito, sino al delito mismo y a distinguir si este se trata de un tipo culposos, o bien, doloso. Previo al análisis del texto legislativo, es oportuno aclarar que la materia de nuestro interés fue objeto de una reforma que entró en vigor en el año 2001¹⁶⁴. Antes de dicha reforma, el modelo de imputación escogido era –al igual que Inglaterra– la teoría de la identificación. El Código actual, como se menciono previamente, no goza de imperio a lo largo de toda la federación, y es por eso que se vuelve imprescindible reconocer su ámbito funcional.

El sistema legal australiano comenzó a reformularse concretamente a partir del año 1990, y es en este marco contextual, que se da la creación de un estatuto específico de regulación de responsabilidad penal para las personas jurídicas, manifestándose en la Sección 12 del *Criminal Code Act*. Este Estatuto, hoy objeto de nuestro estudio, comienza a erigirse el año 2005 dentro del y será él quien determinará el ámbito de su competencia. En diciembre del año 2001, se determinó que la sección 12 podría aplicarse a todas aquellas violaciones contenidas en el mencionado Code. Sin embargo, su ámbito de aplicación sigue siendo estrecho: “su alcance es limitado, porque la mayor parte del derecho penal es Ley estatal, y el CCA en sí mismo sólo contiene una gama limitada de ofensas, por ejemplo, soborno de funcionarios extranjeros públicos, ofensas contra personal de Naciones Unidas, actividades internacionales terroristas y contrabando de gente, y algunos estatutos federales son excluidos expresamente de la sección 12.3”¹⁶⁵. A continuación,

¹⁶³ DONALDSON, Megan y WATTERS, Rupert, ob. cit., pág. 11.

¹⁶⁴ DONALDSON, Megan y WATTERS, Rupert, ob. cit., párrafo 3.2., pág. 11.

¹⁶⁵ DONALDSON, Megan & WATTERS, Rupert, ob. cit., pág. 15.

revisaremos el texto literal del código penal australiano, para posteriormente rescatar comentarios doctrinarios a su respecto, y finalizar con revisión de jurisprudencia.

*Código Penal Australiano, Sección 12 (Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas). Texto literal Código Penal Australiano, Sección 12*¹⁶⁶.

¹⁶⁶ CRIMINAL CODE ACT. 1995. Sección 12. [En Línea]. En: www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00590. Part 2.5—Corporate criminal responsibility. Division 12: 12.1 General principles: (1) This Code applies to bodies corporate in the same way as it applies to individuals. It so applies with such modifications as are set out in this Part, and with such other modifications as are made necessary by the fact that criminal liability is being imposed on bodies corporate rather than individuals. División 12. (2) A body corporate may be found guilty of any offence, including one punishable by imprisonment. Note: Section 4B of the Crimes Act 1914 enables a fine to be imposed for offences that only specify imprisonment as a penalty. 12.2 Physical elements. If a physical element of an offence is committed by an employee, agent or officer of a body corporate acting within the actual or apparent scope of his or her employment, or within his or her actual or apparent authority, the physical element must also be attributed to the body corporate. 12.3 Fault elements other than negligence: (1) If intention, knowledge or recklessness is a fault element in relation to a physical element of an offence, that fault element must be attributed to a body corporate that expressly, tacitly or impliedly authorized or permitted the commission of the offence. (2) The means by which such an authorization or permission may be established include: (a) Proving that the body corporate's board of directors intentionally, knowingly or recklessly carried out the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly authorized or permitted the commission of the offence; or (b) Proving that a high managerial agent of the body corporate intentionally, knowingly or recklessly engaged in the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly authorized or permitted the commission of the offence; or (c) Proving that a corporate culture existed within the body corporate that directed, encouraged, tolerated or led to non-compliance with the relevant provision; or (d) Proving that the body corporate failed to create and maintain a corporate culture that required compliance with the relevant provision. (3) Paragraph (2)(b) does not apply if the body corporate proves that it exercised due diligence to prevent the conduct, or the authorization or permission. (4) Factors relevant to the application of paragraph (2)(c) or (d) include: (a) whether authority to commit an offence of the same or a similar character had been given by a high managerial agent of the body corporate; and (b) Whether the employee, agent or officer of the body corporate who committed the offence believed on reasonable grounds, or entertained a reasonable expectation, that a high managerial agent of the body corporate would have authorized or permitted the commission of the offence. (5) If recklessness is not a fault element in relation to a physical element of an offence, subsection (2) does not enable the fault element to be proved by proving that the board of directors, or a high managerial agent, of the body corporate recklessly engaged in the conduct or recklessly authorized or permitted the commission of the offence. (6) In this section: - Board of directors means the body (by whatever name called) exercising the executive authority of the body corporate. - Corporate culture means an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place. - High managerial agent means an employee, agent or officer of the body corporate with duties of such responsibility that his or her conduct may fairly be assumed to represent the body corporate's policy. 12.4 Negligence: (1) The test of negligence for a body corporate is that set out in section 5.5. (2) If: (a) Negligence is a fault element in relation to a physical element of an offence; and (b) No individual employee,

12.1. Principios generales

Parte 2.5. Responsabilidad penal de las personas jurídicas:

“(1) Este Código de aplica a los cuerpos corporativos de la misma manera que se aplica a personas naturales. Así se aplica con las modificaciones que en esta parte de indican como necesarias por el hecho que la responsabilidad será impuesta en personas jurídicas y no individuos.

(2) Un cuerpo corporativo puede ser declarado culpable por cualquier crimen, incluyendo uno sancionado con privación de libertad.

Nota: Sección 4B del Acta de Crímenes 1914 habilita la opción de imponer una multa a aquellas ofensas que sólo tienen como sanción la privación de libertad.

12.2. Elementos Físicos

Si los elementos físicos de una ofensa son realizados por un empleado, agente y oficial de un cuerpo corporativo actuando dentro del actual o aparente ámbito de sus funciones, o dentro de su autoridad aparente, el elemento físico también debe ser atribuido al cuerpo corporativo.

12.3. Elementos por defectos, diferentes de la negligencia.

agent or officer of the body corporate has that fault element; that fault element may exist on the part of the body corporate if the body corporate's conduct is negligent when viewed as a whole (that is, by aggregating the conduct of any number of its employees, agents or officers). (3) Negligence may be evidenced by the fact that the prohibited conduct was substantially attributable to: (a) Inadequate corporate management, control or supervision of the conduct of one or more of its employees, agents or officers; or (b) Failure to provide adequate systems for conveying relevant information to relevant persons in the body corporate. 12.5 Mistake of fact (strict liability): (1) A body corporate can only rely on section 9.2 (mistake of fact (strict liability)) in respect of conduct that would, apart from this section, constitute an offence on its part if: (a) the employee, agent or officer of the body corporate who carried out the conduct was under a mistaken but reasonable belief about facts that, had they existed, would have meant that the conduct would not have constituted an offence; and (b) the body corporate proves that it exercised due diligence to prevent the conduct. (2) A failure to exercise due diligence may be evidenced by the fact that the prohibited conduct was substantially attributable to: (a) inadequate corporate management, control or supervision of the conduct of one or more of its employees, agents or officers; or (b) Failure to provide adequate systems for conveying relevant information to relevant persons in the body corporate. 12.6 Intervening conduct or event. A body corporate cannot rely on section 10.1 (intervening conduct or event) in respect of a physical element of an offence brought about by another person if the other person is an employee, agent or officer of the body corporate.

(1) Si la intención, el conocimiento o la imprudencia son elementos por defecto en relación a un elemento físico de una ofensa, ese elemento por defecto debe ser atribuido a un cuerpo corporativo que expresamente, tácitamente o implícitamente autorizó o permitió la comisión de la ofensa.

(2) Los medios por los cuales una autorización o permiso puede ser establecidos incluyen:

(a) La prueba de que la junta de directores del cuerpo corporativo realizó la conducta relevante con intención, conocimiento o imprudencia, o que expresa, tácita o comisión de la ofensa; o

(b) Probando que un alto dirigente conscientemente o por desconsideración realizó la conducta relevante o expresa, tácita o implícitamente la permitió y autorizó.

(c) Probando que existe una cultura corporativa dentro de la corporación que ha dirigido, animado, tolerado o permitido el incumplimiento de la disposición infringida; o

(d) Probando que la corporación no ha creado o mantenido una cultura corporativa con el fin de que se cumpla la disposición infringida.

(3) El párrafo (2) (b) no se aplica si el cuerpo corporativo prueba que ejerció la debida diligencia para prevenir la conducta, autorización o permiso.

(4) Factores relevantes para la aplicación de los párrafos (2) (c) o (d) incluyen:

(a) Cuando en la comisión de un delito de igual o similar carácter ha existido autorización por un alto directo de la entidad, y

(b) Si el empleado, agente u oficial de la corporación que ha cometido el delito cree con un fundamento razonable o tiene una expectativa razonable que un alto dirigente de la corporación hubiera autorizado o permitido la comisión del delito.

(5) Si la imprudencia no es un elemento básico en relación al elemento físico de la ofensa, la sub-sección (2) no habilita que el elemento por defecto sea acreditado probando que la junta de directores, o un alto agente del cuerpo corporativo imprudentemente enganchó en la conducta o imprudentemente autorizó o permitió la comisión de la ofensa.

(6) En esta sección:

- Junta de directores se refiere al órgano (sin importar el nombre que se le de) que ejerce la autoridad ejecutiva del cuerpo corporativo.

- Cultura corporativa: Una actitud, política, tipo de conducta o práctica generalizada dentro de la corporación o en una parte de la misma en la que tienen lugar una actividad importante.

- Alto agente se refiere a cualquier empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo con deberes de tal responsabilidad que se deba asumir que representa la política corporativa de la persona jurídica.

12.4 Negligencia

(1) El nivel de negligencia para un cuerpo corporativo es el dispuesto en la sección 5.5.

(2) Si:

(a) La negligencia es un elemento básico en relación al elemento físico de una ofensa; y

(b) No hay ningún empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo que tenga el elemento básico, dicho elemento puede existir en la parte del cuerpo corporativo si la conducta de éste es negligente cuando se le entiende como un “todo” (esto es, sumando las conducta de todos y cada uno de los empleados, agentes u oficiales)

(3) La negligencia puede ser probada por el hecho que la conducta prohibida es sustancialmente atribuible a:

(a) Manejo corporativo, control o supervisión de conducta de uno o más empleados, agentes u oficiales, inadecuados; o

(b) Fracaso al proveer sistemas adecuados para transmitir información relevante a personas relevantes en el cuerpo corporativo.

12.5 Error de hecho (Responsabilidad estricta)

(1) Un cuerpo corporativo puede valerse de la sección 9.2 (error de hecho (responsabilidad estricta) solamente respecto de la conducta que, a parte de esta sección, constituye una ofensa en su parte si:

(a) El empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo que realizo la conducta se encontraba bajo una falsa pero razonable creencia sobre los hechos que, de haber existido, habrían significado que la conducta no constituiría una ofensa, y

(b) El cuerpo corporativo prueba que ejerció la debida diligencia para prevenir dicha conducta.

(2) El fracaso en el ejercicio de la debida diligencia puede ser probado por el hecho que la conducta prohibida es sustancialmente atribuible a

(a) Comportamiento gerencial inadecuado, control o supervisión de la conducta de uno o más empleados, agentes u oficiales; o

(b) Fracaso al proveer un sistema adecuado para el tránsito de información relevante a personas relevantes dentro del cuerpo corporativo.

12.6. Intervención de conductas o eventos:

Un cuerpo corporativo no puede recurrir a la sección número 10.1 (interviniendo una conducta o un evento) en relación al elemento físico de una ofensa recaída sobre otra persona si es que la otra persona es un empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo”.

2. *Modelo de atribución de responsabilidad utilizado*

Antes de entrar en el modelo de imputación utilizado, es conveniente hacer ciertas aclaraciones, relacionadas con la traducción. El elemento físico dice relación no exclusivamente con la acción o la omisión, sino con todo el tipo penal. Se refiere a la norma que regula todos los elementos objetivos del delito: acción, tipicidad y antijuricidad. Por otro lado, las alusiones al “fault element” dicen relación con el elemento subjetivo del tipo penal, es decir la intención o sentir interno de quien comete el delito, que en los sistemas continentales de derecho se traduce generalmente como dolo o culpa dependiendo de los requisitos exigidos por el tipo penal. Habiendo realizado las aclaraciones anteriores, podemos enfocarnos en el sistema de imputación australiano. Como se mencionó anteriormente, la tradición australiana derivaba de la corriente inglesa, y antes de su reforma se seguía la teoría de la identificación, ya revisada en el apartado sobre derecho inglés. El cambio legislativo entró en funcionamiento el año 2001, y el modelo acogido esta vez fue el de “culpabilidad de la empresa”. Sin embargo, y aún cuando pueda catalogarse al modelo australiano dentro de las clasificaciones abstractas realizadas por la doctrina, este sistema de imputación en particular posee características que lo hacen no sólo inconfundible¹⁶⁷ sino además lo erigen como guía para reformas en actual

¹⁶⁷ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 130. En nota al pie número 263 expresa: “Australia no es un ordenamiento usual en nuestras referencias de derecho comparado. Su inclusión en este punto no se debe a un alarde de erudición, sino a que en esta materia no hay otro remedio

transcurso de otras legislaciones, sin distinguir si se trata de países con tradición anglosajona o bien, continental.

En primer lugar, el modelo de culpabilidad de la empresa admite subclasificaciones que difieren entre sí, según donde se localice el incumplimiento de la empresa. El más típico de ellos, es el que ubica la culpabilidad de la empresa en un defecto de organización. Y es aquí donde el código en comento se distingue de sus contemporáneas proponiendo un nuevo criterio: la culpabilidad de la empresa, en el ordenamiento jurídico australiano, atiende a la cultura corporativa y no, como se acostumbra, a un defecto organizacional.

La creatividad legislativa anterior, no ha estado exenta de cuestionamientos ni críticas, porque a pesar de que el código define lo que debe entenderse por cultura corporativa (la sección 12.3 (6) la define como “una actitud, política, tipo de conducta o práctica generalizada dentro de la corporación o en una parte de la misma en la que tienen lugar una actividad importante”) se han enfrentado dificultades al momento de ser llevados en práctica, especialmente al momento de probar la existencia o falta de esta, dentro del ámbito de una corporación. Si bien es cierto que las críticas formuladas tienen asidero, se ha estimado que la dirección que propone la legislación australiana es a todas luces la más avanzada y promete ser un modelo insigne a mirar para ordenamientos jurídicos más atrasados. En este punto, es conveniente dirigir la atención a la real innovación del modelo australiano, que reside justamente en su modelo de imputación.

Para analizar dicho modelo, es necesario, en primer lugar, flexibilizar las concepciones previas que tenemos. Australia utiliza un mecanismo dinámico, que debe entenderse como un proceso compuesto por dos momentos, entre los cuales no

que tenerlo en cuenta. Como indica WELLS, Corporations, p.136: “The Australian Criminal Code Act 1995 appears to provide the most detailed consideration of organizational liability of the common law jurisdictions”.

convive el mismo modelo básico, pero que sin embargo, logran complementarse, dando como resultado un sistema de imputación más completo y avanzado que los hasta ahora vistos.

La primera clave del modelo en comento reside en distinguir el tipo de delito según su “*fault element*”, que como se explicó anteriormente, consiste en el elemento subjetivo del tipo penal, es decir: el dolo o la culpa, según corresponda. El modelo de imputación variará según se trate de uno u otro *fault element*.

Como bien se ha expresado: “En el tipo doloso, más lastrado por el peso de la tradición vicarial, el agente no desaparece, pese a la interrupción de la culpabilidad de la empresa. Se trata de un sistema de imputación en dos fases. En la primera es necesario demostrar cómo el tipo penal –*physical element*- ha sido realizado por un agente de la organización, cualquiera sea su categoría, dentro de sus competencias. En la segunda, que constituye una suerte de teoría de la identificación en tránsito hacia una teoría de culpabilidad de la empresa, es preciso que este hecho haya sido expresa, tácita o implícitamente autorizado o permitido. Mas es aquí donde aparece la culpabilidad de empresa”¹⁶⁸.

Analizando el texto legislativo, podemos indicar que las sub-secciones (a) y (b) del *Criminal Code Act*, contienen elementos que tradicionalmente se han entendido como partes del sistema de transferencia de la responsabilidad, especialmente de la teoría de la identificación. No hay que olvidar que el ordenamiento jurídico se ve influido notoriamente por la tradición inglesa, ya que al ser colonia de la corona británica derivó naturalmente en un sistema de *Common Law*, cuyas raíces son por excelencia, inglesas. A mayor abundancia, se puede reafirmar lo dicho, al notar que tanto las sub-secciones (a) y (b) mencionan al “consejo de administración” y a los “altos dirigentes” como los sujetos capaces de vincular a la empresa con el ilícito.

¹⁶⁸ NIETO MARTIN, Adán, ob. cit., pág. 131.

Es válido entonces preguntarse: ¿Por qué se considera que Australia adopta un modelo basado en la culpabilidad de la empresa, si posee en sus normas características tan propias de la teoría de la identificación? La respuesta a esta pregunta las encontramos en las sub-secciones (c) y (d): ambas agregan un requisito que configura la responsabilidad por culpabilidad de la empresa, por la causal de cultura corporativa deficiente, logrando así despersonalizar –anular al sujeto natural– el sistema de imputación. Dichas sub-secciones dicen:

“(c) Probando que existe una cultura corporativa dentro de la corporación que ha dirigido, animado, tolerado o permitido el incumplimiento de la disposición infringida,

(d) probando que la corporación no ha creado y mantenido una cultura corporativa con el fin de que se cumpla la disposición infringida”.

Las disposiciones citadas se ven limitadas por las acotaciones que a su respecto hace la sección 12.3. (4), la que intenta mediante ejemplos delimitar el alcance de la norma. Además de las normas citadas, existen en el código australiano preceptos que dicen relación con la actitud o acciones negligentes por parte de una empresa y como éstas acarrearán la respectiva responsabilidad (Sección 12.4).

A modo de conclusión respecto del modelo aludido, podemos destacar la creatividad legislativa que contiene el *Criminal Code Act*:

a) Opta por hacerse cargo de la existencia de la realidad corporativa, asumiendo que hay un *ethos* corporativo, que se compone de más elementos que la sumatoria de las voluntades de todos sus individuos.

b) Logra reunir en sus disposiciones positivas las doctrinas más modernas sobre comportamiento empresarial, reconociendo la complejidad estructural que las personas jurídicas poseen en la actualidad, y plateando un sistema bifásico que logra superar las críticas de cada sistema de manera individual llevando un modelo –el de culpabilidad de la empresa– a un desarrollo más completo y eficiente, sin salir de los fundamentos iniciales de la corriente.

c) Aun cuando han existido dificultades al momento de aplicación, en su mayoría probatorias, se puede afirmar que es un modelo cuya estructura provee un camino seguro y amplio al desarrollo de la responsabilidad penal empresarial, y que su sólida base doctrinal permitirá el afianzamiento de esta nueva tendencia del Derecho penal.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL COLECTIVA

I.- Imputación objetiva en la conducta de la persona jurídica

Para un importante sector de la literatura científica, las personas jurídicas carecen de capacidad de acción¹⁶⁹. Frente a tal criterio se alzan múltiples otras alternativas. Para unos, resulta indiferente el concepto de acción que se mantenga en el Derecho penal de las personas físicas, pues siempre es trasladable a este otro contexto¹⁷⁰. Para otros, debe procederse a reformular el concepto tradicional en este

¹⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, por lo que respecta a la doctrina española, CEREZO MIR, Jose, *Derecho penal. Parte general II*, Ed. Tecnos, 1998, p. 65; Luis GRACIA MARTÍN, «*La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*», en Act. Penal, nro. 39, 1993, pp. 603 y ss.; del mismo. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal* (t. II). Zaragoza, 1986, pp. 9 y ss.; Mercedes PÉREZ MANZANO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Actualidad Penal 2, 1995, p. 20. En Alemania, Bern SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln / Berlin / Bonn / München, 1979, pp. 155 y ss.; Thomas WEIGEND, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*. J. Int. Criminal Justice (2008) 6 (5): 927-945. DOI:<https://doi.org/10.1093/jicj/mqn069>. Published:30 January 2009. Peter CRAMER, Dr. Adolf Schöнке, Prof. Dr. Horst Schröder, *Strafgesetzbuch*, 28ª. Ed., vor 25, § 113; Markus BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989, pp. 54 y ss. Para ulteriores referencias en la doctrina alemana tradicional, puede verse Percy GARCÍA CAVERO. *Derecho penal económico. Parte general*, Piura, 2003, p. 664. n. 54. En general, la amplia relación bibliográfica proporcionada por Luis GRACIA MARTÍN. *Las consecuencias jurídicas, el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 456. n. 56.

¹⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, HAEUSERMANN, Axel: *Der Verband als Straftäter und Strafprozes-subject*, Freiburg i. Br., 2003, p. 143.

otro ámbito¹⁷¹. Hay quien ha sostenido que, independientemente de la definición que se defienda, la capacidad de acción de la persona jurídica se ha reconocido “bien entendiéndose que la acción de los órganos de la misma constituye en realidad una acción de la propia persona jurídica, o bien entendiéndose que, aunque la acción sólo puede ser propia del individuo que la ha realizado (...), una acción realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como acción propia de la misma”¹⁷².

A pesar de esta enorme disparidad de criterios, desde el punto de vista positivo, la Ley, ignorando por completo el criterio de quienes niegan a las personas jurídicas capacidad de acción, parece inequívocamente otorgársela. En efecto, la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha supuesto variación alguna de la definición derivada del artículo 10 del Código penal español, conforme al cual constituyen delitos las *acciones* u omisiones dolosas imprudentes establecidas en la Ley. Parece, pues, que para el legislador debe mantenerse una definición de delito común en el Derecho Penal de las personas físicas y en el de las jurídicas. En tal definición, la acción permanece en todo caso como sustrato, como requisito previo para la existencia del delito mismo¹⁷³.

¹⁷¹ Santiago MIR PUIG indicaba, acertadamente, que no es que la persona jurídica no sea capaz de acción en otros ámbitos jurídicos, sino que el Código Penal se venía refiriendo a acciones humanas (*Derecho penal. Parte general*, op. cit., 7, 70). José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*, Cuadernos de Política criminal, ISSN 0210-4059, N° 81, 2003, p. 549, quien estima que el concepto de acción en los delitos de las personas físicas y el característico de las personas jurídicas deben ser conceptos diferentes. En esa línea, hay quien, por citar sólo algún ejemplo, interpreta la capacidad de acción de las personas jurídicas como capacidad de organización. *Vid.* las referencias que proporciona Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en Homenaje al Profesor Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, p. 429.

¹⁷² BACIGALUPO SAGGESE, Silvina y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 150. *Vid.*, asimismo, EHRHARDT, Anne, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischen Recht*, Berlin, 1994, pp. 179 y ss.; TRÜG, Gerson: «Zu den Folgen des Einführung eines Unternehmensstrafrechts», *Wistra* 7, 2010, p. 243.

¹⁷³ Por consiguiente, desde un punto de vista positivo, con carácter general, no es posible compartir la posición de quienes estiman que la acción no es una categoría válida a la hora de

Conviene poner de manifiesto en este momento que se trata de una materia de mayor relevancia teórica que práctica, lo que no obsta para que deba considerarse tanto para una correcta solución de algunos casos como para la armónica configuración de la totalidad de la construcción teórica.

Así las cosas, cabe abordar la definición de acción como base de la propia definición de delito¹⁷⁴, en cuanto ya hemos señalado la imposibilidad lógica de prescindir de tal elemento, en la medida en que constituye el sustrato, el punto de referencia obligado, el *genus proximum* al que se deben conectar el resto de características típicas o *differentiae specificaе*.

Se ha conceptualizado la acción como “manifestación de la personalidad”¹⁷⁵, lo que, entendemos, en el caso de hechos protagonizados por personas físicas implica

construir qué es lo jurídicamente relevante. En general, en España, puede verse la obra de JAÉN VALLEJO, Manuel, *Concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, 1994, particularmente p. 93. No entramos, pues, en la cuestión de si la acción forma parte o no de la definición de delito, ya que no nos cabe duda alguna de que es así.

¹⁷⁴ Definición que, como en el Derecho penal tradicional, debe mantener las características funciones atribuidas a la acción. En primer lugar, la denominada función de clasificación; todo hecho jurídico penamente relevante han de tener cabida: el doloso y el imprudente, el activo-positivo y el omisivo. En segundo lugar, la función de enlace o unión: esto es, su significación sistemática; es decir la acción debe ser un concepto neutral que no anticipe el contenido de los restantes elementos del delito, pero tener al mismo tiempo suficiente contenido como para poder sustentar el resto de predicados, esto es, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por último, la función de delimitación, negativa o práctica: debe permitir excluir de la consideración jurídica todo hecho que ya *ab initio* no es relevante. *Vid.*, sobre tales cuestiones, en el Derecho penal tradicional, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, 5ª edición (Traducción M. OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002, § 23, 1, 2; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1997, § 8,1 y ss.; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz: *Derecho Penal. Parte general I*, trad. I. Boffill Genzsch y E. Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, § 16.

¹⁷⁵ ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1997§ 8,42. Entiendo que en sentido próximo se expresan LUZÓN PEÑA cuando se refiere a la acción como manifestación activa o pasiva de la voluntad humana (*Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, pp. 265 y ss.) y José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, quienes sostienen que la acción debe ser un comportamiento espontáneo, conducido por la voluntad, esto es, libre en el sentido haberse llevado a cabo con un mínimo psíquico de voluntariedad (*Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 424, donde citan a ROXIN. En Alemania, en sentido próximo, en el marco de las infracciones administrativas, REBMANN, en REBMANN-ROTH-HERMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Band 1, Stand 2005, vor § 1, 16); si bien lo más frecuente es definir la acción como comportamiento humano dominable por la voluntad. *Vid.* ROSENKÖTTER, Günter: *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 6. Aufl., Stuttgart, 2002.

una exteriorización de la realidad interior del individuo, de su forma de ser. Tal concepto estimamos que establece, al menos, un mínimo común denominador en toda clase de delito e infracción administrativa, dispone de una base mínima a la que referir las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En definitiva, permite salvaguardar las funciones que debe cumplir el concepto de acción, al tiempo que proporciona una pauta que posibilite determinar cuándo hay base suficiente para proseguir el análisis relativo a la presencia o ausencia de los restantes elementos que definen el delito. Evidentemente, con ello no se solucionan matemáticamente los problemas, en la medida en que estamos ante un concepto normativo, en el que el aspecto valorativo es decisivo para el examen de la acción¹⁷⁶.

Podemos estimar que la amplitud de la definición de acción propuesta permite captar tanto las conductas de las personas físicas como de las jurídicas. Al respecto, debe considerarse que el adjetivo «humano», aunque en principio parece rechazar la posibilidad de que las personas jurídicas posean capacidad de acción, al final deja abierta la cuestión¹⁷⁷. Lo que no se estima aceptable es sostener que en el caso de las contravenciones es posible imponer una sanción, lo que es inevitable tanto desde la perspectiva del Derecho español como alemán incluso sin concurrir una acción¹⁷⁸. Y ello porque no resulta razonable sostener, por una parte, que ilícito penal y administrativo poseen idéntica naturaleza y, por otra, entender que presentan una estructura diferente. En suma, debe requerirse una manifestación de la personalidad

¹⁷⁶ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1997, § 8, 68.

¹⁷⁷ Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1997, § 8, 56 c) *in fine*, donde afirma que habrá que esperar a ver cómo evoluciona la discusión.

¹⁷⁸ Así, Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1997, § 8, 56. Hay que tener en cuenta que Roxin sostiene una tesis mixta en cuanto a la distinción entre delito e infracción administrativa. Conforme a ella existe un amplio campo de coincidencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, aun cuando no se pueda sostener la identidad cuando se trata de considerar lo que constituyen las figuras jurídico-penales centrales, como el homicidio, etc., frente a las contravenciones. *Vid.*, sobre tal construcción, en sentido crítico, GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, 2ª ed., Aranzadi, 2010, cap. 2-3. En cualquier caso, si se acepta la coincidente naturaleza de un amplio número de delitos y contravenciones, la posición de Roxin no explica por qué en el caso de las contravenciones no se requiere acción y en el caso de los delitos sí.

del ente colectivo, un hecho que implique una exteriorización de su forma interna de organizarse.

La cuestión de la capacidad de acción de las personas jurídicas puede tener trascendencia práctica en determinadas hipótesis. La ausencia de responsabilidad debe sustentarse sobre la base de la ausencia de acción de la persona jurídica, en la medida en que el hecho no es una manifestación de la personalidad de la empresa, sino la consecuencia de un fenómeno ajeno a su organización y por completo incontrolable. En definitiva, deben encuadrarse en este contexto sistemático los supuestos que, en ocasiones, las leyes sancionadoras administrativas califican de fuerza mayor y que la doctrina administrativista viene caracterizando precisamente por la presencia de dos notas, la irresistibilidad y su carácter externo¹⁷⁹.

1. Normativización de la conducta corporativa

La tipicidad de los delitos cometidos por personas jurídicas se encuentra fuertemente condicionada por dos factores. Por una parte, los tipos penales están mayoritariamente diseñados pensando en la conducta de personas naturales. Por otra, las personas jurídicas no tienen una existencia física. La conjunción de ambas ideas permite que entendamos que la afirmación de la tipicidad penal de las entidades colectivas requiere de un juicio de atribución de la responsabilidad derivado de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por medio de la realización de una acción típica descrita en la Ley. Ésta, inevitablemente, deberá haber sido llevada a

¹⁷⁹ Critican REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *Comentario a la Ley General de subvenciones*, 2005, pp. 608-10, la utilización de esta expresión, que no se emplea en el contexto del Derecho penal. Sostienen, en todo caso, que la fuerza mayor comporta la existencia de un evento ajeno por completo a quien la alega para el que resulta, además, imprevisible e inevitable. Acertadamente, entiendo, sostienen estos autores que entran dentro de ese concepto los supuestos en los que se excluye la acción misma por falta de voluntad. Ampliamente sobre el concepto de fuerza mayor en el Derecho comunitario europeo, Adán NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios (Derecho penal económico europeo)*, 1996, p. 181.

cabo por una persona física. Desde nuestro punto de vista, tal juicio corre paralelo al de imputación objetiva en el Derecho penal tradicional¹⁸⁰.

Siendo las personas jurídicas entes artificiales de carácter instrumental, el citado juicio de atribución de la responsabilidad ha de tener un carácter normativo, valorativo, el cual no es susceptible de ser precisado matemáticamente. Eso no quiere decir que nos movamos en el ámbito de la pura arbitrariedad del aplicador del Derecho. Cabe proporcionar ciertas pautas que reduzcan la discrecionalidad. En general, para la afirmación de la tipicidad de una actuación social, deberían verificarse, al menos, dos extremos. En primer lugar, la actuación de una o más personas físicas, lo que en la doctrina alemana se viene llamando hecho de conexión o *Anknüpfungstat*. En segundo lugar, que tal actuación sólo tenga un sentido social, se enmarque dentro de los objetivos de la organización. Al análisis diferenciado de ambas cuestiones dedicamos los siguientes puntos.

Merece en este punto una reflexión la idea que se desprende de algunas importantes construcciones, conforme a las cuales una de las características del juicio de tipicidad de los delitos cometidos por personas jurídicas radica en un defecto organizativo de éstas¹⁸¹. Pese al indudable sólido sustento de tales puntos de

¹⁸⁰ Éste precisamente conforme a un consolidado punto de vista coincide con el juicio de tipicidad. Al respecto, Ángel TORÍO LÓPEZ, «*Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma. Estudios Penales y Criminológicos X*, Santiago de Compostela, 1987 p. 383. No comparte este planteamiento Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios Penales y Criminológicos X*, Santiago de Compostela, 1987, p. 8. ZUGALDÍA ESPINAR habla de «criterios normativos de imputación», *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 270.

¹⁸¹ Vid. Mercedes PÉREZ MANZANO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Actualidad Penal, 2, 1995, pp. 21 y ss., donde sostiene que la construcción de la culpabilidad de Tiedemann en la que se define a ésta, precisamente, como defecto de organización, se confunde el plano de la culpabilidad con el de lo injusto; Adán NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, p. 154, cuando, por ejemplo, indica que si se asume la responsabilidad penal de las personas jurídicas no tiene sentido en ese marco una distinción entre autoría y participación, toda vez que lo importante es el defecto de autoorganización, de alguna manera es la, perspectiva de Dannecker, al sostener que el dolo o la culpa tienen que ser entendidos en referencia al defecto interno del sistema social o a la defectuosa filosofía de empresa (DANNECKER, Gerhard, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, GA, 2001, p. 119); trata la cuestión

vista, desde nuestra perspectiva la tipicidad en el caso de delitos de personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización, no en la existencia de un defecto de organización que por sí mismo no explica tal imputación. Lo decisivo es que el hecho en cuestión, lesivo o peligroso para los bienes jurídicos, aparezca externamente como un hecho de empresa, con independencia de que proceda o no de un defecto organizativo¹⁸², el cual, por otra parte, resulta muy difícil de conectar causalmente con el resultado lesivo, toda vez que no es un hecho, sino un dato de naturaleza valorativa. Dicho con otras palabras, el defecto de autoorganización no es la conducta relevante penal o administrativamente, típica, pues, sino, por ejemplo, la verificación de un vertido, la realización de una construcción ilegal o, en el marco del Derecho administrativo sancionador, las maniobras contrarias a la competencia imputables al ente por tener sentido sólo en conexión con ésta. Tal defecto, en nuestra opinión, sí que resulta relevante, pero en el juicio de culpabilidad, como aglutinador material de una pluralidad de elementos que permiten individualizar la responsabilidad de la entidad.

Entendemos que a la construcción aquí apuntada no cabe censurarle las dificultades para encontrar un hecho propio de la persona jurídica diferenciado del de la persona física¹⁸³. Lo injusto característico de las personas jurídicas resulta ser de naturaleza compleja, deriva de la conjunción, de la sinergia de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad*», Cuadernos de Derecho Judicial 9, 2002, pp. 131-2.

¹⁸² *Vid.*, en la misma línea, Ricardo ROBLES PLANAS, quien sostiene que «con las reglas de definición de la tipicidad de las conductas (reglas de imputación) no es posible afirmar que la infracción de deberes organizativos constituyen comportamientos *directamente* típicos del delito que se produzca» (Ricardo ROBLES PLANAS, *¿delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos*. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>, pp. 7, 15).

¹⁸³ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad*», Cuadernos de Derecho Judicial 9, 2002, p. 131.

jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos¹⁸⁴. Se trata de una situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría¹⁸⁵.

2. *El hecho de conexión*

Para afirmar la tipicidad de los actos imputables a una persona jurídica, es preciso, en primer lugar, el «hecho de conexión», esto es, se debe requerir que una persona física, o una pluralidad de ellas, hayan actuado, o dejado de hacerla, en el contexto empresarial, societario o asociativo, o, en expresión del Código penal español, en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho¹⁸⁶. Se trata, pues, de una especie de accesoriadad de lo injusto de la persona jurídica con respecto a la acción u omisión de la persona física¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Más abajo proponemos un ejemplo extraído de los delitos contra la ordenación del territorio, Una cosa es la labor de dirección llevada a cabo por una persona física que toma la decisión de que una empresa constructora lleve a cabo una construcción en suelo especialmente protegido y otra diferente la construcción misma, la cual es imputable a la persona jurídica, Al primero se le sanciona a través de la causa de ampliación de la tipicidad del artículo 31 A, la segunda, recurriendo al artículo 31 bis.

¹⁸⁵ Pese a lo expuesto, hay quien estima que se pueden contemplar ilícitos de las personas jurídicas plenamente autónomos, en la medida en que sea la empresa como talle obligada a cumplir con un determinado deber de actuación positiva o de abstención de actuar y, sin embargo, no lo lleve a cabo (piénsese, dentro del Derecho administrativo sancionador, en las infracciones administrativas en materia de competencia). *Vid.*, al respecto, RANSIEK, Andreas, *Unternehmensstrafrecht: Strafrecht-Verfassungsrecht-Regelungsalternativen*, Heidelberg, 1996, pp. 333 y ss. En suma, la norma objetiva de valoración que subyace a la tipificación de la conducta se encontraría referida con exclusividad a tales personas jurídicas y no a individuos físicos, Entiendo que, en la medida en que siga en vigor el artículo 31 del Código Penal, entendido como causa de ampliación de la tipicidad, no cabe ese planteamiento en el Derecho penal vigente.

¹⁸⁶ *Vid.* HIRSCH, Hans-Joachim, *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, ADPCP 1993, p. 1106. Se ha llegado a decir que ese hecho de conexión constituye «de algún modo» una condición objetiva de punibilidad: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *Derecho penal Económico*, 2ª ed., 2010, cap. V, 70. *Vid.* asimismo DANNECKER, Gerhard, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*. GA, 2001, p. 119; *vid.*, en general, las referencias que proporciona Günter HEINE. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: international Entwicklung - nationale Konsequenzen*, En ÖJZ, 1996, p. 231, relativas al hecho de conexión como tal condición objetiva de punibilidad (aunque este autor habla de desvalor *de* conexión externo = *externen Anknüpfungsunwerte*).

¹⁸⁷ La idea aparece repetidamente en la literatura alemana. Así, por ejemplo, BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 58, pp. 60 y ss. *Vid.* Jesús-María

En la doctrina se detecta una cierta corriente crítica con la necesidad de requerir en todo caso tal hecho¹⁸⁸. Al respecto, se argumenta que con su exigencia no se solucionan los casos más problemáticos, determinantes en el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes morales, concretamente aquéllos en los que no puede identificarse al autor físico concreto del hecho, hipótesis en las que no se podría sancionar, por ejemplo, a la empresa¹⁸⁹.

Resulta ineludible la exigencia de un hecho de conexión en la medida en que lógicamente sin éste no hay hecho tampoco de la persona jurídica misma¹⁹⁰. Ello no equivale automáticamente a exigir la identificación del concreto autor físico¹⁹¹. Así

SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial 9, 2002, p. 132, donde requiere de un acto de una persona física que produzca un resultado penalmente relevante y que, a su vez, se hubiera visto favorecido por un defecto de organización de la empresa. de forma que la responsabilidad de la persona jurídica estaría sujeta a cierta accesoriedad en el sentido convencional de la teoría de la participación (de donde se deduce que, para él, el defecto de organización debe considerarse a nivel de la tipicidad, no de la culpabilidad). ZUGALDÍA ESPINAR, en relación con el Proyecto de reforma del Código Penal, y en el marco de la imputación objetiva, sostenía que hay una accesoriedad mínima del delito de la persona jurídica con respecto a la persona física. toda vez que la existencia de delito en la primera es independiente de que la persona física, por ejemplo, actúe sin dolo o sin imprudencia (*La responsabilidad penal de las empresas*, op. cit, p. 145, donde ejemplifica con el supuesto en el que el sujeto actuante fue defectuosamente informado por parte del que tenía el poder de dirección).

¹⁸⁸ Rechaza, por ejemplo, la necesidad de tal hecho de conexión. en la medida en que en su construcción la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser directa. basada en su propio injusto y culpabilidad, Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pp. 236 y, sobre todo, 245; amplias referencias en cuanto a esta tendencia pueden verse en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pp. 147 y ss.

¹⁸⁹ Vid., especialmente, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM, Marcial Pons 3/2005), pp. 1 a 8, en relación con la teoría de la culpabilidad de TIEDEMANN, aunque reconoce que se trata de una crítica que trasciende a la construcción de este último autor.

¹⁹⁰ Debemos aclarar que la expresión «hecho de conexión» entendemos que abarca tanto a las acciones positivas como a las omisiones de una persona física en concreto.

¹⁹¹ En igual sentido vid., por ejemplo, Adán NIETO MARTÍN, *La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, p. 165; María Jesús GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal*, Valencia, 2004, pp. 68-9, donde subraya que es el mecanismo que permite afirmar el establecimiento de un tipo de responsabilidad directa de la persona jurídica.

parece haberlo entendido el Derecho positivo español en el arto 31 bis.2¹⁹². Por otra parte, parece claro que también en el Derecho penal de las personas físicas se atribuyen hechos de unos sujetos a otros que no los han cometido directo-corporalmente, como ocurre con la coautoría y la autoría mediata¹⁹³.

Más sólido parece el argumento que pone de manifiesto que en determinadas ocasiones no se puede imputar la lesión del bien jurídico sino a una multiplicidad de decisiones defectuosas en el seno de la empresa, las cuales por sí mismas ni merecen el reproche del Derecho penal, ni incluso son evitables en el seno de grandes empresas¹⁹⁴. Sin embargo, el planteamiento requeriría de una mayor concreción, más allá de la abstracción que representa. En el caso de los delitos susceptibles de ser cometidos a día de hoy por las personas jurídicas en el sistema español, tal situación es difícilmente concebible. Por una parte, determinadas figuras delictivas sólo son comisibles dolosamente, con lo que no cabe hablar de la acumulación de múltiples decisiones defectuosas en cadena (v.gr., los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, o los delitos contra la hacienda pública).

¹⁹² Vid. el artículo 31 bis.2: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella».

¹⁹³ Vid. Klaus TIEDEMANN, “Die ‘Bebüssung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, Neue Juristische Wochenschrift 19 (1988), p. 1171; vid., asimismo, la sintética exposición y referencias que efectúa TRÜG, Gerson: «Zu den Folgen des Einführung eines Unternehmensstrafrechts», Wistra 7, 2010, p. 243); crítico se muestra Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, En ÓJZ, 1996, p. 243, fundamentalmente en lo relativo a la coautoría, pero no tanto en lo que a la autoría mediata se refiere.

¹⁹⁴ Vid. Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, En ÓJZ, 1996, p. 207; BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, pp. 55-6, quien hace referencia a hipótesis de déficits de conciencia y prevención del riesgo que se van acumulando a lo largo de los años y que no se deben a una concreta decisión; GOBERT, James y PUNCH, Maurice, *Rethinking corporate crime*, Editor: Butterworths, Nueva edición (1 Mar. 2003), pp. 82 y ss., especialmente p. 84.

Los delitos relativos a la prostitución, tráfico de órganos humanos¹⁹⁵. Por otra parte, algunas otras figuras en las que sí cabe la comisión imprudente se encuentran diseñadas de forma tan amplia que resulta difícil que no se pueda estimar presente su verificación por parte de alguna persona física en concreto (piénsese en el delito del artículo 325 CP que se conforma con la causación, por ejemplo, de un vertido o una emisión contaminante)¹⁹⁶.

Por último, debe subrayarse que la exigencia de un hecho, acción positiva u omisión, de conexión no implica que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea siempre vicarial, o por hechos de otro, lo cual sería incompatible con el principio de personalidad de las penas. Debe entenderse, pues, que siendo un requisito imprescindible por su especial naturaleza la actuación de una persona física, lo injusto es propio de la persona jurídica¹⁹⁷.

En la doctrina alemana se plantea la cuestión de si debe existir conexión de causalidad entre el hecho de conexión y el resultado lesivo¹⁹⁸. Desde nuestra perspectiva, imputándose a la persona jurídica un hecho activo positivo, la respuesta

¹⁹⁵ Sobre los criterios de atribución del dolo o la imprudencia a la persona jurídica volveremos *infra*.

¹⁹⁶ A lo que hay que sumar el que concebimos el hecho de conexión como realización del tipo objetivo por parte de un individuo físico, prescindiendo de si en el caso concreto concurrió o no imprudencia, cuya ausencia debe ser acreditada por quien lo alega; sobre ello volvemos a continuación.

¹⁹⁷ Amplias referencias en cuanto a ambos modelos, el de responsabilidad vicarial y el de responsabilidad independiente, José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pp. 140 y ss.; Adán NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, pp. 102 y ss., Ricardo ROBLES PLANAS, *¿delitos de personas jurídicas?* A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>, pp. 5 y ss.; crítico con el modelo vicarial, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», Cuadernos de Derecho Judicial 9, 2002, pp. 126 y ss.; en la misma línea crítica Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ, «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial», *RECPC* 08-05, pp. 1 y ss., en los Estados Unidos.

¹⁹⁸ *Vid.*, por todos, Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, En *OJZ*, 1996, pp. 226, 292, entre otras.

debe ser afirmativa. Ciertamente, tal afirmación debe ser matizada en la medida en que la acción individual habitualmente se sumará a un complejo cúmulo de factores.

Con razón se ha indicado que en estos casos el trastorno social es consecuencia de un hecho social delictivo, ya no aparece como el resultado dominable por la voluntad de un autor, sino como el resultado de complejos procesos de acumulación y efectos sinérgicos¹⁹⁹. Por el contrario, en el caso de las omisiones, el análisis debería decir previamente si aquella conexión de causalidad es exigible en este último grupo de delitos. Más bien entendemos que lo que hay que acreditar en este último caso es la conexión entre el resultado lesivo y el foco de riesgo sobre el que era garante el omitente; nada diverso, pues, que en el caso de los delitos de omisión cometidos por personas físicas²⁰⁰.

3. *Exigencia de la comisión de un delito para imputar responsabilidad a la persona jurídica*

El legislador español parece claro que ha optado por un modelo que no prescinde del hecho de conexión para poder atribuir responsabilidad a un ente supraindividual. Tal conclusión se desprende de numerosas normas. Así, el artículo 31 bis.1 dispone que «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables *de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas*, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho». Del mismo modo, del apartado 3º del

¹⁹⁹ Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, en OJZ, 1996, p. 292; mientras que en las páginas siguientes desarrolla sus criterios de conexión del riesgo empresarial y el resultado en cuyos detalles no podemos detenemos. *Vid.*, ampliamente, BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, pp. 81 y ss.

²⁰⁰ A tal cuestión nos referiremos sucintamente *infra*. Lo que no parece aceptable es la exigencia de verificación de que la acción omitida hubiese impedido el resultado con una probabilidad rayana en la certidumbre. Semejante criterio resulta cuestionable en la medida en que introduce un juicio hipotético que debería abandonarse en el marco de un Derecho penal que juzgue por lo que efectivamente acaeció y no por lo que hubiera podido suceder. Debería bastar, pues, con acreditar que el resultado sobrevino conectado causalmente con el foco de riesgo sobre el que era garante la empresa en el caso de que se trate de un delito omisivo.

citado artículo 31 bis se deduce también esa necesidad de un hecho: «La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado... ». Por último, igualmente de la redacción del artículo 52.4 CP se desprende, sin duda, esa necesidad de la comisión de un delito por parte de una persona jurídica²⁰¹.

Los preceptos citados, pues, alternativamente requieren un hecho o un delito, es decir, se está exigiendo la presencia de una acción u omisión, conforme al artículo 10 CP. Estos tienen que haber sido llevados a cabo por una persona física, toda vez que, en última instancia, el representante legal, el administrador de hecho o de derecho sólo puede serlo un sujeto de esas características²⁰² y, además, tal condición de individuo físico se requiere expresamente en el apartado segundo del mismo artículo 31 bis.1: «En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior».

De la redacción legal de los preceptos citados, y particularmente de los artículos 31 bis.1 y 52.4 del Código penal, puede ser aparentemente problemático determinar si se debe entender la expresión legal «delito» en sentido estricto como acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, esta última intelección no parece aceptable, ya que no se exige la individualización del responsable, sin lo cual es imposible constatar, por ejemplo, la existencia de culpabilidad por la existencia de alguna causa de inimputabilidad, error de prohibición, causa de disculpa, etc. Por otra parte, el artículo 31 bis.3 parece aceptar expresamente la

²⁰¹ La norma citada regula la pena de multa proporcional a las personas jurídicas, estableciendo una sanción pecuniaria conforme al sistema de días multa en caso de imposibilidad de calcular el beneficio obtenido, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad indebidamente obtenida o defraudada. Tal multa sustitutoria se establece en función de «si el delito cometido por la persona física» tiene prevista una determinada pena de prisión.

²⁰² Aunque cabe la administración de una sociedad por otra, al final también en ese caso debe nombrarse a un administrador físico. Sobre ese caso volveremos *infra*.

posibilidad de que la persona física actuante no sea culpable: «La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad (...) no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas».

En cualquier caso, no deja de ser criticable la redacción legal. Una cosa es que se exija un hecho de conexión y otra muy diferente que tal hecho deba consistir necesariamente en la comisión de un «delito» por parte de una persona física. En efecto, por una parte, como hemos visto, se desprende de los artículos 31 bis y 52.4 del Código penal que para exigir responsabilidad penal a una persona jurídica ha de constatarse la comisión de un delito por parte de una persona natural. Sin embargo, por otra, no se requiere la concreta identificación de esta última. Ello supone una contradicción insalvable ya que sin la individualización de la persona física será imposible saber si en el caso concreto la persona física actuó dolosa, imprudente o fortuitamente. Al respecto, no puede olvidarse que alguno de los delitos a los que se ha conectado la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo son susceptibles de ser cometidos dolosa y no culposamente. De igual forma, sin identificación será imposible saber si la acción, u omisión, cursó al amparo de alguna causa de justificación (lo cual, ciertamente, es un problema menor, puesto que se puede presumir ese carácter antijurídico del hecho típico, en atención al carácter excepcional de la justificación).

Quizá la única manera de salvar tal contradicción sea entender que cuando el Código penal utiliza la expresión «delito» en los citados artículos 31 bis.1, 31 bis.2 y 52-4 se está refiriendo a la comisión de un hecho objetivamente típico²⁰³. No

²⁰³ Entiendo que ése es el criterio de José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 273), quien en relación con el Proyecto de reforma del Código penal, y en el marco de la imputación objetiva, sostenía que hay una accesoriadad mínima del delito de la persona jurídica con respecto a la persona física, toda vez que la existencia de delito en la primera es independiente de que la persona

obstante, ni siquiera esta intelección sería suficiente para sortear el problema en el caso de los delitos especiales, como, por ejemplo, el delito fiscal, donde el administrador de hecho o de derecho que impulsa una declaración tributaria fraudulenta no lleva a cabo tal hecho típico, salvo que se interprete el artículo 31 como una causa de ampliación de la tipicidad objetiva²⁰⁴.

Aceptando que es preciso un hecho de conexión llevado a cabo por una persona física en los términos expuestos, debe examinarse quién puede llevar a cabo ese hecho de conexión. En nuestro estudio partiremos de los diversos modelos que se han desarrollado en la literatura científica (y en algunas legislaciones), para posteriormente transitar al Derecho positivo español.

4. *Imputación de actuaciones positivas u omisivas de las personas físicas a las personas jurídicas*

Aun cuando la cuestión es compleja, y se han confeccionado muy diversas construcciones, se pueden esquematizar de forma sintética (y, por consiguiente, necesariamente reduccionista), al menos, tres modelos teóricos y prácticos orientados a resolverla²⁰⁵.

Una primera opción consiste en estimar que la responsabilidad de la empresa se desencadena sólo por actos u omisiones cometidos por los órganos o

física, por ejemplo, actúe sin dolo o sin imprudencia (*La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 145, donde ejemplifica con el supuesto en el que el sujeto actuante fue defectuosamente informado por parte del que tenía el poder de dirección).

²⁰⁴ Algunos ejemplos próximos al sistema español en el Derecho extranjero en los que se exige, por ejemplo, «un hecho punible» muestra Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, en OJZ, 1996, pp. 226 y ss.

²⁰⁵ Al respecto puede verse, con carácter general y en español, Klaus TIEDEMANN, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», Anuario de Derecho Penal 1996 (<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_ozpdt>), pp 123 y ss.; Adán NIETO MARTÍN, «Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro», AP 34,1995, p. 611; del mismo autor, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, pp. 85 y ss.; GUARDIOLA LAGO, María Jesus: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal*, Valencia, 2004, pp. 49 y ss.

representantes legales, esto es, formalmente cualificados para actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica; es lo que se conoce como *alter ego* o *identification theory*²⁰⁶. En definitiva, se requiere poseer desde el punto de vista jurídico una función dirigente en el seno del ente colectivo, en la medida en que se estima que tales órganos son el *alter ego* de la sociedad. De esta forma no es suficiente con un cúmulo de actos defectuosos, sin una decisión por parte de quien es formalmente competente, para desencadenar la responsabilidad social.

Tal modelo presenta alguna ventaja; especialmente que restringe el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, también da lugar a múltiples problemas. Por una parte, semejante diseño favorece la impunidad, ya que basta para eludir la responsabilidad con nombrar formalmente como representante a quien de hecho no ejerce funciones directivas. Por otra, deja sin resolver los problemas que se plantean en los casos de sociedades de hecho o en formación. En tercer lugar, no responde correctamente a la compleja estructura que presentan las grandes sociedades contemporáneas en las que resulta difícil la delimitación de la responsabilidad, ya que, por una parte, ésta se encuentra difuminada y, por otra, las decisiones se toman muchas veces en niveles intermedios. En cuarto lugar, parece requerirse la propia responsabilidad del sujeto individual, lo que no es conciliable con alguno de los fines perseguidos con la sanción de las personas jurídicas. Finalmente, adolece del defecto de restringir excesiva e innecesariamente la

²⁰⁶ Entiendo que éste es el criterio defendido por BACIGALUPO SAGGESE, Silvina y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 390, p. 394, etc., al requerir que sean las personas físicas que representen a la persona jurídica, conforme a sus estatutos, las que actúen. A favor del sistema, BRENDER, Markus, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989, p. 105; VOLK, Klaus, *Zur Bestrafung von Unternehmen*, JZ, 1993,9, p. 433, donde proporciona alguna ulterior referencia bibliográfica; vid., asimismo, la información que proporciona Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, en OJZ, 1996, p. 221; HAEUSERMANN, Axel, *Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubject*, Freiburg i.Br., 2003, pp. 82 y ss. Se trata del sistema que se sigue en la OWiG § 30. Vid., al respecto, ACHENBACH, Hans, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (Achenbach, Ransiek, Hrsg.), 2. Auf., 2008, pp. 8 y ss.; BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 46, crítico con el sistema en pp. 52-3.

responsabilidad, como se desprende del ejemplo de los trabajadores que llevan a cabo un vertido sin aprobación de los directivos de la empresa que negocian la venta de los desechos a otra sociedad.

No obstante, también existen versiones de la citada tesis que tienden a superar alguno de los problemas apuntados. Conforme a estas últimas cabe hacer responsable a la sociedad, siempre que se pueda afirmar que su dirección haya causado o facilitado de cualquier forma la verificación del hecho punible, lo que representa una flexibilización de la rigidez inicial. Permanece, no obstante, el problema cuando los trabajadores de la sociedad actúan por su cuenta, prescindiendo de la dirección social, incluso perjudicando los intereses de la empresa, como expondremos a continuación.

Un segundo modelo extiende la responsabilidad de la persona jurídica por todos los actos llevados a cabo por cualquier persona física, que actúe en nombre de la empresa o en favor de ella, incluyendo los actos de todos los empleados o dependientes de la persona jurídica; es lo que habitualmente se denomina el estándar *respondeat superior* de procedencia civilista. En los sistemas en los que se adopta este último sistema, habitualmente se requiere la presencia de tres requisitos. La comisión de un hecho punible por parte de un empleado de la empresa. 2. Que el hecho se ejecute en el ejercicio de su actividad y en su seno (se suele utilizar la expresión *within the scope of his employment*) y no como mera persona privada. 3. Que el hecho se lleve a cabo con la intención de favorecer a la empresa (donde se suele aceptar que el sujeto obre también con la intencionalidad de beneficiarse él mismo).

Entre las ventajas que presenta el sistema se encuentra el que no es preciso aislar la concreta responsabilidad del sujeto físico que llevó a cabo materialmente el comportamiento punible, cuando precisamente uno de los argumentos empleados a favor de la responsabilidad de las personas jurídicas radica en la dificultades de

prueba asociadas a los hechos llevados a cabo en complejas estructuras sociales. Al margen de ello, en la literatura norteamericana se señalan, al menos, tres razones que apoyan este modelo. En primer lugar, el empleado que actúa para la empresa y dentro de sus competencias es visto como su personificación o encarnación. En segundo lugar, porque una actuación defectuosa de los trabajadores es un indicio de la culpabilidad del propio gerente o administrador de la persona jurídica. Finalmente, el estándar *respondeat superior* es una manera de impulsar a los que tienen responsabilidades directivas a tomar medidas que impidan la comisión de delitos por parte de todos los sujetos físicos que se integran en la persona jurídica y no sólo la de los que ocupan tales puestos de dirección.

Una tercera opción político-criminal vendría dada por los sistemas mixtos, a medio camino entre los dos anteriores y conforme a los cuales sólo tienen capacidad para comprometer penalmente a la empresa quienes se encuentran en su estructura en una posición dirigente, la cual puede oscilar según los diversos modelos. Las ventajas de tal modelo tendrían que ver con una limitación de la responsabilidad social frente a la amplitud con la que viene configurado el estándar *respondeat superior*. Desde nuestra perspectiva, no obstante, presenta como inconveniente el que ignora que la acción, u omisión, llevada a cabo por un empleado sin capacidad de supervisión alguna sólo adquiere sentido como hecho de la empresa y sus consecuencias son vistas socialmente como tal. Tal dato no es baladí si se considera que uno de los fines de la punición de las personas jurídicas radica, precisamente, en la prevención general positiva. Por otra parte, el criterio que adopta, entre otros, el *Model Penal Code* es difícil de conciliar con la idea de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se establece, también para estimular modos de gestión empresarial que eviten la comisión de delitos (lo que incluye la política de personal, su selección, supervisión y control).

En definitiva, entendemos que desde una perspectiva teórica debe sostenerse la tipicidad de la conducta de la persona jurídica siempre que cualquiera de las

personas enmarcadas de alguna manera en la estructura societaria lleven a cabo comportamientos, activos u omisivos, que sólo puedan adquirir sentido en el contexto social, dato este último de carácter valorativo. Un vertido, una construcción o edificación ilegal, la defraudación tributaria de la sociedad, actos contrarios a la competencia, etc., sólo pueden comprenderse si se asocian a la persona jurídica; carecen de explicación como actos propios de la persona física.

Aceptada *de lege lata* la necesidad de un hecho de conexión, con las particularidades que se desprenden del artículo 31 bis CP expuestas *supra* en este epígrafe, y los diversos modelos teóricos posibles, procede analizar quién puede llevar a cabo tal hecho en el sistema positivo español con capacidad para determinar la responsabilidad de la persona jurídica en cuyo seno se actúa. Probablemente, el Código penal asume matizadamente el criterio teórico aquí expuesto cuando en el artículo 31 bis acepta la responsabilidad social por hechos de *los* administradores y representantes legales, así como de *los* individuos sometidos a su autoridad, y requiere que la acción se lleve a cabo «en provecho» de la persona jurídica. Como veremos, cumulativamente, la Ley ha añadido la necesidad de que el hecho se lleve a cabo «en provecho» de aquélla.

II.- Los administradores de hecho o de derecho y los representantes legales de la persona jurídica

De la regulación expuesta se deduce la existencia legal de tres grupos de sujetos con capacidad para determinar la responsabilidad penal de la empresa, todos los cuales deben entenderse como personas físicas: los representantes legales, los administradores de hecho o de derecho y cualquier otra persona subordinada a éstos. A cada uno de esos grupos haremos una sucinta referencia a continuación, comenzando por las tres primeras categorías. Dentro de éstas, la estricta acotación de uno y otro desde la perspectiva del Derecho penal carece de excesiva relevancia, en la medida en que la Ley equipara la capacidad de todos ellos para comprometer

penalmente a la persona jurídica en cuyo seno desempeñan su actividad. Lo que sí tiene importancia es encontrar el límite inferior entre ellos y sus subordinados, en la medida en que, en este último caso, se requiere un elemento adicional cual la ausencia del «debido control» sobre ellos.

Invirtiendo el orden legal, comenzaremos el análisis por la diferenciación legal entre administradores de derecho y de hecho. Tal distinción, de la que la doctrina mercantilista también se ha ocupado ampliamente ²⁰⁷, ya aparecía en el artículo 31 con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010, así como en el contexto de los delitos societarios o en algunas normas administrativo-sancionadoras²⁰⁸. Sin lugar a dudas, la categoría del administrador de hecho es la que presenta una mayor relevancia y complejidad²⁰⁹. Al mismo tiempo se puede decir que cubre un mayor número de situaciones, sobre todo si se entiende que abarca a la de administrador de derecho. Evidentemente cabe sostener que se trata de dos categorías excluyentes, de forma que administrador de hecho sería aquél que no lo es de derecho, como se viene haciendo en el marco de la doctrina mercantilista. Sea como fuere, ya hemos indicado que, en la medida en que uno y

²⁰⁷ La literatura científica que en el marco del Derecho mercantil se ha ocupado del tema es abundante. *Vid.* FUENTES NAHARRO, Mónica, *Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades, gobierno corporativo y crisis empresariales*, 2006, pp. 289 y ss.; LOZANO SAIGÍ, Miriam, «Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho», *Revista Jurídica de Catalunya*, 4-2005, pp. 1057 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, 2002; PERDICES HUETOS, Antonio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en el Derecho mercantil, Derecho penal de la empresa* (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.), pp. 131 y ss.

²⁰⁸ Concretamente, el artículo 95 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, conforme al cual «Las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo». *Vid.* ENTRENA RUIZ, Daniel, *El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: un estudio de su régimen administrativo sancionador*, Civitas, 2006, pp. 196 y ss.

²⁰⁹ Con razón indicaba Bernardo DEL ROSAL BLASCO en el contexto de los delitos societarios que el concepto es determinante del mínimo de relevancia penal (*Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 61).

otro pueden determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica en iguales términos, resulta desde el punto de vista jurídico penal indiferente si se trata de dos categorías que se comportan lógicamente como círculos concéntricos o como círculos autónomos²¹⁰.

Cuestión diversa es si quien ostenta formalmente la condición de administrador de derecho, pero materialmente no la ejerce, debe estimarse que carece de responsabilidad penal. La cuestión requiere un específico análisis²¹¹. En cualquier caso, administrador de derecho será aquel que determine la legislación, sobre todo, aunque no sólo, la de naturaleza mercantil²¹². Se encargaría fundamentalmente de ejecutar las decisiones de la Junta General (o del Consejo de Administración que en la práctica ha dejado de ser el órgano de administración para ser un órgano que marca líneas de actuación o fiscalización de las actuaciones de los administradores reales), así como de adoptar las decisiones cotidianas necesarias

²¹⁰ Vid. Percy GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, pp. 102 y ss., 168 y ss.; «Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general», InDret 3-2006, especialmente pp. 4 y ss., que establece diferenciaciones sobre la base de la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. En su construcción, en los primeros, cabría imputar la responsabilidad siempre que se dé tal situación de dominio. En los segundos, la regla general sería que sólo el administrador de derecho puede ser penalmente responsable. Acoge el criterio GALLEGO SOLER, José Ignacio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal*, Derecho penal de la empresa (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.), pp. 163 y ss.

²¹¹ Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 1998, pp. 50 y ss. Me parece, asimismo, particularmente interesante el análisis que efectúa Percy GARCÍA CAVERO, quien diferencia tres grupos de casos. Por una parte, las llamadas personas-pantalla. Por otra, los casos en los que, además, se ejecutan actos de administración, siguiendo las órdenes de persona de atrás. Finalmente, los asuntos en los que el administrador de derecho se encuentre sometido por alguna razón penalmente relevante (coacción o error) a la voluntad del hombre de atrás.

²¹² Vid., así, FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y iurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 72 y ss.; GALLEGO SOLER, José Ignacio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal*, Derecho penal de la empresa (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.), p. 153; Bernardo DEL ROSAL BLASCO traslada la definición procedente de la elaboración mercantilista, conforme a la cual sería aquel que, habiendo sido designado en la forma prevista estatutariamente por el órgano competente de la sociedad, ha aceptado dicho nombramiento, sin necesidad, pues, de inscripción de tal nombramiento para su validez jurídica (*Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 59), aunque aquélla se requiera para que tenga efectos frente a terceros; Abraham CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, p. 228.

para el correcto funcionamiento social. Abarcaría al propio Consejo de Administración, a la comisión ejecutiva, a los administradores únicos, solidarios, mancomunados, consejero delegado, etc., siempre que sean formalmente miembros del órgano de administración por delegación interna²¹³. El concepto de administrador de hecho, siendo de carácter normativo, sin embargo, no viene definido en nuestra legislación positiva de naturaleza mercantil. En todo caso, desde el punto de vista del Derecho penal, entiendo que debe abordarse desde una perspectiva sustancial, no sometida, pues, al criterio del Derecho mercantil o civil²¹⁴. Las razones para ello son, al menos, dos.

Formalmente el Derecho privado no requiere de una Ley Orgánica (con lo que no puede vincular sus conceptos al intérprete penal, si no concurren los requisitos de una Ley penal en blanco). Materialmente no son coincidentes los fines perseguidos por aquellos sectores del ordenamiento jurídico y el Derecho penal.

Parece aceptar que el concepto penal es más amplio que el mercantil²¹⁵. Abordando, pues, el concepto de administrador de hecho, desde un punto de vista sustancial, puede partirse de la idea de que administrar es gobernar o dirigir. Por consiguiente, administrador de hecho será que el que gobierna o dirige, sin necesidad de que tales competencias sean globales, siendo suficiente con que lo sean simplemente sectoriales. De esta forma, sería cualquier persona que, vinculada a la sociedad de alguna manera, tuviese capacidad real de tomar decisiones socialmente

²¹³ Vid. el acertado análisis que efectúa Patricia FARALDO CABANA sobre diversas situaciones posibles que incluyen al secretario de la junta general y consejo de administración letrado asesor, promotores y fundadores, liquidadores, administradores judiciales, etc. (*Los delitos societarios ...*, op. cit., pp. 90 y ss.); Abraham CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 214 y ss.

²¹⁴ Vid., en el mismo sentido, FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y iurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 72-3; GALLEGO SOLER, José Ignacio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal*, Derecho penal de la empresa (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.), pp. 159 y ss.

²¹⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delitos societarios, administración desleal y demás figuras delictivas*, Empresa y Derecho penal (BERNARDO DEL ROSAL, dir.), Madrid, 1999, pp. 344.

relevantes, globales o parciales, sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa²¹⁶. En definitiva, quien ejerza el dominio social efectivo,²¹⁷ aunque sea en áreas concretas²¹⁸. Entiendo que sería indiferente si aparece frente a terceros como administrador o si, por el contrario, se limitan a ejercer efectivamente tal función en la sombra²¹⁹. Asimismo, no parece que sea relevante si esa función directiva se ejerce temporal o permanentemente (mientras, claro está, se ejerza al tiempo de los hechos penalmente relevantes). No sería suficiente, en fin, con ser una mera correa de transmisión de decisiones tomadas efectivamente por otro²²⁰.

Se plantean dentro de la categoría del administrador de hecho múltiples subhipótesis que no podemos abordar en su totalidad. En consecuencia, nos referiremos exclusivamente a tres de ellas. En primer lugar, a los casos en los que una sociedad sea administradora de otra. En segundo lugar, a los supuestos de grupos de empresas sometidos a una dirección económica única. Por fin, a la

²¹⁶ Muy atinada me parece la idea de Patricia FARALDO CABANA, sobre la base de las construcciones dogmáticas alemanas, que se refiere a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa de los bienes jurídicos (*Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y iurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 147). Ni siquiera sería preciso exigir el efectivo ejercicio de tal capacidad de decisión. en la medida en que evidentemente cabe exigir responsabilidad al administrador de hecho por una omisión.

²¹⁷ En sentido próximo se viene manifestado la literatura penal, bien al hilo de los delitos societarios, bien en relación con el artículo 31 del Código penal. Cfr. Adán NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, p. 92, quien habla de un poder de gestión autónomo; Luis GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, tomo II. Zaragoza, 1986, p. 98; *Vid.*, en especial, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 73 y ss.

²¹⁸ La cuestión puede tener importancia en el contexto de los mandos o directivos intermedios. como veremos posteriormente. que no sean propiamente administradores en el sentido formal del término. de acuerdo con la legislación mercantil.

²¹⁹ Cfr. en relación al administrador oculto, FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y iurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 79 y ss. y la literatura por ella citada. si bien en el ámbito de los delitos societarios y no excluyendo su punición a título de partícipe la extrapolación de ese criterio al art. 31 bis podría poner en riesgo la misma operatividad del precepto en estos casos generando lagunas de punición, cuando la persona que actúa, por ejemplo, dando una orden, es ese administrador oculto que transmite información falsa a los operarios; en el sentido del texto, GALLEGO SOLER, José Ignacio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal*, Derecho penal de la empresa (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.), p. 167.

²²⁰ *Vid.*, sobre el administrador sumiso, Percy GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 9.

cuestión de si los mandos intermedios que poseen un papel relevante en las grandes sociedades se encuentran comprendidos dentro de la categoría.

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, en relación con la regulación del artículo 31 del Código Penal anterior a la reforma de 2010, ya se hizo referencia a la posibilidad de que una sociedad fuera administradora de otra ²²¹. Aceptar que en lo que al actual 31 bis esa posibilidad existiese, llevaría a complejos supuestos de potencial responsabilidad penal. En cualquier caso, en la medida en que la sociedad administradora debe a su vez nombrar a un sujeto físico que desempeñe materialmente las funciones de administrador (si, además, lo hiciera formalmente habría un administrador de derecho), entendemos que nada obsta a subsumir este último dentro del artículo 31 bis CP, mucho menos cuando la persona designada puede ser ajena a la sociedad administrante.

Por otro lado, el concepto de administrador de hecho captará los supuestos en los que estemos ante grupos de empresas sometidos a una dirección económica única, aunque formalmente no sean representantes de alguna de las sociedades integradas en el grupo²²². Nuevamente, en la medida en que una persona física en concreto ostente la capacidad de decisión y de hecho la ejerza por medio de órdenes que determinen causalmente el resultado jurídico penalmente lesivo, nada impedirá estimar que se cumple con la condición de administrador de hecho del artículo 31 bis²²³.

Finalmente se encuentra la cuestión de si la categoría del administrador de hecho abarca o no a los mandos o directivos intermedios (que, evidentemente, no

²²¹ Vid. Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Dickinson, 2003, p. 21, con cita del art. 8.f) de la LSA y del art. 143 del Reglamento de Registro Mercantil; ampliamente, CASTRO MORENO, Abraham, *El delito societario de administración desleal*, 1998, p. 229, para quien se trata de administradores de derecho.

²²² Así ya Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Dickinson, 2003, p. 22.

²²³ Entiendo que en igual sentido se pronuncia GALLEGO SOLER, José Ignacio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal*, Derecho penal de la empresa (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.), p. 171.

sean miembros del órgano de administración, ligados laboralmente con la persona jurídica y sin capacidad de dirección global, sino sectorial, siempre subordinada). Tal grupo, independientemente de la denominación formal que adopte (subdirector general, director de área, etc.) posee una considerable importancia en las grandes empresas, frecuentemente con una amplia autonomía a la hora de tomar decisiones, muchas veces por delegación. La cuestión no es intrascendente desde el punto de vista jurídico-penal. Si los mandos o directivos intermedios no son administradores de hecho o de derecho a efectos legales entrarían en la categoría de personas subordinadas a éstos. En este último caso, la exigencia de responsabilidad a la persona jurídica por las actuaciones u omisiones de éstos requiere un plus frente a la de los anteriores: acreditar la falta de control sobre ellos. La cuestión, pues, resulta importante para resolver, por ejemplo, los casos en los que la acción sea llevada a cabo por un operario debido a una falta de control de un mando intermedio y no de altos directivos, representantes legales o administradores de derecho de la sociedad.

Como no parece que habitualmente estos últimos asuman funciones de control, al aceptar que dentro de la categoría legal de «administradores de hecho» se encuentran los mandos intermedios, no será preciso acreditar la falta de control de directivos de más alto rango o un defecto en cadena desde las altas esferas de la sociedad. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que un mando o directivo intermedio es, a efectos del artículo 31 bis del Código Penal, un administrador de hecho. Las razones para ello son múltiples.

Como punto de partida debe aceptarse que el Derecho penal no se encuentra vinculado por los criterios característicos del Derecho mercantil²²⁴, conforme a los cuales el punto de vista aquí defendido resultaría inaceptable. Desde nuestra

²²⁴ Reiteramos que las razones para ello son, al menos dos. Formalmente el Derecho privado no requiere de una Ley Orgánica (con lo que no puede vincular sus conceptos al intérprete penal, si no concurren los requisitos de una Ley penal en blanco). Materialmente no son coincidentes los fines perseguidos por aquellos sectores del ordenamiento jurídico y el Derecho penal.

perspectiva, asumiendo un criterio material, administrador de hecho literalmente es el que efectivamente gobierna o dirige, en definitiva, quien toma decisiones que marcan el rumbo de la empresa. No hay necesidad alguna de entender que administra el que posee capacidad de gobierno o dirección global, sino que es suficiente con que sea simplemente sectorial; aunque no se sea propiamente administrador en el sentido formal del término, de acuerdo con la legislación mercantil.

Por otra parte, como ya hemos destacado, tales sujetos, mandos o directivos intermedios, al menos en parcelas concretas de la empresa, poseen capacidad de tomar decisiones socialmente relevantes²²⁵. Aceptada por la Ley la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece que lo coherente es adoptar un modelo que permita la efectiva sanción de éstas, haciendo realidad los fines perseguidos con tales penas²²⁶. Si, como ha sido destacado, una de las características de las sociedades actuales es la división del trabajo, la descentralización y la atomización de las responsabilidades, no parece suficiente con que la empresa adopte una estructura organizativa compleja para restringir el alcance de su responsabilidad penal, frente a lo que acaece en estructuras sociales más simples, donde las decisiones son tomadas por los que formalmente se consideran administradores. Tal punto de vista, probablemente, sea más coherente con la idea de que el Código Penal español se ha adaptado con matices a las características de un sistema que responde a los esquemas del estándar *respondeat superior* ya descrito.

La conclusión es, en fin, clara si se adopta, sobre la base de las construcciones dogmáticas alemanas y en relación con los delitos societarios, el test según el cual se

²²⁵ Incluso se podría argumentar que mantienen una relación orgánica con la sociedad que les encomienda tareas de esa naturaleza; tales requisitos parecían tácitamente ser admitidos por DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 65, en el contexto de los delitos societarios.

²²⁶ Si se limita el alcance del concepto de administrador de hecho se aproxima el sistema español al modelo propugnado por la teoría de la representación, cuyos problemas hemos destacado *supra* y que conduce a muy pocas condenas por delitos graves.

requiere constatar la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa de los bienes jurídicos²²⁷. No puede dudarse de que esa potencialidad ofensiva la poseen los directivos intermedios que no son formalmente administradores sociales.

En nuestra opinión, debe considerarse que los mandos o directivos intermedios son, a efectos jurídico-penales, administradores de hecho. Tal idea permite ensanchar este último concepto no sólo hacia arriba, incluyendo a quienes materialmente ejercen altas funciones de dirección, sino también hacia los niveles inferiores de la persona jurídica, englobando a quienes efectivamente toman decisiones que potencialmente resultan peligrosas o lesivas de bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal.

El Código penal no sólo se ha satisfecho con la inclusión de las dos categorías anteriores, sino que, además, ha incluido una referencia al representante legal. Desde nuestra perspectiva, en principio, debe entenderse que se incluye todo sujeto que formalmente tenga poder para vincular jurídicamente a la entidad con sus decisiones, independientemente del título civil en virtud del cual posea tal capacidad. El legislador ha pretendido ser exhaustivo, no dejando lagunas de punibilidad que pudieran derivarse de un automático trasvase de categorías mercantilistas. Lo cierto es que, una vez admitido un concepto material amplio de administrador de hecho y contemplado en la ley penal el administrador de derecho, se produce un cierto solapamiento con éstos, por lo que es dudosa la operatividad de esta referencia²²⁸, salvo que se admita que puede haber representantes legales que no sean simultáneamente administradores de hecho o de derecho²²⁹.

²²⁷ FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y iurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 147.

²²⁸ Que aparece en el artículo 31, pero más bien referida a los supuestos de representación de personas físicas.

²²⁹ Manifiestan cierta sorpresa ante la posibilidad de que exista un sujeto con capacidad de representación, pero no de dirección capaz de comprometer penalmente a la persona jurídica, Juan

El propio legislador parece dar por supuesto tal solapamiento en la medida en que en el artículo 31 bis.a, establece que «Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través *de sus representantes legales*, las siguientes actividades ... ». En tal norma, pues, se prescinde de la referencia a los administradores de hecho o de derecho, sin que sea admisible interpretar que sólo ciertas actuaciones de los representantes legales posteriores a la comisión del delito, y no de los administradores de hecho o de derecho, pueden determinar una atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante el punto de vista expresado, desde alguna otra perspectiva es posible que el concepto de representante legal sea útil. Desde determinados postulados se podría captar, por ejemplo, a los apoderados y, específicamente dentro de éstos, a quienes se les ha delegado funciones sin ser miembros del órgano de administración²³⁰, y en general a los directores generales, gerentes, etc., que, altamente profesionalizados, desempeñan funciones de dirección en virtud de una relación laboral, subordinados al citado órgano de administración²³¹. Ello se debería a que en la literatura penal no ha existido acuerdo pleno sobre el alcance del concepto de administrador de hecho y, por consiguiente, tampoco en cuanto a si abarca o no a tales sujetos. Se ha sostenido que ningún concepto por amplio que sea

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, MORALES PRATS, Fermin y DOPICO GOMEZ-ALLIER, Jacobo, *Personas jurídicas: art. 31 bis CP*, en Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit., p. 32.

²³⁰ Vid. P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios ...*, op. cit., p. 105, donde pone de manifiesto la existencia de problemas en tales casos en la medida en que hay una escisión entre la cualificación subjetiva y el ejercicio material de la función; J.G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho penal económico*, op. cit., pp. 26-7; del mismo autor, *Los delitos societarios*, op. cit., pp. 76 y ss.; ampliamente, A. CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pp. 247 y ss.

²³¹ Vid. N. LATORRE CHINER, “Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008 (RJ 2664)”, *Revista de Derecho de Sociedades* 32, 2009, p. 394.

de administrador de hecho abarca a los apoderados, no miembros del órgano de administración²³².

Desde nuestro punto de vista, con un concepto material amplio consecuente de administrador de hecho como el aquí sostenido no habría problema en estimar captadas tales situaciones, por cuanto administrar es gobernar o dirigir y tales personas lo hacen en ámbitos concretos de la actividad social que pueden tener relevancia penal. Se puede decir que ostentan el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa de los bienes jurídicos o un dominio social, siquiera parcial²³³.

Ciertamente, una parte de la jurisprudencia civil viene estableciendo que los apoderados no son administradores de hecho²³⁴. Sin embargo, frente a este criterio deben resaltarse dos ideas. Por una parte, que la propia jurisprudencia mercantil admite que no se trata de una regla inamovible²³⁵, por otra, la autonomía del Derecho penal a la hora de desarrollar los conceptos utilizados en las leyes de esta naturaleza. En cuanto a esto último, entendemos que tales conceptos penales no se

²³² Así DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 65, donde en n. 125 rectifica su previa posición en sentido contrario. El mismo autor, sin embargo, reconoce que pueden actuar por cuenta y en nombre de la sociedad (lo que es el requisito que se desprende del hoy artículo 31 bis). Pese a ello, entiende que su relación con la sociedad no es orgánica, ni tienen atribuidas tareas orgánicas. DEL ROSAL BLASCO sostiene que un administrador es quien tiene encomendadas tareas de gobierno, por lo que entiende que asimilar a los apoderados a los administradores de hecho es forzar la Ley más allá de lo que permite el principio de legalidad²³².

²³³ Interpreto que en igual sentido se expresa Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Dickinson, 2003, p. 27, cuando sostiene que es administrador el que realiza actos de administración sin ser administrador; también CASTRO MORENO, Abraham, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 250 y 253.

²³⁴ *Vid.* la STS de 8 de febrero de 2008 (RJ 2664), F.j. 5º: «La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS de 7 de junio de 1999 [RJ 1999,4730] Y 30 de julio de 2001 [RJ 2001, 6632]), siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición».

²³⁵ La misma STS de 8 de febrero de 2008 (RJ 2664), FJ 5º: «Cabe, sin embargo, la equiparación apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (STS de 26 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4004], 7 de mayo de 2007 rec. 2225/2000 [RJ 2007, 3405]).

encuentran delimitados automáticamente por aquéllos procedentes de otros sectores jurídicos. Formalmente porque para ello es preciso una norma con rango de Ley Orgánica, o, al menos, que estén presentes los requisitos de toda norma penal en blanco. Materialmente, en la medida en que el Derecho penal responde a sus propios fines de protección de bienes jurídicos.

1. *Hecho de conexión “en nombre o por cuenta” de la persona jurídica y la exigencia de que se lleve a cabo “en su provecho”*

La Ley no se satisface con la actuación u omisión de cualquier persona física enmarcada en la estructura social para imputar un delito a la persona jurídica o afirmar su tipicidad. Requiere para ello, en segundo lugar, que tales conductas tengan lugar «en nombre o por cuenta» de la segunda y «en su provecho».

Estos últimos requisitos deben predicarse no sólo de los administradores de *hecho* o de derecho y representantes *legales* de la persona jurídica, sino también de los que se encuentran subordinados a aquéllos, en la medida en que el artículo 31 bis.1 párrafo segundo al referirse a estos últimos lo hace indicando «en los mismos supuestos»²³⁶.

Desde nuestra perspectiva, se trata de dos requisitos diversos que deben concurrir cumulativamente en cualquiera de los sujetos que lleven a cabo el hecho de conexión²³⁷.

En primer lugar, la Ley exige que la persona física actúe «en nombre o por cuenta» de la jurídica²³⁸. Se requiere, pues, que el sujeto realmente actuante, u

²³⁶ Favorable a exigir idénticos requisitos en cualquiera que lleve a cabo el citado hecho de conexión se muestra José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 27.

²³⁷ Otro criterio puede verse en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 277, quien estima que se trata de sinónimos.

²³⁸ José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 277

omitente, quien lleva a cabo el hecho de conexión, lo haga de alguna manera vinculado con la persona jurídica. Se trata de un requisito formulado alternativamente. Probablemente ha de entenderse que cuando la Ley exige que el sujeto obre «en nombre de la empresa» se refiere a los casos en los que actúa, u omite hacerla, dentro de lo que es su competencia aparente. Por el contrario, «por cuenta» de la empresa supone una actuación dentro de lo que es realmente su ámbito competencial.

El primer caso, cuando se actúa u omite hacerla «en nombre de la persona jurídica», estaría presente cuando un tercero, un espectador objetivo, razonablemente creería que el agente poseía autorización de la empresa, sobre la base de su posición en ésta²³⁹. De ello se deduce que los excesos del sujeto actuante u omitente, su actuación en contra de lo que era la política social, o incluso contra las órdenes expresas no excluyen automáticamente la responsabilidad social ²⁴⁰. Sigue existiendo un hecho de empresa imputable a ésta (otra cosa es que, en atención a las condiciones del caso concreto, pueda excluirse la culpabilidad empresarial, por ausencia de un defecto organizativo).

El segundo caso, cuando se actúa u omite hacerla «por cuenta de la persona jurídica», supone que ese sujeto se encontraba formalmente habilitado para actuar, u omitir hacerla, como lo hizo, por lo que no cabe duda de que debe ser la persona jurídica y no la persona física realmente actuante la que asuma los efectos derivados del hecho, fundamentalmente los económicos, aunque no sólo éstos, sean positivos o

²³⁹ En términos muy próximos, GOBERT, James y PUNCH, Maurice, *Rethinking corporate crime*, Editor: Butterworths; Nueva edición (1 Mar. 2003), p. 57, donde se recoge jurisprudencia norteamericana.

²⁴⁰ *Vid.* Kathleen BRICKEY, “*Corporate criminal Liability: A treatise on the criminal Liability of corporations, Their Officers and agents*, Tomo I, a. Ed., 1992; Tomo II, 1984, Tomo III, Callagan & Co., Wilmette, 1984, § 30; POLLACK, Barry J., «*Time to stop living vicariously: a better approach to corporate criminal liability*», Revisión del derecho penal Americano, Lexis Nexis, 2009, n. 6; no obstante, en algunos casos excepcionales en los tribunales norteamericanos se ha llegado a excluir tal responsabilidad (Kathleen B. BRICKEY, § 3.08); GOBERT, James y PUNCH, Maurice: *Rethinking corporate crime*, Editor: Butterworths; Nueva edición (1 Mar. 2003), p. 57.

negativos ²⁴¹ (lo que es compatible con que el sujeto deba responder individualmente de sus actos desde la perspectiva jurídica, lo que incluye responsabilidades penales, civiles, mercantiles, laborales e incluso administrativas).

Por otra parte, el Código penal ha introducido la exigencia de que se actúe «en provecho» de la persona jurídica. La expresión seleccionada por el legislador presenta una muy criticable equívocidad ²⁴². Desde nuestra perspectiva, tal requisito se puede interpretar subjetiva u objetivamente e, incluso, dentro de cada uno de esos dos bloques caben diversas alternativas.

En el primero de los casos, es decir, desde un punto de vista subjetivo, sería suficiente con que el administrador, mando intermedio u operario de la empresa en cuyo seno se lleva a cabo la acción u omisión lesiva o peligrosa para bienes jurídicos actuase con la íntima idea de que favorecía a la sociedad, esto es, «en provecho» equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa ²⁴³. En contra

²⁴¹ Sobre este último dato volveremos *infra*.

²⁴² El legislador, pues, no parece haber aprendido de las polémicas que siempre acompañan la interpretación de expresiones próximas que aparecen a lo largo del articulado del Código Penal. Nos refrimos, por ejemplo, a la idea de «en perjuicio» que aparece, por ejemplo, en los artículos 270 ó 257. En ambos casos, como es conocido, se detectan posiciones encontradas sobre el alcance de tales cláusulas, entre las que siempre se enfrentan criterios subjetivizantes, frente a otros de carácter objetivo. Curiosamente, en el ámbito italiano se detecta idéntica polémica en lo que al alcance de la expresión «nel suo interesse o a suo vantaggio» que aparece en el art. 5.1.b) del d.lgs. 231/2001, precisamente en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas. *Vid.*, al respecto, DE VERO, Giancarlo, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milan, 2008, pp. 156 y ss., especialmente p. 157.

²⁴³ *Vid.* M.J. GUARDIOLA LAGO, quien utiliza los parámetros característicos del Derecho estadounidense (GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal*, Valencia, 2004, pp. 60-1, donde, con razón, rechaza que deba entenderse el beneficio en sentido económico). Puede sostenerse que quienes acogen el criterio de la actuación *con la intención de beneficiar a la empresa* aceptan tal punto de vista subjetivo: *vid.*, por ejemplo, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*, RECPC 08-05. En los Estados Unidos, pp. 48 y ss.). Entiendo que se manifiesta crítica con el criterio subjetivo Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, 2000, p. 236. Cfr. Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Madrid, Civitas, 2002.

de esta intelección se encontraría la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle tal sentido subjetivo probablemente hubiese optado por una redacción alternativa como, por ejemplo, «con la intención de beneficiar» o «para beneficiar» (174l. Asimismo, se encontrarían las dificultades de prueba de los elementos subjetivos, junto con la idea de que resultan expresión de la actitud interna del sujeto que es ajena al Derecho penal, por lo que deben interpretarse siempre de forma restrictiva. Por último, no son claras *las razones por las que los motivos del sujeto actuante, u omitente, deban ser un factor decisivo para determinar la responsabilidad de la organización para la que trabaja.*

Alternativamente cabe interpretar la expresión legal «en provecho» conforme a parámetros objetivos. Pero ni siquiera aquí las opciones son monolíticas. Cabría dentro de este segundo bloque la posibilidad de entenderlo, al menos, de dos maneras distintas. Bien como la exigencia de constatación del efectivo beneficio, bien como la efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho.

En el primer caso, si la Ley requiere el efectivo beneficio, cuando la acción u omisión objetivamente perjudique a la empresa no podría serle imputada a la persona jurídica. Eso es lo que ocurriría en el caso de los trabajadores de la sociedad que por su cuenta realizan un vertido de purines, cuando sus directivos ya habían pactado la venta de aquéllos a otra compañía dedicada a la fabricación de abonos agrícolas o a la generación de electricidad. A semejantes conclusiones se puede llegar cuando no se derivan potenciales perjuicios ni beneficios de la acción emprendida por el sujeto que, por ejemplo, desde la perspectiva económica puede ser calificada como neutra.

Entendemos que probablemente no tenga mucho sentido una intelección que requiriese el efectivo beneficio social por múltiples motivos. Por una parte, el que lleva a cabo la acción puede calcular pésimamente las consecuencias sociales de su conducta que, sin embargo, determina un resultado socialmente muy lesivo. Por otra

parte, se subordinaría la responsabilidad penal a un dato que depende de múltiples variables no siempre controlables por el que despliega la acción, por lo que se introduciría en el Derecho penal un inaceptable factor aleatorio. En tercer lugar, un criterio de esa naturaleza debería concretar cómo medir ese beneficio social, el cual no necesariamente ha de ser tomado en términos económicos (por ejemplo, la imagen social es un beneficio, aunque menos tangible). Finalmente, un vertido contaminante, por ejemplo, pudo beneficiar a la empresa a corto plazo al eliminar un problema para ésta. Sin embargo, a largo plazo, factores como la apertura de diligencias penales, con el consiguiente estigma social, la exigencia de responsabilidades civiles, etc. afectan tan negativamente a la sociedad que se podría afirmar que globalmente la acción no resultó positiva. No está claro que ello deba condicionar la responsabilidad de la sociedad.

En definitiva, nos inclinamos por entender que cuando la Ley exige que la acción u omisión se lleve a cabo «en provecho» de la persona jurídica está requiriendo la objetiva tendencia de la acción a conseguirlo. Se estaría requiriendo la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio asociado a aquélla, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato, por ejemplo, por ser una posibilidad futura que, finalmente, no acaeciese. Como en el caso de las personas físicas, para verificarlo debería recurrirse al criterio de un espectador objetivo²⁴⁴. Esa idoneidad material del hecho de conexión llevado a cabo por directivos, mandos intermedios u operarios requeriría, al menos, que la conducta se enmarcase dentro de los objetivos

²⁴⁴ Obviamente ello requiere acotar la información con la que debe operar el espectador objetivo. Es conocido cómo es en el ámbito de la tentativa donde esencialmente se han desarrollado diversos criterios en la materia. *Vid.* Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, 1999, pp. 62 y ss.; Santiago MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», *Revista Jurídica de Catalunya*, 3, 2001, pp. 701 y ss. Probablemente tales criterios, *mutatis mutandis*, sean aplicables en este otro contexto. Desde nuestra perspectiva, debe tratarse del criterio de una persona inteligente, colocada en la posición del autor en el momento en que da comienzo la acción (u omite la acción preceptuada), teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor, así como la experiencia común de la época sobre los cursos causales.

de la organización (¿cómo puede una acción ser idónea para beneficiarla si no se encuentra en su giro?). Tales objetivos no tienen por qué identificarse con los formalmente reflejados en los estatutos, sea cual sea su forma jurídica, sino que deben considerarse los que vaya asumiendo progresiva, dinámicamente, de hecho, la institución²⁴⁵. En suma, la Ley requiere que se trate de un hecho de empresa que carezca de sentido, que sea, pues, incomprensible desde otra perspectiva.

Con independencia del criterio que se adopte, objetivo o subjetivo, parece claro que debe prescindirse de si ese provecho o beneficio al que se refiere la Ley lo es a corto o largo plazo. Del mismo modo, no debe referirse exclusivamente a aspectos económicos, sino que también incluye cualquier otro elemento menos tangible, como el prestigio social, mercantil, etc.²⁴⁶.

2. *Imputación de omisiones a las personas jurídicas*

En el marco de una parte general del Derecho penal de las personas jurídicas, cabe imputar a éstas no sólo una acción positiva, sino también una omisión²⁴⁷. Admitido que las organizaciones colectivas pueden ser jurídico-penalmente responsables, no hay razón alguna para excluir tal posibilidad que, por otra parte, se acepta expresamente en determinadas figuras de delito. Tal es el caso del artículo 305, dentro de los delitos contra la Hacienda Pública, por poner un ejemplo. Resultaría absurdo que si se realiza una declaración tributaria fraudulenta deba

²⁴⁵ *Vid.*, en un sentido próximo, si bien antes de la reforma, Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de Imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, 2000, p. 233. Pareciera defender un criterio diverso José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*, Cuadernos de Política Criminal, ISSN 0210-4059, N° 81, 2003, p. 552.

²⁴⁶ *Vid.*, en este sentido, GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal*, Valencia, 2004, p. 60.

²⁴⁷ Se ha destacado las dificultades que frecuentemente presenta la distinción entre acción positiva y pura omisión en el específico marco que nos ocupa se acrecientan considerablemente; BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, pp. 127 y ss., lo cual no es irrelevante, puesto que en el caso de constatarse la presencia de la segunda se requerirá fundamentar la posición de garantía, con toda la complejidad que entraña.

sostenerse que hay responsabilidad de la entidad y, sin embargo, si sencillamente se deja de presentar tal declaración, el hecho no sea punible²⁴⁸.

Así las cosas, se deben examinar los presupuestos para proceder a tal imputación de la conducta omisiva. Si ya resulta compleja la teoría de los delitos de comisión por omisión, las dificultades se multiplican cuando, además, concurre un ulterior factor, cual es el de las especiales características del sujeto activo, empresa, asociación, etc. No podemos aspirar, pues, más que a trazar unas líneas generales. Como es conocido, los delitos de comisión por omisión, o de omisión impropios, requieren una serie de requisitos: la inejecución de una determinada acción, la existencia *ex ante* de la posibilidad de llevarla a cabo, la verificación de un resultado lesivo conectado de alguna manera con la omisión (lo que tradicionalmente se denomina causalidad hipotética) y, finalmente, el deber jurídico específico de impedirlo o, cuanto menos, de actuación. Quizá sea este último elemento, la posición de garantía, el que presente una mayor singularidad en el marco en *el* que nos movemos. Aceptada la necesidad del hecho de conexión, y que éste puede consistir en una omisión, se plantean, al menos, dos cuestiones en el Derecho penal de las personas jurídicas. Por una parte, en quién debe concurrir la posición de garantía, si en la persona jurídica o en las personas realmente omitentes. Por otra, el alcance de aquélla. En cuanto a lo primero, es decir, quién debe poseer la condición de garante, en abstracto, caben diversas posibilidades: se puede requerir que sea garante sólo la persona física, que lo sea sólo la persona jurídica, o ambas (una especie de doble posición de garantía).

De las tres opciones, parece claro que ha de descartarse la primera de ellas: que el deber jurídico específico de actuar se predique exclusivamente del individuo físico que debió actuar y no lo hizo. Y ello tanto porque es a la entidad a la que se va

²⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, COLVIN, Eric, *Corporate Personality and Criminal Liability*, 6 Crim. L. F. 1, 1995, p. 30, favorable, sin embargo, a una cláusula general de responsabilidad en virtud de la cual se estableciera un deber general de las entidades colectivas de impedir daños a través de sus estructuras o recursos.

a imputar el delito como porque el omitente puede ser un simple trabajador de la empresa, ajeno por sí mismo a los compromisos de protección de bienes jurídicos de su empleador (evidentemente, otra cosa es que para fundamentar la responsabilidad penal de la persona física omitente deba acreditarse su posición de garantía). Más complejo es determinar si debe concurrir una doble posición de garantía o si es suficiente con que esté presente en la persona jurídica. El problema se plantea a la vista de la dicción literal del artículo 31 bis.1 CP. Como ya hemos destacado, el párrafo primero de este precepto dispone que «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de *los delitos cometidos* ... por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho». En semejantes términos se expresa el párrafo segundo de la misma norma, de acuerdo con la cual «las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos (...) por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control».

En definitiva, parece que se está requiriendo como presupuesto de la responsabilidad de las personas jurídicas un delito cometido por una persona física²⁴⁹. El problema se plantea porque en el específico campo en el que nos movemos, los delitos de comisión por omisión, para que la persona física haya cometido un delito debe encontrarse en posición de garantía por sí misma. De lo indicado parece deducirse que para la existencia del delito de comisión por omisión se requerirá una especie de doble posición de garantía, que debe concurrir tanto en la persona física realmente omitente como en la persona jurídica. La cuestión apuntada es compleja, dado que, sin embargo, la Ley no requiere individualizar al sujeto concretamente omitente para hacer responsable a la persona jurídica. Sin embargo, si no es habida tal persona difícilmente se podrá constatar su posición de garantía. Otra cosa es que en esta clase de hipótesis, al ser posible acumular la responsabilidad de

²⁴⁹ Cuestión que hemos analizado *supra*.

unos y otros, trabajadores y sociedad, cada uno de ellos sea garante sobre la base de una fuente diversa; por ejemplo, el trabajador directivo o mando intermedio en virtud de un contrato y la sociedad atendiendo a la injerencia²⁵⁰.

En cuanto a la segunda de las cuestiones anteriormente planteadas, el alcance de la posición de garantía, sin que podamos entrar en detalles, el Código Penal parece haber optado por una tesis mixta, de forma que la mera existencia formal de un deber legal, contractual o basado en la injerencia de impedir un resultado no significa automáticamente la presencia de tal posición²⁵¹. Cumulativamente se requiere la equivalencia material entre la causación activo-positiva del resultado y la omisión de impedirlo. Con otras palabras, parece que el artículo 11 del Código Penal exige dos juicios.

Por un lado, uno centrado en la infracción del deber, la constatación de la obligación legal, contractual o derivada de la injerencia. Este se correspondería con el inciso segundo del precepto A) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. B) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Por otro, a concreta equivalencia de la omisión con la acción positiva, (según el texto de la Ley). Es este segundo juicio el que más problemas suscita²⁵². Con carácter general se

²⁵⁰ *Vid.*, pese a los problemas que suscita la injerencia, en el *common law* se subraya su papel en el contexto en el que se mueve este trabajo, COLVIN, Eric, *Corporate Personality and Criminal Liability*, 6 Crim. L. F. 1, 1995, 26.

²⁵¹ *Vid.* HUERTA TOCILDO, Susana, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997; José CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*. Lecciones 26-40, UNED, 1997, p. 171, que asimila el modelo español al sustentado por Claus Roxin en Alemania; otro criterio parece sustentar Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, 64, críticamente hacia la opción legal. A favor de soluciones mixtas, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, 5º edición (Traducción de M. OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002; EID., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeintr Teil*, quinta ed., 1996, Exposición, § 59, IV, 2.

²⁵² La determinación de la existencia de una posición material de garantía constituye un ámbito, en el que, como es conocido, pese a la inflación de literatura científica, rige una considerable dispersión dogmática y jurisprudencial. *Vid.* Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «La

puede decir que esa identidad requiere alguna clase de actividad previa por parte del que, a la postre, es el omitente, un acto personal expreso de asunción del dominio sobre la situación de peligro²⁵³.

Nada parece autorizar el empleo de criterios diversos en el marco *del Derecho penal de las personas* jurídicas. Por consiguiente, constatado que la entidad dejó de actuar y, de alguna manera conexo con ello, se produjo el resultado lesivo, debería justificarse la doble posición de garante de la empresa y del omitente físico, material y formalmente, para poder imputar el delito a la primera.

De lo expresado se pueden deducir múltiples consecuencias. No obstante, permítasenos destacar una por la relevancia que puede adquirir en este específico marco. Nos referimos a los supuestos de grupos sometidos a una dirección económica única. En ese marco, en abstracto cabe la posibilidad de que se impute una omisión a una empresa que domina a otra, en el seno de la cual es donde realmente se ha producido el hecho punible. Es decir, cabe que, además de imputar el delito a la empresa dominada, se impute a la dominante, en este último caso por la omisión de impedir el resultado punible. Sin embargo, para ello, como acabamos de destacar, se requeriría fundamentar que la empresa dominante asumió expresa y positivamente el dominio sobre la situación de peligro. Este último elemento resultará particularmente complejo de articular. A semejantes conclusiones se puede llegar si se enfoca la cuestión desde la perspectiva de la inducción. Más adelante

omisión impropia en la dogmática alemana: una exposición», *ADPCP* 1997, pp. 6-7 y el significativo panorama expuesto a lo largo de todo su trabajo.

²⁵³ *Vid.* Luis GRACIA MARTÍN, «*La comisión por omisión en el Derecho penal español*», Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, pp. 85 y ss. En España, también transcurre muy cercana la tesis de MIR PUIG, para quien es preciso conjugar dos ideas: la creación o aumento en un momento anterior de un peligro atribuible a su autor; y que tal peligro determine en el momento del hecho una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto al causante (Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 10ª ed., Barcelona, 2015, 12, VII, 38). Dentro de esta posición, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, quien viene sosteniendo que puede equipararse la omisión con la realización positiva de un comportamiento cuando se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados [SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 370; STS de 9 de abril de 1996 (AL 2856), F.J. Lº].

aceptaremos la posibilidad de instigación entre personas jurídicas, de donde se deduce que aquí se podría plantear en abstracto una instigación por omisión. Sin embargo, ello requeriría no sólo que se aceptase esa especial forma de participación omisiva, sino que, siguiendo el razonamiento expuesto, el inductor debería encontrarse en posición de garante, lo cual, nuevamente, sin la previa asunción positiva del dominio sobre la fuente de riesgo, no es fácil de aceptar. Nada diferente debe concluirse cuando la imputación se verifique frente al representante legal, administrador de hecho o de derecho de la empresa, sociedad, etc., dominante.

III.- Imputación subjetiva: el dolo y la imprudencia

Sistemáticamente, siguiendo el modelo de la teoría del delito tradicional, tras el examen de la tipicidad objetiva procedería el análisis de la tipicidad subjetiva²⁵⁴. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la cuestión se debe plantear en otros términos en el contexto de una teoría del delito específica de las personas jurídicas. Como resulta evidente, las categorías del dolo o de la imprudencia se encuentran diseñadas para personas físicas, por lo que no cabe su extrapolación, sin más, a este otro ámbito. Entendemos que, sin poder prescindir del dolo o de la culpa en este otro ámbito (entre otras cosas, por exigencia de los artículos 5 y 10 del Código penal), sin embargo, aquí poseen una significación dogmática distinta. Si se entiende la culpabilidad, cuando el delito es cometido por una persona jurídica, como defecto de

²⁵⁴ De hecho, en la doctrina alemana, algún autor, que asume la teoría anglosajona del conocimiento colectivo, entiende que concretamente el dolo en los delitos cometidos por las personas jurídicas debería analizarse fuera de la culpabilidad, dentro del tipo de manera fuertemente objetivizada, idea para la que la construcción apuntada resulta evidentemente idónea (Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, en OJZ, 1996, pp. 258-9). A la teoría citada del conocimiento colectivo nos referiremos brevemente *inJra*. Incluso en otro lado se sugiere la fórmula conforme a la cual la empresa «debería haber sabido» (id., p. 258). Algunas otras fórmulas también tienden a la objetivización, así la propuesta recogida por BOSCH, de influencia civilista, conforme a la cual se puede imputar el conocimiento repartido entre diversos departamentos de la empresa a ésta si se lesionó el deber de transmitir la información o de solicitarla (BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 78). Tal propuesta, entiendo, adolece de falta de concreción, puesto que la infracción de un deber, en este caso de transmisión de información, debe constatarse por contraste con alguna norma que lo establezca.

organización, tal defectuosa organización será mayor, más reprochable, cuando la conducta del concreto sujeto físico que actúa sea intencional que cuando sea meramente imprudente. Por consiguiente, estamos ante elementos que requieren de expresa consideración no en el ámbito de la tipicidad, sino en el de la culpabilidad. Sobre ello volveremos, pues, en ese específico contexto.

IV.- Culpabilidad de las personas jurídicas

Aun a riesgo de una simplificación excesiva, se puede sostener que en cuanto a la culpabilidad de las personas jurídicas, en síntesis, hay, al menos, tres grandes opciones de partida²⁵⁵. En primer lugar, estimar que no es preciso mantener la exigencia de culpabilidad cuando el infractor es una persona jurídica. En segundo lugar, acudir a una culpabilidad por representación, es decir, a la persona jurídica se le imputaría la culpabilidad de la persona física realmente actuante. En tercer lugar, cabe elaborar una forma de culpabilidad específica para las empresas o entes colectivos.

1. Teoría negadora de la culpabilidad penal de las personas jurídicas

Procede aclarar con carácter previo que no nos estamos refiriendo a las tesis negadoras de la *capacidad* de culpabilidad de las personas jurídicas²⁵⁶, sino a

²⁵⁵ Vid. las diversas posibilidades sistemáticas, en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM, Marcial Pons3/2005), pp. 139 y ss.; con carácter general, GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal*, Valencia, 2004. En la literatura en inglés, pueden ser particularmente significativas las exposiciones efectuadas por Cristina DE MAGLIE, «*Models of Corporate criminal liability in comparative Law*», 4 Buffalo Law Review 641, 2000, p. 558 y ss., y por WEIGEND, Thomas, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*. J. Int. Criminal Justice (2008) 6 (5): 927-945. DOI:<https://doi.org/10.1093/jicj/mqn069>. Published: 30 January 2009, D, 2. Cfr. Adán NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, pp. 127 y ss. y 145 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 155 y ss. y 164 y ss.

²⁵⁶ Vid. Luis GRACIA MARTÍN, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en Actualidad Penal, N° 39, 1993, pp. 596 y ss., muy crítico hacia las construcciones desarrolladas en la literatura científica alemana; M. PÉREZ MANZANO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 20 y ss. Cfr. un estudio de las

aquellas otras que rechazan que la culpabilidad sea una categoría necesaria en el caso de delitos cometidos por tales entes²⁵⁷. Me parece, no obstante, destacable en este momento la posición según la cual si, por una parte, en el Derecho de las contravenciones se exige culpabilidad y, por otra, en ese contexto se reconoce capacidad de culpabilidad a las personas jurídicas, entonces, como consecuencia lógica, también se puede hablar una culpabilidad de aquéllas en Derecho Penal, en la medida en que no hay diferencias cualitativas entre una y otra rama del Derecho²⁵⁸. Otra cosa es qué se debe entender por culpabilidad cuando de personas jurídicas se trata.

Desde nuestro parecer, no puede compartirse la teoría negadora de la necesidad de mantener la exigencia de culpabilidad en las personas jurídicas. Tanto

posiciones críticas con la posibilidad de aceptar la capacidad de culpabilidad en las personas jurídicas, en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM, Marcial Pons 3/2005), pp. 81 y ss. En Italia, Mario ROMANO, «*La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*», *Riv. soc.*, 2002, pp. 394 y ss., donde sostiene que sostiene la tesis de que ontológicamente no cabe hablar de responsabilidad penal si no hay libertad humana. En Alemania, Günther JAKOBS, «*¿Punibilidad de las personas jurídicas?*», *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, 2006, pp. 82 y ss.; WEIGEND, Thomas: *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, *J. Int. Criminal Justice* (2008) 6 (5): 927-945. DOI:<https://doi.org/10.1093/jicj/mqn069>. Published: 30 January 2009, D, 2, nn. 63 a 68; con carácter general, puede verse la obra de GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico, Parte general*, Piura, 2003, pp. 678 y ss.

²⁵⁷ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*, en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D.M., (Eds.), *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*. Barcelona, 1996., pp. 20 y 30. Se trata de una idea mantenida en Alemania por SCHÜNEMANN, quien entiende que la única posibilidad de legitimar la imposición de una sanción, penal o administrativa, a las personas jurídicas prescindiendo de la culpabilidad radica en lo que denomina el estado de necesidad del bien jurídico (Bern SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln Berlin Bonn München, 1979, pp. 235 y ss.). Cabe fundamentar la imposición de una sanción, penal o administrativa, prescindiendo de la culpabilidad, con los mismos argumentos que se utilizan para la aplicación de las medidas de seguridad. En cualquier caso, este autor llega a la conclusión de que siempre que sea posible identificar a un autor individual debe descartarse la sanción a la entidad, lo que no es válido en el sistema que analizamos. Vid., en la literatura en español, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 164 y ss.; Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM, Marcial Pons 3/2005), pp. 170 y ss.

²⁵⁸ HIRSCH, Hans Joachim, *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, *ADPCP* 1993, p. 1110.

de lege lata, como *de lege ferenda*, existen sólidas razones para ello²⁵⁹. En primer lugar, debe considerarse que rechazar la exigencia de culpabilidad en las personas jurídicas puede implicar una inaceptable afección al principio de proporcionalidad²⁶⁰. En efecto, si se prescinde de la culpabilidad de las personas jurídicas, las sanciones frente a éstas se deben fundamentar exclusivamente sobre bases preventivas, se trataría de disuadir de la comisión de determinados comportamientos. Al no existir el límite de la culpabilidad, cabe la imposición de sanciones muy elevadas, desproporcionadas, para conseguir los fines perseguidos, sean éstos nimios o legítimos. En segundo lugar, la tesis aquí criticada puede plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad, en la medida en que se sostenga, como hacemos nosotros, que, precisamente, el juicio de culpabilidad tiene entre otras funciones la de individualizar la responsabilidad del autor, esto es, la de considerar los factores individuales del delito.

De esta manera, se atiende en este momento a la desigualdad de los sujetos entre sí, incorporándose al Derecho penal el pensamiento de que no sólo debe tratarse lo igual como igual, sino lo desigual como desigual²⁶¹. Prescindir de la culpabilidad de las personas jurídicas, en el Derecho penal, lleva a tratar igual a quien no hay nada que censurarle que a quien sí que se le puede reprochar algo, por ejemplo, un déficit organizativo. Por último, entendemos que debe optarse por construcciones que permitan, en la medida de lo posible, mantener la mayor

²⁵⁹ *Vid.*, en sentido muy próximo, BRENDER, Markus, *Die Neuregelung der Verbands-täterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989, pp. 111 y ss., quien pone de manifiesto lo adecuado del Derecho de las Ordnungswidrigkeiten para su desarrollo por su carácter más joven, considerando al tiempo el creciente poder de las empresas; asimismo, Adán NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 115 y ss.

²⁶⁰ De tal posibilidad son conscientes quienes sostienen la necesidad de prescindir de la culpabilidad, pues insisten en el sometimiento al principio de proporcionalidad- *Vid.* Bern SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln Berlin Bonn München, 1979, p. 241.

²⁶¹ *Vid.* Ángel TORÍO LÓPEZ, «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP 1985*, p. 300; partiendo de un concepto diferente, la idea se encuentra también presente en Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 5ª ed., 2008, 20, V, 50 y 51.

homogeneidad dentro del sistema punitivo, estableciendo el más elevado nivel de garantías posibles, considerando la alta capacidad del Derecho penal para incidir en los derechos de las personas, incluyendo aquí los de las personas jurídicas. De lo contrario se incidiría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo.

El punto de vista aquí sostenido, es decir, la necesidad de aceptar que al imponer sanciones a las personas jurídicas se debe partir de la culpabilidad de éstas y no prescindir de ese elemento, se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Éste afirma que, para el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas, no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, sino que, simplemente, ese principio se aplica de manera distinta a como se hace respecto a las personas físicas. Así, sostiene que en cuanto a las personas jurídicas el principio de culpabilidad se ha de aplicar de manera diferente que a las personas físicas: «Esta construcción diferente de la imputabilidad de la autoría a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que corresponden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz» (SSTC 246/1991 de 19 de diciembre, F.J. 2.^o, Y 129/2003, de 30 de junio, E.J. 8.^o)²⁶². Luego, conforme al criterio de nuestro Tribunal Constitucional, las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad, debiéndose, sin embargo, precisar en qué consiste esa capacidad de culpabilidad.

²⁶² Vid., sobre la citada sentencia, Adán NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios (Derecho penal económico europeo)*, 1996, pp. 205-9; en la doctrina administrativista, LOZANO CUTANDA, Blanca, «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/91)», RAP 129, 1992, pp. 211 y ss.

2. *Teoría de la representación*

La segunda manera de abordar la cuestión de la culpabilidad de las personas jurídicas reside en acogerse a la teoría de la representación, es decir, al modelo que propugna imputar a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física²⁶³. Desde nuestro punto de vista, también debe rechazarse *tal* teoría. No nos podemos extender en las razones para ello (lo que requiere un tratamiento casi monográfico), aunque, evidentemente, guardan relación, al menos, con dos factores. Por una parte, supone una concepción antropomórfica de las personas jurídicas, lo que ignora que son realidades diversas y, al tiempo, resulta incompatible con la consideración de que la punición de las entidades colectivas por el Derecho penal no responde a idénticos fines que en el caso de las personas físicas. Por otra, y sobre todo, la teoría de la representación, en última instancia, implica una responsabilidad por hechos de otro, incompatible con el principio de personalidad de las penas²⁶⁴.

Pese a lo expuesto, la teoría de la representación parece ser acogida, dentro del Derecho administrativo sancionador, por el artículo 9.3 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de Potestad Sancionatoria de las Administraciones Públicas del País Vasco: «Cuando la eventual responsable sea una persona jurídica, el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquélla en la concreta actuación u omisión que se pretenda sancionar.

²⁶³ Tal es, con matices, la posición de HIRSCH, Hans-Joachim: *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, ADPCP 1993, particularmente pp. 1110 y ss..

²⁶⁴ La crítica se encuentra ampliamente extendida en la literatura. *Vid.* José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, p. 893; Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 56 y ss., donde proporciona ulterior información bibliográfica; Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM, Marcial Pons 3/2005), pp. 141 y ss.

En estos casos, no se podrá sancionar, por la misma infracción, a dichas personas físicas. El último inciso carece de toda base²⁶⁵.

3. *Construcciones específicas de la culpabilidad de las personas jurídicas*

En la doctrina científica una amplia corriente de opinión viene sosteniendo la posibilidad, e incluso la necesidad, de afirmar la culpabilidad en las personas jurídicas, muchas veces desarrollada a partir de la posibilidad de exigir responsabilidad contravencional a estas últimas. El problema es la delimitación conceptual de esa culpabilidad. Al respecto, unos han mantenido los conceptos clásicos adaptados a las personas jurídicas, mientras que otros han optado por desarrollar conceptos de culpabilidad con criterios diferenciados de los elaborados en el Derecho penal tradicional²⁶⁶. Esta última perspectiva parece inevitable si se parte de una concepción de la culpabilidad de las personas físicas vinculada a la libertad individual²⁶⁷, en sintonía con una amplia corriente de opinión doctrinal y jurisprudencial²⁶⁸. Sin embargo, en la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en alguna resolución parece que se acepta un concepto de culpabilidad análogo al de las personas físicas. Así, tangencialmente, sin entrar en detalle en el fondo de la cuestión, en la STS de 6 de junio de 2007, Ar. 3369, EJ. 8º se lee: «A juicio de la compañía recurrente, no puede formularse en este caso el "imprescindible reproche de culpabilidad exigido por el artículo 130 de la Ley 30/1992 y por la jurisprudencia

²⁶⁵ *Vid. infra*, cuando examinemos la posibilidad de acumulación de sanciones penales por los mismos hechos en personas físicas y jurídicas.

²⁶⁶ *Vid.* Silvina BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Bosch, 1998, pp. 156 y ss., 169 y ss.; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico, Parte general*, Piura, 2003, especialmente p. 685, quien sostiene que para la imposición de una pena no interesa determinar si la estructura organizativa de la persona jurídica es defectuosa o existe en ella una actitud criminógena, sino si se ha organizado de una manera tal que ha defraudado expectativas sociales esenciales.

²⁶⁷ Aceptamos, pues, un concepto normativo de la culpabilidad de las personas físicas entendido como el reproche personal que se formula al sujeto activo de un comportamiento, en cuanto en la situación concreta pudo haberse comportado conforme a derecho y no lo hizo.

²⁶⁸ DANNECKER, Gerhard, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, GA, 2001, pp. 112-3.

de esta Excm. Sala: “ningún dato hay que excluya la culpabilidad de la operadora, sea a título de dolo o de mera negligencia. La conducta consistente en no cumplir las resoluciones administrativas, pudiendo hacerlo, no es un mero "desajuste" ni se ha probado que existieran "inevitables e insalvables dificultades de gestión" que pudieran ampararse en el concepto de fuerza mayor. La Sala de instancia no vulnera, pues, el principio de culpabilidad reconocido en el artículo 130 de la Ley 30/1992 y en la jurisprudencia de esta Sala cuando rechaza esta parte de la argumentación actora» (la cursiva es nuestra; en sentido próximo, vid. SSTs, Sala 3ª, de 20 de mayo de 1992 (Ar. 3655), de 18 de marzo de 2002, FJ. 6º)²⁶⁹.

El Tribunal Constitucional español ha realizado un ensayo en la materia que nos ocupa, diseñando un cierto concepto de culpabilidad, aplicable a las personas jurídicas. Concretamente, reiteramos el criterio de este Tribunal, conforme al cual «Esta construcción diferente de la imputabilidad de la autoría a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que corresponden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz» (SSTC 246/1991 de 19 de diciembre, F.J. 2.º, 129/2003, de 30 de junio, F.J. 8.º). Es decir, de lo afirmado por el Tribunal parece deducirse que se equipara culpabilidad y capacidad infractora. Sin embargo, cabe afirmar la existencia de capacidad de infracción y, por el contrario, sostener la ausencia de culpabilidad, tanto en las

²⁶⁹ Sobre la citada sentencia reiteramos la cita de LOZANO CUTANDA, Blanca, «*La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/91)*», RAP 129, 1992, pp. 211 y ss.; Adán NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios (Derecho penal económico europeo)*, 1996, pp. 205-9.

personas físicas (piénsese, por ejemplo, en los casos de inimputabilidad, donde se ha infringido la norma, pero no se es culpable) como en las jurídicas²⁷⁰.

A) *La culpabilidad como defecto de organización*

Probablemente la construcción más adecuada en el estado actual de la ciencia jurídica es, con ciertos matices²⁷¹, la desarrollada por TIEDEMANN. Como es conocido, conforme a tal criterio debe hablarse de culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización²⁷², lo que, entiende el citado autor, guarda relación con el fenómeno de las *actiones liberae in causa*, donde se sanciona por la falta de cuidado, no cuando acaece el hecho, sino en un momento anterior²⁷³.

Desde tal punto de vista, entendemos que la culpabilidad implicaría un juicio de reproche que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa²⁷⁴. Como en el caso de

²⁷⁰ Críticamente también, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*, en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D.M., (Eds.), *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, 1996, p. 28.

²⁷¹ Concretamente con la presunción de culpabilidad que se desprende de la construcción de este autor.

²⁷² Klaus TIEDEMANN, *Die "Bebüssung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, *Neue Juristische Wochenschrift* 19 (1988), p. 1172; del mismo autor, «*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*», *Anuario de Derecho penal* 1996, J. HURTADO DEL POZO (dir.), <www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96ki96html>. n.º 15 y ss. *Vid.* el desarrollo que efectúa su discípulo BRENDER, Markus, *Die Neuregelung der Verbandstüterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989, particularmente pp. 105 y ss.

²⁷³ Klaus TIEDEMANN, *Die "Bebüssung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, *Neue Juristische Wochenschrift* 19 (1988), p. 1173; se trata de uno de los elementos de su construcción más criticados. *Vid.*, al respecto, Carlos GOMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM, Marcial Pons 3/2005), p. 157, quien subraya que tampoco Tiedemann ha insistido en ese aspecto; en la literatura alemana, *vid.* las críticas de BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 49; Günter HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, en *OJZ*, 1996, pp. 243 Y ss.

²⁷⁴ Casi no hace falta insistir en que el juicio de reproche debe entenderse desprovisto de toda clase de connotación ética, toda vez que los comportamientos imputados a las personas jurídicas carecen por completo de coloración moral. En consecuencia, ese reproche equivale a censura, a desaprobación de la conducta, lo cual se puede determinar de acuerdo con parámetros

las personas físicas, la culpabilidad las entidades colectivas implicaría un juicio complejo, toda vez que en él se deben considerar una multiplicidad de elementos diversos. Por ejemplo, la culpabilidad será particularmente patente, aunque no sólo, en las hipótesis en las que el hecho protagonizado por la persona jurídica no se deba a la actuación particular de un sujeto enmarcado en aquélla, sino a un cúmulo de incorrectas operaciones individuales de personas físicas insertas en la estructura propia del ente colectivo de que se trate²⁷⁵, Asimismo, entendemos que sistemáticamente es aquí donde deben considerarse algunos de los rasgos de las personas físicas realmente actuante u omitentes, como la presencia o ausencia de causas de disculpa, de inimputabilidad o error de prohibición. Sin embargo, como subrayaremos posteriormente, y a diferencia de lo que ocurre en el caso del delito tradicional, la constatación de cualquiera de los elementos citados automáticamente no determinará la exclusión de la responsabilidad del ente, puesto que, precisamente, puede constituir un síntoma de una deficiente organización.

Del mismo modo, es en la culpabilidad donde se debe analizar el carácter doloso o imprudente de la conducta del agente físico, puesto que el déficit organizativo no puede estimarse idéntico en uno u otro caso. A ambos aspectos dedicaremos en los siguientes apartados una atención particularizada. Probablemente en este contexto se plantee la cuestión de si es suficiente para excluir la culpabilidad social con la existencia de instrucciones expresas por parte de quien tiene poder de dirección frente al trabajador a fin de que se abstenga de llevar a cabo la conducta (o, por el contrario, lleve a cabo una determinada acción que excluiría, por ejemplo, el resultado lesivo) que acaba desencadenando el correspondiente procedimiento penal.

sociales, culturales o puramente jurídicos, pero en absoluto éticos; sobre esta cuestión. *Vid.* Carlos GOMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa* (Tesis doctoral UAM, Marcial Pons 3/2005), pp. 82 y ss. Por otra parte, como resulta evidente, se trata de un juicio de carácter eminentemente valorativo, aspecto que destaca singularmente BRENDER, Markus, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989, p. 112.

²⁷⁵ No obstante, comparto la idea de Adán NIETO MARTÍN, conforme a la cual el nivel jerárquico del autor individual es un indicador bastante fiable del grado de culpabilidad, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, pp. 162-3.

La cuestión no admite una toma de posición general, sino que depende del conjunto de circunstancias en las que cursan los acontecimientos y que implican valorar un conjunto amplio de elementos, como el énfasis con el que se emitieron las instrucciones, su claridad, las posibilidades de tomar medidas alternativas de vigilancia, la capacidad del sujeto que recibió las órdenes, los antecedentes de éste, etc. Ello explica la disparidad de resoluciones jurisprudenciales en estos casos en la experiencia de aquellos países que nos han precedido en el reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas²⁷⁶.

El criterio de TIEDEMANN ha tenido un amplísimo eco internacional²⁷⁷, no exenta de algunas importantes críticas²⁷⁸, algunas de las cuales podemos compartir²⁷⁹. Desde nuestro punto de vista, la construcción expresada presenta algunas notables virtudes. Entre ellas podemos destacar dos. Por una parte, permite mantener la culpabilidad como un juicio individualizador de la responsabilidad. Por otra, se trata de un diseño que mantiene el carácter material del juicio de culpabilidad. En cuanto a lo primero, la idea de defecto de organización es coherente con la idea ya citada de que en el juicio de culpabilidad se debería proceder a considerar, y ello es válido para personas físicas y jurídicas, los factores individuales de la

²⁷⁶ En la jurisprudencia norteamericana se ha llegado a conclusiones contradictorias. *Vid.* Kathleen B. BRICKEY, “*Corporate criminal Liability: A treatise on the criminal Liability of corporations, Their Officers and agents*”, Tomo I, a. Ed., 1992; Tomo II, 1984, Tomo III, Callagan & Co., Wilmette, 1984.

²⁷⁷ En España, José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, CPC 1994, p. 624.

²⁷⁸ Críticamente hacia la idea de TIEDEMANN, Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1997, § 8, 56c, para quien sigue siendo una ficción, ya que la organización defectuosa no puede ser desarrollada por la persona colectiva, sino por sus directivos. *Vid.* BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 48; Silvina BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, 1998, pp. 218-219.

²⁷⁹ Nos referimos, concretamente, a la cuestión de la presunción de culpabilidad.

infracción, ignorados en el juicio de antijuridicidad, atendiendo al pensamiento de que no sólo debe tratarse lo igual como igual, sino lo desigual como desigual²⁸⁰.

En efecto, siendo el reiteradamente citado defecto de organización un juicio complejo que engloba una pluralidad de elementos y, al tiempo, una magnitud claramente graduable, permite adecuarlo a las circunstancias del caso concreto. De esta manera, se facilita individualizar la responsabilidad, esto es, ponderar los factores particulares, especiales, no tenidos en consideración hasta entonces. Por otra parte, la idea de defecto de organización permite mantener a la culpabilidad su carácter de juicio material en el marco del Derecho penal de las personas jurídicas, en la medida en que con ella puede encontrarse un principio teleológico, un factor aglutinador de los diversos elementos que, atendiendo al esquema esbozado, se integran en ella.

B) Juicio de culpabilidad de las personas físicas y su reflejo en la culpabilidad de las personas jurídicas

Los problemas, evidentemente, no se solucionan por completo con la adopción de un determinado modelo de culpabilidad. Es conocido como ésta, en las elaboraciones habituales destinadas a las personas físicas, también se configura como un juicio complejo integrado por una pluralidad de elementos: la conciencia de la antijuridicidad, la imputabilidad, la ausencia de causas de disculpa, etc. Sin embargo, lo característico de la práctica totalidad de tales elementos es que están diseñados pensando en personas naturales, no en entes colectivos. Por ello mismo debe plantearse si su presencia o ausencia tiene alguna clase de influencia en la culpabilidad de la persona jurídica. Así, se ha sostenido que dentro de la categoría culpabilidad característica de las personas jurídicas es preciso eliminar todos

²⁸⁰ Es de destacar en este sentido TORÍO LÓPEZ, Ángel, *El concepto individual de culpabilidad*, ADPCP 1985, p. 300. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, Rafael Castellanos, 1986, p. 288; Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Barcelona, 2015, 20, V, 50 y 51.

aquellos elementos pensados para un sujeto con características físicas²⁸¹. Aceptando tal punto de partida, sin embargo, debe estarse a las circunstancias del caso concreto, de forma que la falta de culpabilidad de la persona física que actúa en nombre de la jurídica puede en ocasiones excluir la responsabilidad de esta última o, al contrario, ser un síntoma de un defecto organizativo.

Puede ser significativo del planteamiento que efectuamos las hipótesis de error de prohibición en la persona física realmente actuante, cuando se traduzca en una actuación de la sociedad. Si tal persona física sin conocimientos jurídicos suficientes adopta decisiones que afectan a la persona jurídica, bajo un error de prohibición, frecuentemente no estamos sino ante un síntoma de ese defecto de organización, en la medida en que se pudo haber contratado a una persona suficientemente cualificada²⁸². Sin embargo, cabe la posibilidad de aceptar que la complejidad de la normativa aplicable al caso resulta objetiva, por lo que es posible entender que hay un error de prohibición vencible o invencible que afectó a la persona jurídica.

La jurisprudencia contencioso-administrativa, de hecho, en algunas ocasiones ha aceptado la posibilidad de un error de prohibición invencible, excluyente de la culpabilidad de una persona jurídica. Así, a título de muestra, puede hacerse referencia a la STS, Sala 3.^a, de 8 de marzo de 1993 (Ar.1930), la cual pese a aceptar que «es objetivamente subsumible en el tipo infractor» (F.J. 4.²), pone de relieve que «... la valoración objetiva inicial tiene que complementarse con la concurrencia de otros factores significativos, oportunamente destacados en la sentencia de instancia. Estos son, en primer lugar, el muy relevante de la manifiesta ambigüedad de la normativa

²⁸¹ Vid. Silvana BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, 1998, p. 216.

²⁸² *Vid.*, sobre cómo en la doctrina en ocasiones se reconoce la competencia por organización de los entes colectivos aun cuando las personas físicas que actúan para ella no son competentes, Günther JAKOBS, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo), Madrid, 1995, § 29, 73, n. 128.

aplicable, coincidente con la vacilación de la exégesis jurisprudencial». Para concluir: «Concorre, así, una diversidad de factores cuya ponderación conjunta excluye razonablemente el juicio subjetivo de reproche. En el comportamiento de la Mutua Patronal se aprecian motivaciones y estímulos de significación análoga al error de prohibición, o falta de constancia de su ilegalidad». Asimismo, con posterioridad, la STS, Sala 3.^a, de 18 de junio de 2007 (Ar. 6474), F.J. 3-², en el marco de una infracción tributaria, sin mencionar expresamente el error de prohibición²⁸³: «Ante la dificultad de incardinar estas conductas en el tipo definido en el apartado d) del arto 79 de la Ley General Tributaria, el problema de su sanción debe abordarse desde la perspectiva de los principios de culpabilidad y tipicidad; es decir, desde el análisis de cada conducta en particular para excluir la culpabilidad allí donde pueda afirmarse que el sujeto pasivo, habiendo recogido fielmente en su contabilidad las operaciones, ha realizado su declaración-liquidación con una interpretación razonable de la norma tributaria. Así lo decíamos en la sentencia de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7803) aportada de contraste por la recurrente y hemos de repetirlo ahora. De otra parte, y como se dice en la sentencia de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7906) de esta Sala ... dada la complejidad de las normas del Impuesto sobre Sociedades que determinan las cantidades o partidas negativas a compensar en la base imponible, la discrepancia entre la sociedad autoliquidadora y la Administración tributaria se debe a la razonable y, en cierta manera, justificable interpretación dispar que, de las mencionadas normas, han mantenido una y otra».

Un ejemplo, ya citado, de error vencible que pudo influir en la culpabilidad de la persona jurídica sería el caso de la STS de 23 de marzo de 2005, Sala 3.^a (Ar. 2613), en cuyo F.J. 15.² se afirma que «Existe, sin embargo, un factor relevante al que no fue ajeno el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución sancionadora. Pues dicho organismo afirmó que "[...] para graduar el alcance de la sanción hay que tener en cuenta la falta de claridad legislativa en torno a la cuestión

²⁸³ Vid. ulteriores ejemplos jurisprudenciales, en Alejandro NIETO GARCIA, *Derecho administrativo sancionador* (5.^a ed.), Tecnos, 2012, pp. 409 y ss.

de la liberalización del mercado [...]". A juicio de esta Sala dicho factor, aun cuando no excluye la culpabilidad de Telefónica, SA ni justifica la conducta (le era exigible otra, respetuosa con los derechos del operador concurrente, sin perjuicio de trasladar sus diferencias a una instancia imparcial) atenúa su responsabilidad y debió tener una mayor incidencia en la cuantificación de la multa. Pues, en efecto, relacionado como está, por un lado, con las circunstancias singulares de la regulación del mercado en las fechas de autos y, por otro, con las dudas sobre la legalidad de la situación de BT dentro de él, una y otra circunstancia hacen aconsejable modular el importe de aquélla -ya moderado, de suyo, por el Tribunal de Defensa de la Competencia reduciéndolo a la cifra de trescientos millones de pesetas (unidad monetaria correspondiente a las fechas de autos) tras el análisis de todos los factores concurrentes».

Por el contrario, si quien actúa, o deja de hacerlo en el caso de las omisiones, lo hace bajo un trastorno mental transitorio, estado de necesidad o impulsado por miedo insuperable, probablemente se pueda concluir que la infracción cometida no es consecuencia de un defecto de organización²⁸⁴. La cuestión puede aclararse con algún ejemplo. Piénsese en el directivo que, «enloqueciendo» repentinamente, transmite una orden a un operario; por ejemplo, de llevar a cabo un vertido contaminante, advirtiéndolo al trabajador de que ha sido autorizado por el correspondiente organismo de cuenca. Otra cosa sería que el Consejo de Administración de la persona jurídica designase como director gerente de la empresa a un sujeto cuyos patentes desequilibrios psíquicos hiciesen previsible la adopción de medidas que pudieran ser peligrosas o lesivas de bienes jurídico-penalmente protegidos. Evidentemente, es inevitable un acto valorativo por parte del juzgador, como ocurre con la culpabilidad característica de las personas físicas, que pondere las circunstancias del caso concreto.

²⁸⁴ En términos similares, Adán NIETO MARTÍN, *Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro*, AP 34,1995, p. 63.

En cuanto al reflejo que tal dato debe tener en la pena aplicable a la persona jurídica, en la medida en que la Ley no ha previsto expresamente la situación (por ejemplo, la posibilidad de que el error de prohibición vencible o invencible del administrador, o su inimputabilidad sobrevenida e imprevisible, afecte a la responsabilidad penal de la persona jurídica), entiendo que deben aplicarse por analogía las reglas características de las personas físicas. Como resulta evidente, esa analogía siempre será favorable al reo. A tal efecto, como pondremos de manifiesto posteriormente, no entendemos que la criticable regulación de los artículos 31 bis.j y 31 bis.q constituyan un obstáculo insalvable²⁸⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su Sala 3.^a, en alguna ocasión parece acoger de alguna manera la tesis aquí expuesta en cuanto a los elementos que tradicionalmente han integrado el juicio de culpabilidad. Así, en la STS de 3 de mayo de 1993 (Ar. 3698), F.J. 2.º, se sostiene que «Conforme a esta última doctrina jurisprudencial, las entidades bancarias y crediticias son responsables administrativamente por la negligencia de sus empleados en el uso de las medidas de seguridad obligatoriamente instaladas en cumplimiento de las disposiciones vigentes, salvo cuando tal proceder no es consecuencia de la desatención sino de circunstancias o situaciones de riesgo personal grave para los propios empleados o terceras personas» (en igual sentido, vid. STS de 20 de mayo de 1992, Ar. 3655, F.J. 4.º). Asimismo, ya anteriormente, en la STS de 30 de junio de 1987 (Ar. 4420), F.J. 2.º, se afirmaba que «Es cierto que el incumplimiento de esta última obligación no puede generar responsabilidad administrativa para la empresa cuando la activación de las medidas instaladas entrañe un riesgo personal grave para sus empleados, como se ha dicho reiteradamente por este Tribunal, pero sí la determina, en contra de la conclusión a que llega la sentencia impugnada, cuando, como el caso de autos, al ocurrir los hechos -durante la noche del n de enero de 1983- se encontraba desconectado el sistema de alarma antirrobo, por cuyo motivo no funcionó la alarma

²⁸⁵ Vid. *infra*, *Culpabilidad personas jurídicas en el derecho positivo español*.

exterior». En definitiva, conforme se desprende de tal resolución las causas de disculpa que puedan afectar a la persona física se trasladan a la persona jurídica con efectos exculpativos.

CAPÍTULO IV

MODELOS DE IMPUTACIÓN

I.- Tendencia internacional

El presente apartado pretende ilustrar el contexto global en el cual se desenvuelve la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sistematizando su desarrollo y contribución. El entendimiento de dichos aspectos se vuelve fundamental para entender el desarrollo que han experimentado las diferentes posturas en legislaciones europeas y de tradición anglosajona, las que se vuelven imprescindibles al momento de desentrañar los distintos modelos de imputación de la responsabilidad penal que se han manifestado y que, en el caso de Chile, finalmente han llegado a influir en la creación de la ley N° 20.393.

En el Derecho comparado, tanto en doctrina como a nivel parlamentario, el crecimiento de la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido exponencial, teniendo un gran avance en las últimas décadas. Lo anterior dice relación con múltiples factores sociales, pero por sobre todo con decisiones político-criminales de carácter preventivas, que han tenido por objeto poner fin al constante cuestionamiento sobre la viabilidad de la responsabilidad penal de los entes morales.

Dicha evolución doctrinaria constituye un progreso dogmático significativo para la gran mayoría de las legislaciones europeas –que al igual que la chilena– tienen una tradición jurídica continental, que asocia la sanción penal a la persona

física. A la inversa, los países de tradición jurídica anglosajona han experimentado otro camino: desde mucho antes han aceptado –por criterios más prácticos que dogmáticos– la necesidad de atribuirle responsabilidad penal a las empresas, aun cuando los patrones de imputación en que se sustentan sean distintos, como se verá más adelante.

En razón de lo anterior, comenzaremos analizando cómo y porqué se ha superado en gran medida el principio “*societas delinquere non potest*”, para luego dar paso a la sistematización de los modelos de imputación en general y finalmente presentar un análisis específico de los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas vigentes en las legislaciones, en que más desarrollo y revuelo ha alcanzado el tema en el último tiempo.

II.- *Superación del principio ‘societas delinquere non potest’*

No podemos comenzar a hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin hacer referencia al que fue por muchos años el principio rector en esta materia. No abordar este importante principio, dejaría un espacio en blanco dentro de la historia jurídico penal que nos convoca, dado que es ahí donde residen los argumentos que durante muchos años sirvieron de barrera para la expansión de la responsabilidad penal a los entes morales.

Como ya se ha expresado, nuestra intención no es abordar cada una de las discusiones que se sucedieron a partir del proceso de paulatina superación del principio “*societas delinquere non potest*”, sino centrarnos específicamente en los modelos de imputación que se han establecido para atribuir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, en consideración a que este tema central –los modelos de imputación– es posterior a la superación del principio, no podemos dejar de mencionar los criterios sociales y económicos que influyeron en este proceso, a fin de comprender el surgimiento de políticas criminales preventivas que finalmente derrocaron el principio antes mencionado, erigiendo paralelamente

una nueva corriente jurídico penal, como es la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Independiente de todo lo mencionado anteriormente y a pesar de la continua existencia de algunos detractores, es posible afirmar que, hoy en día, se ha superado la fuerza vinculatoria del principio *societas delinquere non potest*: su decaimiento es innegable. Cuando se hace referencia a la superación del principio, nos centramos fundamentalmente en los países de tradición jurídica continental, quienes sólo a partir del siglo XX han vuelto a dar espacio a la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁸⁶. La aclaración es importante debido a que, como se expondrá en detalle, los Estados angloamericanos reconocen legalmente la punibilidad de las personas jurídicas desde el siglo XIX²⁸⁷. Sólo a modo de referencia podemos citar el caso de Estados Unidos, en que se introdujo con *New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States*, en 1909, y también el del Reino Unido, donde se cita a *R V Great North of England Rly Co* en 1846²⁸⁸: primeros casos de la responsabilidad penal respecto de un ente moral.

La tradición jurídico-penal estableció categóricamente por muchos años que sólo las personas naturales eran capaces de ser responsables penalmente, ello debido a que únicamente la persona física tendría capacidad de acción, culpabilidad y pena²⁸⁹, siendo éstos los pilares fundamentales sobre los que descansa la teoría del

²⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “*Teorías de la pena y responsabilidad de las personas jurídicas*”, en “*Curso de Derecho penal económico*”, Marcial Pons, 2005, pág. 47, quien afirma que durante los siglos XIV y XVIII las personas jurídicas eran consideradas sin problemas, sujetos de Derecho penal. Sólo a finales del siglo XVIII, con la introducción de la teoría de la pena y la relación directa entre pena y voluntad, esta se volvió problemática, aboliéndola.

²⁸⁷ TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico comunitario, español, alemán*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 233.

²⁸⁸ GOMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010, pág.15.

²⁸⁹ DIAZ, Cortés, Lina Mariola, *Societas delinquere potest. Hacia un cambio de paradigma en el Derecho penal económico*, Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional

delito. De ahí que comenzar el debate acerca de la legitimidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas supuso desde un comienzo combatir pensamientos firmemente arraigados, donde se pasan a llevar los fundamentos de la responsabilidad penal, como son el injusto y la culpabilidad, donde aún hoy, luego de muchos años de discusión, no hay consenso definitivo²⁹⁰.

Si bien es cierto que la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone un cambio radical a nivel dogmático, no es menos cierto que esto viene antecedido por un cambio sociocultural y económico derivado de la industrialización, la expansión de las empresas a nivel nacional y luego internacional, y más tarde favorecido enormemente por la globalización. La empresa se convierte así en el principal agente económico de la sociedad moderna. Basta tomar en cuenta que en la actualidad muchas corporaciones tienen ingresos igual o superiores a países como Australia, Noruega o Portugal²⁹¹.

El fenómeno que en un comienzo supuso grandes avances en las políticas económicas de libre mercado, beneficiando con ello el fortalecimiento de mejoras en los estándares de vida de la población, significó que inevitablemente se instaurara una suerte de política protectora de las sociedades o empresas, lo cual más tarde supuso el escenario ideal para el surgimiento de la criminalidad económica, como se ha indicado: “una de las características más saltantes del capitalismo de finales del siglo y comienzos del XXI, es la concentración de grandes capitales con las fusiones y absorciones de empresas, produciéndose grandes

Nº 17, 2006. Pág. 98. La autora explica las dificultades dogmáticas para acoger la responsabilidad de las personas jurídicas, apunta a que la acción siempre se vincula al comportamiento humano, la culpabilidad implica un reproche moral al individuo, mientras que la pena no cumplirían su función preventiva ni retributiva frente a agrupaciones.

²⁹⁰ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 18.

²⁹¹ NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Pág. 2. [En Línea] En: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf. El autor hace referencia al poder económico de las corporaciones y afirma a modo de ejemplo, que en el año 2000 el New York Times señaló, que el valor de mercado de Microsoft era similar al producto interno bruto de España.

sociedades complejas que operan en distintos países”²⁹², señalándose además que la criminalidad empresarial necesita de la empresa para llevar a cabo los diferentes ciclos del delito como son: la comisión, encubrimiento y financiación²⁹³.

La empresa como ente generadora de riesgos y delincuencia no fue en un primer momento entendida como tal, sino que como ocurre en algunas legislaciones hasta hoy se imputó la responsabilidad penal a las personas naturales que se desempeñan al interior de la empresa, quedando muchas veces el ente moral sin sanción penal. Hasta antes de que la criminalidad económica hiciera su aparición, la responsabilidad penal estaba asociada necesariamente al actuar violento de un individuo, acción que constituye un desvalor sancionado por el derecho al vulnerar bienes jurídicos importantes para el legislador.

El surgimiento general de las empresas a nivel internacional, dio pie a que la criminalidad tuviera un nuevo escenario donde crecer, el cual fomentaba las acciones delictivas y facilitaba su impunidad, ya sea por la dificultad en la determinación de la persona física responsable, o que gracias al nivel de complejidad de la empresa, se lograba difuminar la atribución de la responsabilidad penal individual, que en doctrina se ha denominado irresponsabilidad organizada²⁹⁴. Estos problemas surgieron por causa de sociedades complejas, interrelacionadas, en

²⁹² ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 80.

²⁹³ ZUÑIGA Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas*, pág. 3. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf.

²⁹⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal español*, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Coordinador: Percy García Cavero, Editorial ARA, 2002, págs. 151-152, quien afirma que la irresponsabilidad organizada, surge debido a que la responsabilidad penal individual parte de la concurrencia de los elementos de información, poder de decisión y actuación ejecutiva sobre una misma persona, pero tan pronto estos factores se disocian surgen barreras insuperables para la atribución de responsabilidad individual.

continua transformación, globalizada, de riesgo, masiva e indeterminada, donde es sumamente difícil encontrar a un responsable²⁹⁵.

Lo anterior significó que la pesquisa del delito dejara de estar centrada sólo en el actuar del individuo, pasando a enfocarse en la actitud criminal colectiva: aquella que involucra el accionar de un grupo de personas organizadas que vulneran bienes jurídicos determinados²⁹⁶, lo cual supone necesariamente un cambio de mentalidad y el surgimiento de nuevos criterios, con el exclusivo propósito de combatir esta criminalidad tan creciente, frente a la cual las responsabilidades ya existentes –civil, administrativa y penal centrada en el individuo– no lograban hacerle frente de forma eficaz²⁹⁷.

Como era de esperarse, el surgimiento de acciones de carácter delictivo asociado a las empresas fue aumentando su valoración a nivel internacional y nacional, lo que gatilló que muy pronto fuera tema obligado para la mejora de políticas criminales preventivas. Es así como en Convenciones internacionales de la ONU, OCDE, Consejo de Europa, etc., la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas se vuelve una cláusula de estilo²⁹⁸, configurándose una fuerte inclinación a aceptar una auténtica Punibilidad de las personas jurídicas.

²⁹⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, págs. 77-79. Véase también ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas*. [En Línea] En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf. págs. 2-4.

²⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, *Hacia un derecho penal económico*, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos, 1995, pág. 571.

²⁹⁷ Actualmente hay legislaciones como la italiana que no aceptan propiamente tal responsabilidad penal como respuesta a la criminalidad asociada a las empresas, de ahí que la responsabilidad administrativa sancionadora.

²⁹⁸ NIETO MARTIN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad*. Pág.1. [En Línea] En: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf.

Los Países Bajos introdujeron la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1976, Noruega en 1992, Francia en 1993²⁹⁹, Austria en 2006 y España en su ley orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, que modificó el Código penal introduciendo finalmente la responsabilidad penal de los entes morales³⁰⁰. Otros países como Alemania o Suecia aún no aceptan la responsabilidad penal, sino que aplican como respuesta a través de sanciones administrativas asociadas al Derecho penal.

Este cambio de política criminal y de dogmática penal surge necesariamente en respuesta a demandas de eficacia y prevención de esta nueva criminalidad, que atenta contra bienes jurídicos de relevancia social que el Derecho penal debe proteger. Al respecto se ha señalado: “el problema dogmático penal es consecuencia no solo de la evolución social, sino de la crisis de la filosofía del sujeto individual (autoconsciente) a partir del cual no es ya posible dar una explicación coherente a numerosos conflictos sociales a los que el Derecho Penal debe hacer frente”³⁰¹. Ciertamente la eficacia criminógena que han alcanzado las empresas no ha podido ser contrarrestada únicamente con la punición del individuo, no sólo por la dificultad de imputación sino porque su responsabilidad resulta ineficaz para la real tutela de los bienes jurídicos involucrados en la realidad económica actual³⁰².

Se ha estimado que esta necesidad político criminal se basa en tres líneas argumentales, a saber: en primer lugar, muchas veces resulta imposible sancionar penalmente a la persona física por los delitos cometidos en el marco de la actividad

²⁹⁹ TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico comunitario, español, alemán*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 232.

³⁰⁰ Parte de la doctrina española afirma que el legislador ya había hecho, con anterioridad a esta ley un reconocimiento a la responsabilidad penal de la persona jurídica en el art 129. *Vid.* GOMEZ Tomillo, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010, p. 23.

³⁰¹ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Curso de Derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Marcial Pons, 2005, pág. 99.

³⁰² CORTÉS DÍAZ, Lina Mariola, *Societas delinquere potest. Hacia un cambio de paradigma. Derecho penal contemporáneo*, Revista Internacional, N° 17, octubre-diciembre 2006, pág. 94.

empresarial. En segundo lugar, aun cuando lo anterior fuese posible, aquello constituye una respuesta insuficiente para la criminalidad económica. Y en tercer lugar, las alternativas para responsabilizar a la persona jurídica al margen de derecho penal no resultan lo suficientemente preventivas, debido al marcado carácter simbólico de la reacción penal³⁰³.

Necesariamente la implementación de la responsabilidad penal de los entes morales supone desterrar el principio de *societas delinquere non potest*, debiendo proporcionar una nueva configuración a categorías como sujeto, acción o culpabilidad, a fin de que sean atribuibles a las corporaciones. El intento de aplicar los conceptos clásicos de sujeto, acción, pena y culpa a las personas jurídicas han resultado infructuosos, debido fundamentalmente a que éstos están contruidos sobre la lógica del actuar del individuo³⁰⁴, resultando imposible traspasarlo directamente a la empresa. Aquel intento supuso una indudable oposición, en un comienzo de buena parte de la doctrina europea, debido a que bajo este prisma se termina desvirtuando peligrosamente la teoría del delito. A todas luces, el problema central del tratamiento de la responsabilidad penal de la empresa radica en la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales, es decir, en la atribución de la responsabilidad penal de la empresa por un hecho ajeno³⁰⁵.

³⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español*, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Coordinador: Percy García Cavero, Editorial ARA, 2002, pág. 150.

³⁰⁴ En este mismo sentido Schünemann expresa que hay una concepción individualista de imputación en el derecho penal clásico que enfrentado a pautas colectivas de conducta resulta insuficiente para la protección de los bienes jurídicos. SCHÜNEMANN, Bernd, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedmann, Estudios Jurídicos, 1995, Pág. 574.

³⁰⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial*, Revista de Estudios de la Justicia, Seminario Internacional, N° 10, 2008, págs. 162-164. La principal crítica a los modelos de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, radica en que se intenta atribuir la responsabilidad por un hecho propio de la empresa, lo que constituiría una ficción, ya que siempre será el órgano responsable, la persona física, la que en ultimo termino cometa la acción delictiva y no la empresa.

De ahí que la tendencia internacional actual, en su gran mayoría, entiende que el camino no está en aplicar iguales categorías, sino en modificar las existentes para lograr explicar que las conductas delictivas de la persona jurídica son atribuibles a sí misma. La forma de hacer frente a la pretensión de atribuir consecuencias jurídico-penales a los entes morales comienza centrándose antes que todo en una reinterpretación del concepto de sujeto a partir del cual se logra hacer la construcción dogmática de acción, culpabilidad y pena. Así las cosas, se ha señalado que “sujeto no es quien haya ocasionado un resultado, sino aquel que sea competente, es decir, quien tenga el deber”³⁰⁶.

Consecuentemente el concepto de acción estará asociado con el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, lo cual está condicionado con las políticas criminales de la norma penal, específicamente de prevención y protección de bienes jurídicos³⁰⁷. Está claro desde este punto de vista que, si las personas jurídicas como sujetos de derecho son destinatarias de deberes jurídicos que están obligadas a cumplir, también son capaces de infringirlos, configurándose así la capacidad de acción³⁰⁸.

Sin duda el principal escollo que se ha debido sortear para legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el referente a la atribución de culpabilidad al ente moral. La culpabilidad en la teoría tradicional supone un reproche jurídico-moral al sujeto, que está dotado de consciencia y libertad para actuar, por tanto es claro que sin esta consciencia y libertad, la culpabilidad de las personas jurídicas no puede ser entendida en el sentido clásico, debido fundamentalmente a que todo aquel comportamiento que quisiera ser tenido como

³⁰⁶ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Curso de Derecho penal económico. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Marcial Pons, 2005, Ppg. 97.

³⁰⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 228.

³⁰⁸ CUADRADO RUIZ, M^a Ángeles, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?*, Revista Jurídica de Castilla y León N^o 12, abril 2007, [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>, pág. 134.

conducta de la persona jurídica, no es más que el actuar de una o varias personas naturales³⁰⁹, quienes sí tienen capacidad de decidir entre lo bueno y lo malo, a diferencia de la persona jurídica. Por lo demás, el intento de prescindir de la culpabilidad de las empresas, tampoco responde a la naturaleza de la responsabilidad en la tradición jurídico-penal continental, ya que significaría construir el modelo de imputación sobre la base de la responsabilidad objetiva. El principio de la culpabilidad, como presupuesto en la atribución de responsabilidad penal, supone la vinculación entre el hecho delictivo y el sujeto, en este caso la persona jurídica, por tanto prescindir de ello implica dejar de lado uno de los principios fundamentales, que en Derecho penal se conecta directamente con los criterios de inculpação y exculpación de responsabilidad: *nulla poena sine culpa*³¹⁰.

En razón de no ser posible aplicar la culpabilidad en sentido clásico, ni tampoco poder prescindir de ella, la doctrina se ha inclinado por la reconfiguración del concepto de culpabilidad, ampliándolo a la persona jurídica por medio del concepto de defecto de organización, que ha sido una de las respuestas más exitosas. En este sentido, se ha sostenido³¹¹ que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en la culpabilidad de la organización: esta propuesta abrió espacio para buscar alternativas para hacer compatible la teoría del delito con la responsabilidad penal de los entes morales, lo cual evidentemente logra un acercamiento entre política criminal y dogmática penal. Otros autores proponen la creación de un concepto paralelo al de culpabilidad, como es el estado de necesidad del bien jurídico³¹². Lo que realmente se pretende es que la culpabilidad

³⁰⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedmann*, Estudios Jurídicos, 1995, pág. 582.

³¹⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *El hecho propio de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008*, [En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>.

³¹¹ ALVARADO REYES, Yesid, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional N° 25, octubre-diciembre, 2008, pág. 46.

³¹² Para Bern SCHÜNEMANN, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debe a un estado de necesidad que se produce por la ineficacia preventiva en la criminalidad de

asociada al ente moral no sea idéntica a la del sujeto individual, pero sí funcionalmente equivalente³¹³. La empresa como sujeto de derecho y obligaciones, tiene un rol social de fidelidad al derecho, por lo tanto la infracción a la norma, supone un reproche sancionable por el derecho penal, es decir, es destinataria de la punición por el incumplimiento de aquellas normas.

Superado en alguna medida el problema de la atribución de culpabilidad³¹⁴, la responsabilidad penal de los entes morales se alzó como una realidad difícilmente objetable. Sin embargo, aún quedan problemas dogmáticos que no se han resuelto del todo, como la capacidad de pena de la persona jurídica. Si bien el tratamiento exhaustivo de esta discusión dogmática penal excede por mucho el contenido de este trabajo, creemos necesario hacer referencia a ella someramente.

La discusión radica en que, la atribución de pena no cumpliría su función retributiva (el reproche ético-social por una actuación antijurídica y culpable) para la empresa, pues ésta carece de conciencia y de libertad, en el sentido clásico. Ahora bien, respecto a los fines de la pena en el derecho penal colectivo, se ha entendido que los entes morales serían merecedores de penas desde el punto de vista de Derecho penal preventivo, donde la finalidad sea satisfacer la vigencia de la norma y garantizar la identidad normativa de la sociedad³¹⁵. Lo que se busca con la atribución de responsabilidad penal empresarial es la generación de incentivos

la empresa. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Curso de Derecho penal económico. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Marcial Pons, 2005, pág. 93; SCHÜNEMANN, Bernd, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedmann*, Estudios Jurídicos, 1995, págs. 565-600.

³¹³ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, 2006, págs. 122-128.

³¹⁴ En sentido contrario, ROBLES PLANAS, Ricardo, *El hecho propio de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008*, [En Línea]. En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>, pág. 7, donde afirma que “la persona jurídica es siempre un sujeto inimputable cuya actividad no puede canalizarse jurídico-penalmente a través de “acciones”. La persona jurídica es, pues, incapaz de imputación para el Derecho penal basado en la culpabilidad”.

³¹⁵ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Curso de Derecho penal económico, Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Marcial Pons, 2005, pág. 104.

que fomenten la auto-organización empresarial. En suma: “la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad.”³¹⁶.

Paralelamente, se ha criticado el afán de sancionar a las personas jurídicas penalmente, sin embargo se ha insistido en ello ya que esta necesidad nace de los efectos comunicativos y simbólicos que tiene la condena penal, en desmedro de las sanciones administrativas y civiles³¹⁷. Sin lugar a dudas la pena, implica un reproche ético-social mucho más grave, que debe ser aprovechado para influir efectivamente en el comportamiento de las empresas a nivel preventivo-general y preventivo-especial.

A modo de conclusión, se puede establecer que el principio *societas delinquere non potest* está hoy más que nunca en retirada. La noción de responsabilidad penal asociada únicamente al individuo ha quedado atrás, debido a que las personas jurídicas son actualmente el centro de nuestro desarrollo como sociedad. La expansión de la criminalidad empresarial y transnacional en el último tiempo ha servido de base para la realización de innumerables conductas criminológicas, como la contaminación ambiental, lesiones laborales, asociaciones ilícitas, cohecho y defraudación tributaria entre otros, que fueron poniendo poco a poco en tela de juicio la efectividad de la responsabilidad penal individual en todo el mundo y en especial en aquellos países de tradición jurídica continental. Como era de esperarse, la atribución de responsabilidad a las personas físicas no ha sido una respuesta integral, ya que, o no es posible atribuir la responsabilidad, o bien, cuando

³¹⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006.[En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>. Pág.18-19.

³¹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, [En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, Pág. 7-9.

se logra, estas personas son fácilmente sustituibles y por tanto la actividad criminal dentro de la empresa continúa. Consecuentemente, la ausencia de responsabilidad penal sirvió, para muchos, como factor colaborador a un déficit de justicia y a la irresponsabilidad organizada³¹⁸.

Asumida la atribución de responsabilidad penal a los entes morales, la doctrina y los legisladores a lo largo de los años han librado una batalla para lograr superar los problemas dogmáticos que ésta antepone. Así, se ha afirmado que la doctrina y jurisprudencia actual se enfrenta al siguiente dilema: “o se vulneran los principios tradicionales de derecho penal y se imponen penas en contravención del principio de responsabilidad por el hecho propio, o se adapta la teoría jurídica del delito a las características propias de las personas jurídicas”³¹⁹. Para otros autores, la respuesta está en adicionar a la responsabilidad individual, la colectiva, entendiendo que los modelos de atribución de responsabilidad penal no son idénticos³²⁰. Las conclusiones a las que se ha llegado aún generan discusión y estimamos que la compleja relación existente entre los postulados de la dogmática penal y las exigencias político-criminales está lejos de acabar.

III.- Modelos teóricos de imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas

En consideración al objetivo primordial de analizar los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas que existen en el

³¹⁸ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000, pág. 191. En este mismo sentido, CUADRADO RUIZ, M^a Ángeles, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ¿Un paso hacia atrás?*, [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>, pág. 135.

³¹⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F, 2010, pág. 491.

³²⁰ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español*, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Coordinador: Percy García Caveró, Editorial ARA, 2002, págs. 147-148.

Derecho nacional y extranjero, es requisito fundamental que, para el adecuado entendimiento de la materia, se delimite su significado y contenido. Por “*modelo de imputación*” se entiende la pauta que define y utiliza el legislador para atribuir responsabilidad penal a un individuo, en este caso, un ente moral.

Determinar qué modelo de imputación acoge un ordenamiento o una ley en particular, es de suma importancia puesto que en él radica la fórmula que indicará quién será el responsable respecto del hecho que reviste características de delito, y hasta dónde puede extenderse dicha responsabilidad. A mayor abundancia, se puede decir también que el absoluto entendimiento del modelo de imputación de un sistema específico colabora con la inmediatez procesal y la unificación de los criterios al momento de aplicar la ley. Existen tres grandes tendencias de modelos de imputación, a saber:

1. *Transferencia de la responsabilidad*

También denominado sistema de “responsabilidad vicarial u objetiva”, la base de este sistema descansa en atribuir a la persona jurídica o ente moral la responsabilidad que nace a raíz de la acción de uno o más de sus dependientes. Es decir, la responsabilidad se transfiere desde el sujeto que realiza materialmente la acción que constituye el delito, hacia la persona jurídica que se encuentra jerárquicamente sobre él. Aun cuando existen diversas modalidades de este sistema de imputación, podemos resumir sus condiciones generales más típicas en tres³²¹:

- a. Comisión de una infracción por parte de un agente de la empresa.
- b. Dicha acción sea realizada en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas a dicho sujeto, o bien, por cuenta de la empresa
- c. Intención de obtener ventaja o beneficio para la empresa.

³²¹ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 89.

Sobre la base típica descrita anteriormente, existen diferentes modalidades de este sistema, que lo hacen más o menos estricto: Se pueden encontrar legislaciones que sólo permiten que el sujeto capaz de transferir la responsabilidad sea alguien con funciones administrativas importantes y de cierta jerarquía³²². Es decir, sólo una persona con capacidad de decisión dentro del órgano empresarial tiene la aptitud de transformar en responsable a la persona jurídica en la que él realiza sus funciones.

Otros modelos prescinden de dicha exigencia, considerando que en ella reside la oportunidad para la impunidad de la persona jurídica. Por ejemplo, se elige una persona que carezca de jerarquía alguna dentro del ente moral para que cometa el hecho delictivo –comúnmente llamados “*chivos expiatorios*” o bien “*sujetos fungibles*”–, de esta manera los órganos directivos de la persona jurídica beneficiada con el ilícito, pueden alegar desconocimiento de sus acciones y evitar de manera efectiva ser sujetos de la responsabilidad que les cabría respecto del delito cometido. El sistema de “*transferencia de la responsabilidad*” se denomina también objetivo, puesto que carece de un “accionar propio” de la persona jurídica. La comisión del ilícito por parte de un dependiente –junto con el cumplimiento de otros requisitos que variarán según el ordenamiento jurídico de que se trate– basta para que la persona jurídica involucrada sea susceptible de responsabilidad en la comisión del hecho. El que este modelo en particular prescinda de una arista subjetiva no es azaroso: de dicha característica esencial nace su segundo rasgo típico: No existe oportunidad ni forma alguna de probar debida diligencia. Aun cuando la diligencia por parte del ente moral haya existido, y haya sido de las más eficientes, no existe norma sustantiva que le permita excusarse, de ahí que su actividad o la falta de la misma, se vuelve irrelevante. Lo anterior nos lleva a enunciar las críticas o deficiencias que en doctrina se asignan a este modelo de imputación en específico.

³²² Teoría de la Identificación, Reino Unido.

En primer lugar, se critica que dicho método de imputación dista en exceso de ser un engranaje cooperador para una Política criminal más eficiente, porque no incentiva de manera alguna la autorregulación. Es más, muy por el contrario, invertir en métodos destinados a la prevención de delitos dentro del marco de las actividades de la empresa vendría a significar una pérdida de recursos materiales y humanos, puesto que, ante la eventualidad de un proceso criminal, dichos esfuerzos no serían considerados en forma alguna: ni como antecedentes ni base de exención de responsabilidad.

En segundo lugar, corresponde enunciar otra debilidad que apunta a la base jurídico filosófica de esta corriente, que si bien escapa del espectro de la presente tesis, es de vital importancia mencionar: se arguye en su contra la posible inconstitucionalidad que este sistema encierra, en razón de una presunta violación al principio de culpabilidad. Esta supuesta transgresión se manifestaría en diversos niveles: sanción a una personas inocente (por ejemplo: socios) e incompatibilidad con la premisa del *non bis in idem* y la respectiva proporcionalidad de la pena, entre otros. En otras palabras, se ha cuestionado: ¿es conforme a la Constitución castigar a un ente colectivo mediante una sanción de naturaleza penal?³²³.

Es oportuno hacer en este punto referencia a dos opiniones doctrinarias preponderantes y antagónicas a nivel nacional, sobre la crítica en comento. Por un lado, podemos citar la postura que manifiesta: “Si el derecho penal tomara en serio a las personas jurídicas –como lo hacen, por ejemplo, el Derecho mercantil y el Derecho administrativo– no debería sancionar a las personas naturales que encarnan sus órganos (...) Del hecho de que ello no ocurra se deduce que para el Derecho penal las personas jurídicas son personas sólo en sentido muy restringido y

³²³ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 103.

que, cuando se las “castiga”, en realidad se quiere influir sobre las decisiones que toman las personas naturales que las controlan o administran”³²⁴.

Paralelamente, se manifiesta que la posible “inconstitucionalidad” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tendría poco asidero, “porque de ser correcta la vulneración del principio de culpabilidad, en cuanto se admite crecientemente que dicho principio rige también en el orden de las sanciones administrativas, habría que reconocer, en consecuencia, que tampoco sería posible sancionar a las entidades en ese orden”³²⁵. En el ámbito de implementación positiva del modelo de imputación de transferencia de la responsabilidad, podemos declarar que, aunque variante en sus formas, se encuentra en diferentes ordenamientos, a saber: Inglaterra, Austria, Francia, España, Italia y Portugal que se encuentra aún en vía de proyecto³²⁶.

2. *Culpabilidad de la empresa*

El modelo de imputación denominado “culpabilidad de la empresa” se erige como la antítesis del modelo visto en el apartado anterior, dado que en él se prescinde de manera absoluta de la idea de la transferencia de la responsabilidad. En razón de lo anterior, este sistema también ha sido denominado “subjetivo” o de responsabilidad originaria o propia. En consideración a la ausencia de la “transferencia”, es lógico preguntarse: ¿Cuál es el factor de imputación de este modelo? ¿Qué criterio o requisito establece el legislador en esta oportunidad para atribuir responsabilidad penal al ente colectivo? Lamentablemente, no existe para dicha pregunta, una respuesta unívoca y aceptada por la generalidad de la

³²⁴ VAN WEEZEL, Alex, “*Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Polít. Crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 3, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf, Pág. 140.

³²⁵ HERNÁNDEZ, Héctor, “*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*”, Polít. Crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. Pág. 213.

³²⁶ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 89.

doctrina: la fundamentación de la culpabilidad de la empresa, ha encontrado al menos 4 vías diversas de manifestación, cada una con particularidades que deben ser rescatadas al momento de construir un concepto único. Con el objetivo de comprender cabalmente el modelo de imputación, se revisará someramente las diferentes corrientes que han nacido para determinar su contenido y características esenciales:

a) *Heine*

Efectúa un aporte para entender el concepto de “*culpabilidad de la empresa*” desde la perspectiva continental, a pesar de ser una institución propia del Derecho anglosajón. Construye un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por culpabilidad de la empresa, restringiendo las situaciones de facto a aquellas insertas en rubros de alta peligrosidad, generalmente, de tipo medioambiental. Así, se entiende que, de producirse un perjuicio a la sociedad o a una parte significativa de ella por la actividad típica de una empresa, forzosamente se debe concluir que ésta no ha ejercido de manera efectiva el control que su propia actividad –determinada por el rubro al que se dedica el ente moral–, justificando así el nacimiento y fundamentación de la “*culpabilidad de la empresa*”, en los siguientes supuestos: “casos de producción de determinadas perturbaciones sociales graves: muerte o lesiones graves de una cantidad indeterminada de personas, peligro común inusual (incendios, explosiones, graves daños materiales en edificaciones) o atentados especialmente graves para el ambiente, irreversibles o de recuperación a muy largo plazo o muy costosa”³²⁷, por lo que en este modelo la responsabilidad es de carácter excepcional y su ocurrencia será entonces muy poco habitual. Configurado así este modelo de imputación, se puede considerar como una noción híbrida: en parte se entiende como defecto de organización de la empresa y al mismo

³²⁷ DE LA CUESTA, José Luis, *Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el Derecho penal de las personas jurídicas*, en A. Messuti, J.A. Sampedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pág. 73.

tiempo, como culpabilidad por la conducción del ente moral³²⁸. Esta categorización adquiere vital importancia dentro del marco del proceso penal, especialmente en la etapa probatoria. Si la culpabilidad de la empresa se fundamenta en la mala conducción que se ha hecho de la misma, dicha calidad se convierte en un estado permanente o al menos duradero en el ente moral, volviéndose irrelevante el momento exacto de la comisión del delito que tuvo el resultado dañoso.

b) Lampe

Inicia sus reflexiones indicando que existen sistemas de injustos que pueden definirse como “las relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos”, que pueden ser simples o constituidos³²⁹, distinguiendo cuatro tipos específicos³³⁰:

1. Unión de personas criminales dirigida a un fin.
2. Agrupación criminalmente constituida.
3. Empresa económica con tendencia criminal, y por último.
4. Estado o institución estatal criminalmente pervertida.

Centraremos nuestra atención en el tercer tipo de sistema de injusto individualizado, dado que en su categoría caben las personas jurídicas, en el que se extrae la denominación “empresa económica” del ordenamiento jurídico

³²⁸ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 146.

³²⁹ Un sistema de injusto constituido es aquel que “adquiere su configuración institucional duradera mediante una constitución (o unos estatutos). Dicho *sistema* de injusto constituido no sólo es “más que la suma de las partes” –como el simple- sino que como institución es independiente del cambio de sus partes”, LAMPE, Ernst, “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, traducido por: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 61.

³³⁰ LAMPE, Ernst, “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, traducido por: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 61.

alemán, que a pesar de recurrir a dicha expresión en numerosas ocasiones no define el término en sede penal. Sin embargo, debemos entender que, en el marco de estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el concepto de “empresas económicas” viene a encarnar el término homólogo del sujeto que en este trabajo es objeto de nuestro estudio.

Según este planteamiento, los ilícitos dentro de una entidad económica pueden producirse por dos causas diferentes. La primera es la que ha denominado responsabilidad por filosofía de la empresa, y la segunda se constituye por una falla en la estructura organizativa. En ambos casos, se propone establecer que tanto el injusto como la culpabilidad del órgano sean entendidos como elementos propios de la empresa: “*De lege ferenda*, la responsabilidad jurídico-penal debería afectar, en primer lugar, a las empresas, siempre que hayan encontrado una forma jurídica propia. Y ello debido a que, cuando *su* injusto sistémico se ha transformado causalmente en un comportamiento antinormativo, entonces la justicia exige que, primariamente, el comportamiento sea imputado reflexivamente *a ellas* (...) Sólo tendrá que vincularse más concretamente esta responsabilidad a la *filosofía* empresarial, cuyo carácter criminógeno encuentra expresión en el comportamiento antinormativo de un miembro de la empresa”³³¹.

Respecto a los postulados de este planteamiento, se ha afirmado: “la culpabilidad de la empresa es consecuencia de un carácter empresarial defectuoso que se mantiene a lo largo del tiempo y que no se refiere a acciones concretas, sino al “ser” de la corporación”³³². En este sentido, se acentúa la conducción de la empresa –estado permanente o duradero– y no el hecho mismo del delito. Es decir, la infracción es sólo un resultado o un síntoma de un estado crítico mayor: la mala

³³¹ LAMPE, Ernst, “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, traducido por GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 61.

³³² NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 146.

administración y gestión de la persona jurídica. El gran aporte de esta corriente radica en que su concepto de “culpabilidad de la empresa” es amplio, pudiendo incluirse no sólo las acciones negligentes (permitidas o toleradas), sino también las dolosas (incentivadas, ordenadas), abriendo así un campo de graduación dentro del sistema conductual corporativo³³³.

c) *Fisse / Braithwaite*

Incluyen una nueva perspectiva temporal dentro del ámbito de la culpabilidad de la empresa. Según este postulado, el acento no debe ponerse ya en la conducta permanente de conducción de la empresa, y tampoco en el momento preciso en que se despliega la acción típica que deriva en un daño³³⁴: el momento que realmente determina la existencia o no de culpabilidad por parte de la empresa y la composición de dicha calidad es aquel que sigue a la comisión del delito, que en doctrina comparada se ha denominado “*culpa reactiva*” o “*reactive corporate fault*”: “La piedra angular de la *corporate reactive fault* es el diseño de las medidas postdelictivas tendentes a aumentar y asegurar el compromiso futuro de la empresa en la reparación y en la prevención de hechos similares”³³⁵. La motivación para construir este enfoque diferente nace de la dificultad que existe para probar que una determinada empresa o persona jurídica tiene en sí la real intención de delinquir. La cultura corporativa genuina se devela de manera más evidente y certera una vez cometido el delito: si por ejemplo se colabora con la Justicia recurriendo a ella incluso antes de que comience la investigación en contra de la empresa, una vez cometido el delito, existe en este caso la convicción fehaciente de que la intención de la persona jurídica del caso no pretende aprovecharse del ilícito cometido dentro

³³³ Es una importante distinción, que podría encontrarse plasmada positivamente en el código penal australiano, el que para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también distingue entre aquellos delitos dolosos de los meramente culposos o negligentes.

³³⁴ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 139.

³³⁵ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 140.

de sus funciones, poniendo en manos de la Justicia todos los beneficios que de dicho ilícito provienen. Si por el contrario *post-delito* existe una actitud de secretismo, al mismo tiempo que se despliegan maniobras para mantener los beneficios del ilícito dentro del capital empresarial, disimulando sus orígenes y borrando cualquier rastro existente que dé cuenta de la existencia de la conducta típica, es forzoso concluir que la real intención del ente moral era sacar provecho de dicho ilícito, y por ende existía la real voluntad de cometerlo, evadiendo al mismo tiempo cualquier mecanismo de control y auto-organización vigente en dicha empresa. Según la propuesta de estos autores, debería empoderarse al tribunal correspondiente para que, mediante los medios que le franquee la ley, le ordene investigar el crimen cometido en el ámbito de su propia empresa –considerando el manejo privilegiado de información que posee– pudiendo optar así a los beneficios procesales que dicha cooperación amerita. Uno de los grandes beneficios de este enfoque es que los costos del proceso criminal en virtud del cual se declarará la responsabilidad penal de la persona jurídica, son internalizados por la empresa objeto del juicio, dado que la investigación de los hechos corresponderá, por orden judicial, a sí misma. Al evitar la introducción del sistema judicial a la realidad compleja y altamente estructurada de las empresas que existen hoy en día, el ahorro en tiempo y dinero se vuelve del todo considerable y beneficioso.

d) *Gómez-Jara*

Este autor propone un modelo constructivista de autorresponsabilidad (atribución de un hecho propio) penal empresarial, destacando para ello “la intencionalidad” en el actuar corporativo. En primer lugar, propone analizar la estructura interna de la persona jurídica, enfocándose primordialmente en el sistema imperante de toma de decisiones de carácter empresarial. Una vez que es capaz de abstraerse un cierto procedimiento modelo que devalore valores corporativos estables en el ámbito decisorio, puede recién hablarse de que la persona jurídica puede ser considerada sujeto de derecho: “Así, al igual que el niño no es imputable en derecho

penal individual hasta que sus sistema psíquico no sea lo suficientemente complejo (...), tampoco la empresa puede considerarse imputable en el derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no sea lo suficientemente complejo, esto es, hasta que no haya alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoorganización-”.³³⁶

En segundo lugar, destaca la importancia de la existencia de “un buen clima ético” imperante dentro de las actividades de la empresa. Dicho ambiente puede constatarse a través de la existencia de medios eficientes y por sobre todo eficaces de autocontrol y regulación de las actividades propias de la empresa. Hace un esfuerzo por sindicar lo que sería el ánimo real de la empresa, entendiendo que toda organización compleja, multifuncional y de bastas dimensiones es más que la simple suma de las voluntades de todos quienes la componen. Así, cree que puede distinguirse entre un error “involuntario” o un leve descuido en el sistema de auto-organización, y la intención positiva de cometer un delito para beneficiar los intereses de dicho ente moral. Este punto es del todo relevante dentro de la teoría constructivista ya que reformula el concepto de culpabilidad en el marco penal empresarial: “(...) la forma de abordar la problemática que adopta el modelo constructivista es construir un concepto de culpabilidad empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí resulte *funcionalmente equivalente* (...)”³³⁷. La propuesta aporta un beneficio hasta ahora no presente en ninguna de las corrientes antes mencionadas: en esta concepción de “culpabilidad de la empresa”³³⁸ se puede distinguir entre el actuar doloso de un

³³⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, págs. 163-164.

³³⁷ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, págs. 163-164.

³³⁸ Se estima oportuno citar sus componentes básicos: “el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del derecho penal y, por último, la capacidad para

agente de la empresa que tiene por resultado una acción típica, y de los riesgos y consecuentes daños creados en razón de la naturaleza de la actividad a la que la empresa se dedica. Esta variante de entendimiento de culpabilidad de la empresa se encuentra acogida en Código australiano, el cual incluso llega a definir vía legislativa lo que debe entenderse por “cultura corporativa”. En síntesis, existen 4 variables de conceptos de “culpabilidad de la empresa”³³⁹, a saber:

CONCEPTO	AUTOR
<i>Culpabilidad de empresa entendido como cultura corporativa desviada</i>	Gómez-Jara (Consagrado a nivel legislativo en el sistema Australiano)
<i>Culpabilidad de empresa como defecto de organización</i>	Heine, y en parte Gómez-Jara (Consagrado a nivel legislativo en el Reino Unido)
<i>Culpabilidad de empresa como ausencia de un comportamiento post- delictivo adecuado</i>	Fisse y Braithwaite

cuestionar la vigencia de la norma” en GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de auto-responsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 166.

³³⁹ NIETO MARTIN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 146.

<p><i>Culpabilidad entendida como conducción defectuosa de la empresa</i></p>	<p>Heine y Lampe</p>
---	----------------------

La existencia de estas 4 corrientes diferentes no implica que se enfrenten como antagonistas la una a la otra, sino que muy por el contrario, todas las posturas tienen un rasgo distintivo que viene a erigirse como un aporte al momento de construir un concepto ambivalente e íntegro de la “culpabilidad de la empresa”. Entre las diferentes acotaciones existen distintos caminos y grados de especialización de sus elementos sustanciales, los que combinados crearían una institución doctrinaria completa y con una real capacidad de expansión en las diferentes legislaciones, sin importar si se trata de Derecho continental o bien anglosajón.

3. *Modelo mixto*

Como en la mayoría de las discusiones doctrinarias, existe también, en el caso de los modelos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una tercera variante que viene a crear el compromiso entre los dos modelos anteriormente expuestos y antónimos entre sí. El modelo mixto se construye a partir de la mezcla de elementos característicos y sustanciales, que se extraen de los modelos previos (es decir: el de transferencia de la responsabilidad y el de culpabilidad de la empresa) y que vienen a confabularse con el exclusivo objetivo de sortear las dificultades que cada uno de los modelos ya enunciados, presentan al ser concebidos de manera independiente entre ellos. Para comprender cabalmente este tercer modelo de imputación, es necesario visualizar dichos sistemas como procedimientos dinámicos, cuya actividad se presenta en variadas fases consecutivas, y que influye no sólo en la persona que será tenida por “responsable”

de la acción típica, sino también en la medida en que dicha responsabilidad se hará efectiva.

En primer lugar, corresponde situar nuestra atención en el modelo de transferencia de la responsabilidad. El elemento sustancial de su teoría que se presenta en el modelo mixto, es la consideración de la actuación del agente y la transferencia de responsabilidad de éste a la persona jurídica para la cual desempeña sus funciones. El sistema de imputación mixto “parte” de que la responsabilidad de la persona jurídica se fundamentará en los principios vicariales u objetivos. El beneficio³⁴⁰ de la incorporación de dicha característica será visible en todos aquellos casos en que la persona individual no sea capaz de ser determinada como el actor del hecho típico. Aun cuando falle la determinación del individuo podrá sujetarse a la empresa como responsable de los daños que por sus dependientes han sido creados.

Si tenemos presente lo visto con anterioridad, podremos recordar que el modelo de imputación de transferencia de la responsabilidad no estaba exento de vicios ni defectos. El más importante de ellos era aquel que decía relación con la imposibilidad de probar diligencia alguna que tuviera efecto en el proceso criminal sostenido en su contra. En otras palabras: una vez que se comprobaban los requisitos necesarios para la transferencia de la responsabilidad, la empresa no tenía opción alguna de restringir o disminuir su sanción, aun cuando la lógica y la debida proporcionalidad lo demandaban.

Así las cosas, con la vigencia de este modelo se arribaba a un obstáculo de proporciones desde la perspectiva político-criminal: dado que la persona jurídica poseía cero viabilidad de ajustar la eventual pena, existía al mismo tiempo

³⁴⁰ El beneficio al que se alude, se presentaría solo si dicho modelo de imputación de carácter vicarial incluyera dentro de su sistema la teoría de la identificación, en virtud de la cual se permite realizar la transferencia de la responsabilidad (del agente a la persona jurídica) aun cuando se desconozca el sujeto individual responsable, pero siempre y cuando se pueda atestiguar que pertenece a las dependencias del ente moral dentro de cuyas actividades se manifestó el ilícito.

cero incentivo para controlar los procesos internos del ente moral dentro de los cuales se anidaba la posibilidad del delito. Este aspecto atenta contra la eficacia y eficiencia no sólo de la política criminal, sino también contra la de los órganos encargados de administrar la justicia: tribunales, juez y toda la maquinaria procesal que se exige en movimiento para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es por todo lo anterior que el modelo mixto viene a solucionar la gran traba del modelo vicarial agregando a la idea de transferencia de responsabilidad, el concepto de culpabilidad de la empresa, manifestándose en la práctica en la posibilidad real que tiene la persona jurídica de disminuir o incluso excluir absolutamente su responsabilidad, siempre y cuando pruebe que dentro de su estructura existía un sistema de carácter preventivo de delitos. Con esta combinación de sistemas de imputación se puede aspirar a obtener los siguientes beneficios:

1. Existe mayor probabilidad de hacer efectiva la responsabilidad contra la empresa.

2. Existe mayor probabilidad de reparación del daño causado, dado que se asume que el patrimonio de una empresa es más abundante que el de la persona natural que comete la infracción.

3. Disminuye considerablemente la posibilidad de “evadir” la responsabilidad generada por el hecho ilícito, dado que no caben los denominados “sujetos fungibles” (autor del ilícito que asumía la responsabilidad y/o que al mismo tiempo era fácilmente reemplazable).

4. Existe una motivación por parte de la persona jurídica de elaborar un plan de autocontrol lo suficientemente sofisticado para que, en caso de investigación por un ilícito, pueda disminuir e incluso excluir su eventual responsabilidad penal.

5. Lo anterior repercute directamente en los órganos de la administración de justicia, dado que ahorrarán tiempo y dinero, llevando procesos más expeditos y con mayor colaboración por parte de los intervinientes.

IV.- Culpabilidad empresarial

1. Breve análisis

Existe un sector ampliamente mayoritario de la doctrina a quienes podríamos calificar como detractores de tal responsabilidad, insistiendo en dos conocidos escollos para su establecimiento estimados insalvables: acción y culpabilidad. La mayoría de la doctrina consideraba en este sentido que un ente colectivo, ya sea persona jurídica o empresa como realidad fáctica, no puede realizar una “acción” ni adquirir “culpabilidad”, tal como estos conceptos habían sido desarrollados en la teoría del delito de influencia alemana hasta el momento. Por otra parte, los partidarios del establecimiento de la responsabilidad penal de la empresa se asientan en las necesidades político-criminales que justificarían tal responsabilidad, a tenor del volumen de los delitos cometidos en las empresas, exigencias que se deberían, precisamente, a las dificultades fácticas y teóricas que la diferente situación en el plano colectivo, frente a los delitos previsionales, cometidos por un autor individual o número limitado de intervinientes, genera para llegar a una imputación individual. Estas críticas quedan sintetizadas en la imagen de que una “irresponsabilidad organizada” conforme la empresa se convierte en una cueva oscura de la que salen a la luz prácticas de inequívoca significación delictiva, pero en cuya penumbra interior resulta imposible averiguar algún responsable de estas emanaciones.

A día de hoy, la doctrina, tal vez llevada por la fuerza de los hechos, ha tendido a seguir las orientaciones del mundo anglosajón en cuanto a entender la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea diferente del Derecho administrativo sancionador, derivado ello fundamentalmente de las mayor gravedad de ilícitos cometidos por las personas

físicas amparadas en la nebulosa de una empresa o en beneficio de ellas o derechamente utilizándolas para cometer delitos de otra naturaleza como son el financiamiento del terrorismo, del narcotráfico o el lavado de activos provenientes de actividades ilícitas. La reseña histórica nos permitió describir que a lo largo del tiempo se fue entendiendo que los entes colectivos tenían responsabilidad penal, hasta llegar a las actuales personas jurídicas o entes ficticios con personalidad propia distinto de las personas físicas o naturales que las componen.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, que fue borrada del ámbito del Derecho por la Revolución francesa y los Códigos que sufrieron su influencia individualista (casi todos los de Europa), tiende a recobrar en los tiempos actuales su antiguo imperio. Varios congresos internacionales recomendaron su implantación en las legislaciones europeas y latinoamericanas. En definitiva y a día de hoy, en la Unión Europea la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad. Es por ello que muchos de los países europeos, en sus legislaciones nacionales, siguen establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con distintas modalidades, más o menos directas.

Entrando derechamente en el plano dogmático, para que exista delito por parte de las personas jurídicas, se sostiene o discute qué debe entenderse por acción. Para algunos, las personas jurídicas carecen de capacidad de acción. Frente a tal criterio se alzan múltiples otras alternativas. Para unos, resulta indiferente el concepto de acción que se mantenga en el Derecho penal de las personas físicas, pues siempre es trasladable a este otro contexto. Para otros, debe procederse a reformular el concepto tradicional en este otro ámbito. Hay quien ha sostenido que, independientemente de la definición que se defienda, la capacidad de acción de la persona jurídica se ha reconocido “bien entendiendo que la acción de los órganos de la misma constituye en realidad una acción de la propia persona jurídica, o bien entendiendo que, aunque la acción sólo puede ser propia del individuo que la ha realizado ... una acción

realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como acción propia de la misma»³⁴¹.

En lo que hace relación a la tipicidad de los delitos cometidos por personas jurídicas, ésta se encuentra fuertemente condicionada por dos factores. Por una parte, los tipos penales están mayoritariamente diseñados pensando en la conducta de personas naturales. Por otra, las personas jurídicas no tienen una existencia física. La conjunción de ambas ideas permite que entendamos que la afirmación de la tipicidad en el particular ámbito del Derecho penal de las entidades colectivas requiere de un juicio de atribución de la responsabilidad derivado de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por medio de la realización de una acción típica descrita en la Ley. Ésta, inevitablemente, deberá haber sido llevada a cabo por una persona física. Tal juicio corre paralelo al de imputación objetiva en el Derecho penal tradicional.

Para afirmar la tipicidad en el caso de delitos imputables a una persona jurídica, es preciso, en primer lugar, el «hecho de conexión», esto es, se ha de

³⁴¹ Vid. CEREZO MIR, José, *Derecho penal, Parte general*. Lecciones 26-40, UNED, 1997, p. 65; GRACIA MARTÍN, Luis, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en Act. Penal, N° 39, 1993, pp. 603 y ss.: del mismo. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal* (t. II). Zaragoza. 1986, pp. 9 y ss.; *Las consecuencias jurídicas del delito: El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Tirant lo Blanch, 2015*, p. 456. n. 56; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Actualidad Penal, 2, 1995, p. 20. En Alemania, SCHÜNEMANN, Bern, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln Berlin Bonn München, 1979, pp. 155 y ss.; WEIGEND, Thomas, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*. J. Int. Criminal Justice (2008) 6 (5): 927-945. DOI:<https://doi.org/10.1093/jicj/mqn069>. Published: 30 January 2009; BRENDER, Markus, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989, pp. 54 y ss.; HAEUSERMANN, Axel, *Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubject*. Freiburg i. Br, 2003, p. 143. Santiago MIR PUIG indicaba, acertadamente, que no es que la persona jurídica no sea capaz de acción en otros ámbitos jurídicos, sino que el Código Penal se venía refiriendo a acciones humanas (*Derecho penal, Parte general*, 9° Ed., Editorial Reppertor, Barcelona 2011, Lección 7, 70). José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*, Cuadernos de política criminal, ISSN 0210-4059, N° 81, 2003, p. 549, estima que el concepto de acción en los delitos de las personas físicas y el característico de las personas jurídicas deben ser conceptos diferentes. En esa línea, interpreta la capacidad de acción de las personas jurídicas como capacidad de organización Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», *Homenaje al Profesor Dr. D Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 429.

requerir que una persona física, o una pluralidad de ellas, hayan actuado, o dejado de hacerlo, en el contexto empresarial, societario o asociativo, o, en palabras del Código penal español, “en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho”. Se trata, pues, de una especie de accesoriadad de lo injusto de la persona jurídica con respecto a la acción u omisión de la persona física. En cuanto a la imputación de las acciones u omisiones de las personas físicas a las personas jurídicas, se han sustentado diversas construcciones. Se pueden esquematizar de forma sintética, al menos, tres modelos teóricos y prácticos orientados a resolverla. Una primera opción consiste en estimar que la responsabilidad de la empresa se desencadena sólo por actos u omisiones cometidos por los órganos o representantes legales, esto es, formalmente cualificados para actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Un segundo modelo extiende la responsabilidad de la persona jurídica por todos los actos llevados a cabo por cualquier persona física, que actúe en nombre de la empresa o en favor de ella, incluyendo los actos de todos los empleados o dependientes de la persona jurídica. Una tercera opción político-criminal vendría dada por los sistemas mixtos, a medio camino entre los dos anteriores y conforme a los cuales sólo tienen capacidad para comprometer penalmente a la empresa quienes se encuentran en su estructura en una posición dirigente, la cual puede oscilar según los diversos modelos. Otra forma de entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas dice relación con lo que se denomina “falta de control debido”. No será bastante con la actuación positiva u omisión del personal, llamémoslo subordinado, sino que será preciso que no se haya ejercido «el debido control...» en las circunstancias del caso concreto.

En el marco de una parte general del Derecho penal de las personas jurídicas, cabe imputar a éstas no sólo una acción positiva, sino también una omisión. Admitido que las organizaciones colectivas pueden ser jurídico-penalmente responsables, no hay razón alguna para excluir tal posibilidad que, por otra parte, se acepta expresamente en determinadas figuras de delito. En lo que hace a la

culpabilidad de las personas jurídicas, se puede sostener que hay tres grandes opciones de partida. En primer lugar, estimar que no es preciso mantener la exigencia de culpabilidad cuando el infractor es una persona jurídica. En segundo lugar, acudir a una culpabilidad por representación, es decir, a la persona jurídica se le imputaría la culpabilidad de la persona física realmente actuante. En tercer lugar, elaborar una forma de culpabilidad específica para las empresas o entes colectivos.

Las personas jurídicas a día de hoy son sujetos de responsabilidad penal por sus actuaciones ilícitas, ya sea que ello derive de un actuar positivo o de una omisión que derive del actuar de sus administradores o de los subordinados cuando existe falta de control en la entidad. La realidad económica y la globalización de las relaciones de todo orden a nivel mundial han llevado a entender que acciones u omisiones de dichos entes ameritan ser sancionadas penalmente y ya no sólo desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionador, ya sea por la gravedad de sus conductas como por las consecuencias que de ellas se derivan.

2. *El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*

A) *El modelo mixto de imputación*

Existen dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas: el modelo vicarial y el modelo de culpabilidad³⁴². Recordemos brevemente que los postulados del modelo vicarial pasan por la «transferencia» de la responsabilidad de la persona física que comete el hecho delictivo a la persona jurídica a la que se le atribuye, fruto de esa conexión, el delito. Por su parte, el modelo de culpabilidad, en todas sus variantes, se caracteriza grosso modo por no depender de la actuación de una persona física, de modo que la persona jurídica podrá ser castigada penalmente sin necesidad de realizar ninguna transferencia de

³⁴² Vid. NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 85 ss.; BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

responsabilidad. El interrogante que debemos plantearnos es si el modelo de responsabilidad instaurado por la LO 5/2010 se sitúa en una u otra tendencia. La cuestión es más compleja de lo que a simple vista pudiera parecer, por la ambigüedad que el artículo 31.bis CP manifiesta. Si bien la LO 5/2010 estableció de forma definitiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la nueva regulación no permite cicatrizar las heridas abiertas. De este modo, entre los autores que se han pronunciado sobre la nueva regulación de la Ley penal, aún siguen apareciendo posiciones encontradas³⁴³.

Existen no pocos científicos que consideran que con la reforma penal experimentada por la LO 5/2010 y el advenimiento definitivo del sistema *societas delinquere potest*, el legislador definitivamente ha instaurado un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta idea basculará principalmente sobre aquellas previsiones del artículo 31.bis CP que de alguna manera alejan la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la de las personas físicas: 1) la posibilidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o

³⁴³ Existen no pocos autores que consideran que con la reforma penal experimentada por la LO 5/2010 y el advenimiento del sistema *societas delinquere potest*, el Legislador definitivamente ha instaurado un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Puede verse en este sentido, entre otros, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás y JUANES PECES, Ángel, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010, Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor*», en Diario La Ley, nº 7501, 2010, págs. 4 ss.; MORALES PRATS, Fermín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español*, Estudios jurídicos, ISSN-e 1888-7740, Nº. 2011, 2011, pág. 53; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*», Diario La Ley, nº 7534, 2010, págs. 5 ss.; NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*. Revista jurídica galega, ISSN 1132-6433, Nº. 63, 2009, págs. 55 ss.. De otra parte, un sector diferente de la doctrina parece entender, con razón, que nos encontramos ante lo que podríamos denominar un «modelo mixto de imputación».

No todos utilizan esta terminología, aunque sí parecen apostar por ello. *Vid.* MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*», en Revista internauta de práctica jurídica, nº 26, 2011, págs. 69 ss.; MORÓN LERMA, Esther, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político criminales*, en TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 374; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho penal*, Aranzadi, 2010, págs. 684 y 685; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «*Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa*», en Diario La Ley, nº 7670, 2011, pág. 7, que parece que también apuesta por esta solución al referirse a un «modelo amplio de identificación».

no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella –artículo 31.bis.2 CP– y 2) la incomunicabilidad de las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física o agraven su responsabilidad y la persecución de las personas jurídicas pese a que los individuos físicos hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia –artículo 31.bis.3 CP–. Se afirma, recogiendo estas previsiones, que puesto que no hay pena sin dolo o imprudencia, «si para imponer una pena del art. 33 a las personas físicas no basta con la culpabilidad de su representante legal, tampoco resulta suficiente para imponer las penas contenidas en el mismo artículo a la persona jurídica la mera culpabilidad de la persona física que la representa»³⁴⁴. Por eso se entiende que el legislador ha optado por una responsabilidad autónoma, de modo que para garantizar los principios básicos del Derecho penal resulta imprescindible consignar la culpabilidad de la propia persona jurídica³⁴⁵.

Por otra parte, se propone también la opción por la responsabilidad directa de la persona jurídica, no dependiente por tanto de la persona física que lleva a cabo el delito, con el objetivo de solucionar los inconvenientes dogmáticos que plantea la regulación actual, principalmente en lo que respecta a la posibilidad de sancionar a la persona jurídica cuando la persona física no ha sido determinada o individualizada³⁴⁶. Se considera igualmente que la responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 31.bis CP debe interpretarse en atención al modelo de culpabilidad, y así, diferencia entre las dos vías de asunción de responsabilidad que establece el precepto indicado. Dice el autor que aunque en la primera vía se hace referencia a la comisión de un delito por los representantes de la persona jurídica en

³⁴⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal*», Diario La Ley, nº 7534, 2010, págs. 8 ss.

³⁴⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal*», Diario La Ley, nº 7534, 2010, pág. 9.

³⁴⁶ «Si el delito es un comportamiento tipificado en la ley, antijurídico y culpable, difícilmente se puede concebir realmente un delito del que no se conoce al autor», asegura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*», Aranzadi, 2000, pág. 316.

beneficio de ésta, «pareciendo» apuntar a un modelo de responsabilidad vicarial, sin embargo, «una interpretación sistemática y conforme a la constitución de este precepto conduce a resultados distintos»³⁴⁷. Respecto de la segunda vía de asunción de responsabilidad, su propia estructura haría más factible una apuesta por el modelo de culpabilidad y por tanto de autorresponsabilidad empresarial. Conforme a la segunda vía, no se exigiría comprobar que un concreto administrador no ha vigilado correctamente al subordinado que cometió el delito, sino que los administradores no implementaron un conjunto de medidas organizativas con el objetivo de impedir a los empleados de la empresa realizar hechos delictivos. Así, se asevera que esta solución conduce a mejores resultados prácticos respecto de las grandes empresas³⁴⁸.

Sin embargo, lo cierto es que otro sector muy importante de la doctrina ha manifestado que el Código penal no recoge en puridad una responsabilidad propia o autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad por el hecho de otro o responsabilidad vicarial, que no es otra cosa que atribuir la responsabilidad penal a una persona jurídica por la actuación de una persona física que reúne determinadas cualidades, ostenta un papel de calado en nuestra regulación. Aparece así la posibilidad de un modelo a caballo entre la responsabilidad vicaria y la de

³⁴⁷ NIETO MARTÍN, Adán, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (et alt.), *Curso de Derecho penal, Parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, pág. 552. Así, el autor arguye que si se interpreta sistemáticamente el primer párrafo del artículo 31.bis.1 CP con el artículo 31.bis.4.b) CP, que se refiere a la circunstancia atenuante a la que hemos prestado atención con anterioridad, la conclusión que se debe extraer es que «si el CP incita a que las medidas se implementen tras la realización del hecho, necesariamente debe tener relevancia para la imputación de la persona jurídica, si éstas cuenta con ellas antes de la comisión del delito» sic. Del mismo modo, dirá el autor que una interpretación conforme a la Constitución del primer párrafo del artículo 31.bis 1 CP parte de la constatación empírica de que cuando los administradores de la empresa cometen un hecho delictivo es poco creíble que se hayan esforzado en implementar en el interior de la empresa medidas de organización destinadas prevenir y descubrir hechos delictivos pues «si la cúspide de la empresa desprecia la legalidad es posible que toda la organización se contagie de ese espíritu criminal».

³⁴⁸ NIETO MARTÍN, Adán, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (et alt.), *Curso de Derecho penal, Parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, pág. 550.

culpabilidad de la empresa, esto es, un sistema mixto que parte de la heterorresponsabilidad y se encamina a la autorresponsabilidad³⁴⁹. Se afirma, pues, que no existe una responsabilidad plenamente autónoma de la persona jurídica, sino que ésta se encuentra condicionada por la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica o por su cuenta o beneficio³⁵⁰. Se trataría de una fórmula intermedia, que combina el modelo de transferencia de responsabilidad con el de culpabilidad empresarial «al otorgar al cumplimiento de las obligaciones de control por parte de quienes ocupan una posición de dirección [...] efectos eximentes o, al menos, atenuatorios respecto de la responsabilidad transferida a la empresa»³⁵¹. En este modelo, como en el vicarial, será esencial no las personas físicas en sí sino la existencia de un «hecho de conexión» atribuible a las personas físicas. El «hecho de conexión» es ese «hecho» –o delito– cometido por las personas físicas que el Código prevé en el artículo 31.bis.1 y que luego es trasladado a la persona jurídica.

Sin embargo, es cierto que un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno puede dar lugar a problemas dogmáticos, y que castigar a una persona jurídica por el delito de una persona física cuando no ha sido posible siquiera determinar la identidad de esta última entraña serios inconvenientes, incluso a nivel constitucional. Así las cosas, sobre la base de un modelo de transferencia de responsabilidad, pero ante el peligro de una desnaturalización de los principios más elementales del Derecho penal, debemos estar de acuerdo con la consideración de que el modelo de imputación establecido por el legislador debe basarse no sólo en la existencia de un hecho de conexión, sino en otros elementos tales como el

³⁴⁹ MARTINEZ PARDO, Vicente José, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Internacional de Práctica Jurídica N° 26, año 2011, pp. 69 ss.

³⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho penal*, Aranzadi, 2010, págs. 684 y 685.

³⁵¹ MORÓN LERMA, Esther, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político criminales*, en TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 374 ss.

«defecto de organización»³⁵². Por el contrario, si se atiende sólo al hecho de conexión, se caería en la responsabilidad objetiva, prohibida, y en todo caso indeseable en el Derecho penal. Es aquí donde mejor se observa la mixtura entre el modelo de transferencia y el de culpabilidad. En este sentido, atender al defecto de organización consistiría en bucear en la organización de la empresa para comprobar si se infringen o no de manera continuada de deberes de organización, donde los programas de cumplimiento de las empresas constituirán el mejor indicador.

De este modo, en nuestra opinión, el hecho de que exista cierta independencia entre las responsabilidades, no implicaría que podamos hablar de un modelo de culpabilidad de la propia persona jurídica *per se*. Es posible que el modelo de responsabilidad establecido en el Código penal mire de algún modo hacia la autorresponsabilidad penal, pero mientras tal responsabilidad aparezca supeditada a las acciones u omisiones de las personas físicas que se detallan en el artículo 31.bis.1 CP, hablar de culpabilidad propia de la persona jurídica es imposible, sea o no deseable *de lege ferenda*. Inclusive, autores que parecen partidarios de entender el artículo 31.bis CP como incardinado en el modelo de autorresponsabilidad penal, confiesan que «si no existe un autor de delito o es declarado no culpable, difícilmente puede haber hecho de conexión»³⁵³ o incluso se ha dicho que el delito cometido por parte de la persona física «constituye una condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización»³⁵⁴. Se ha señalado que «aunque algunos comentaristas se empeñen en sostener que la Reforma de 2010 consagra la responsabilidad penal «directa y autónoma» de las personas jurídicas, el inequívoco tenor del texto legal que acabamos de transcribir

³⁵² BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno», Diario La Ley, nº 7541, 2011, págs. 4 ss.

³⁵³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de Imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, 2000, pág. 322.

³⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*. Revista xurídica galega, ISSN 1132-6433, Nº. 63, 2009, pág. 61.

lo desmiente»³⁵⁵. Tales consideraciones hacen que debamos pronunciarnos, como considera la mayor parte de la doctrina, por un modelo mixto de imputación de la culpabilidad de las personas jurídicas.

B) *La revalorización de la autorregulación tras la asunción del modelo ‘societas delinquere potest’ en el Código penal español*

La autorregulación, desde el punto de vista de la criminalidad de las personas jurídicas, implica la adopción por parte de las mismas de medidas organizativas encaminadas a la prevención de ilícitos penales en su seno³⁵⁶. Sutilmente hemos avanzado que la auto-organización adquiere para el Derecho penal consecuencias prácticas de las que antes carecía. Evidentemente, la discusión sobre el peso que jugará la autorregulación ante el nuevo panorama legislativo dependerá del modelo de imputación que escojamos. A tal efecto recordamos que en nuestra opinión la mejor opción, y la que parece seguir un sector mayoritario de la doctrina, es entender que nos hallamos ante un modelo mixto de imputación. Si apostáramos sin embargo, como lo hace parte destacada de la doctrina, por un modelo de imputación basado en la auténtica culpabilidad de la persona jurídica, en su autorresponsabilidad, entonces probablemente la autorregulación sería cardinal en nuestro planteamiento³⁵⁷. Pero lo cierto es que, se apueste o no por la

³⁵⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político criminal y dogmática*», en *Otrosí*, nº 6, 2011, pág. 10.

³⁵⁶ Lo cierto es que el término «autorregulación» carece de concepto unívoco: con probabilidad existirán diferentes definiciones en función del ámbito científico en el que nos movamos (ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «*Introducción a la autorregulación*», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 19 ss.). Con todo, en la aproximación que estamos realizando bastará con la propia definición semántica que marca el diccionario: «autorregularse» en definitiva es «regularse a sí mismo», lo que a su vez implica «determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo» (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 2001.)

³⁵⁷ Efectivamente, es muy destacada la importancia que la autorregulación juega en los modelos de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Especialmente los sistemas basados en la culpabilidad de la misma persona jurídica se orientan a estimular la fidelidad al Derecho de la persona jurídica, a través de una autorregulación empresarial que en definitiva conlleva el establecimiento de una «cultura empresarial de cumplimiento con del Derecho»

culpabilidad de la propia empresa, si entendemos que el modelo de imputación seguido por el legislador es de tipo mixto, esto es, situado entre el sistema vicarial y el de culpabilidad, el establecimiento de programas de cumplimiento empresarial encaminados a prevenir y descubrir futuros delitos debería tener también un importante papel. Efectivamente, para muchos autores, incluso aquellos que afirman que el modelo instaurado no es de responsabilidad «completamente autónoma», el defecto de organización de la empresa se convierte en condición indispensable para atribuir responsabilidad a la persona jurídica. Pero aun más, la importancia de la autorregulación se enerva si observamos la atenuante que el Código penal establece en el artículo 31.bis.4.d): «haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». Dijimos ya en su momento, a propósito de esta novedosa atenuante expresamente contemplada, que las «medidas eficaces» a las que se refiere el precepto se compaginan bien con la idea de los programas de cumplimiento empresarial y la autorregulación de las personas jurídicas. De este modo, una persona jurídica que cometa un delito verá su pena atenuada si con posterioridad al hecho ilícito adopta un determinado programa de cumplimiento empresarial encaminado a prevenir y descubrir futuros delitos.

Así las cosas, queda claro que si la persona jurídica instaura un código o programa de cumplimiento, esto es, si establece un modelo de organización determinado que esté orientado a la prevención y descubrimiento de delitos que pudieran cometerse con sus medios o bajo su cobertura, podrá ver atenuada su

(GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Auto-organización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 8, 2006, pág. 26). Desde esta perspectiva, adquiere gran relevancia el «defecto de organización» como elemento que permite afirmar que una persona jurídica es culpable conforme a Derecho. Así, la culpabilidad de la empresa por defecto de organización significa que no se han cumplido eficazmente las obligaciones de autorregulación que impone el Derecho, y donde no existan tales regulaciones, aquellas que imponen los códigos éticos o de conducta (NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, pág. 218).

responsabilidad si ello se lleva a cabo con posterioridad al ilícito. Lo que no está tan claro, independientemente de las razones de justicia material que pudieran esgrimirse, es qué ocurriría si la persona jurídica poseyera un programa de estas características con anterioridad al ilícito. Para los partidarios de la culpabilidad de la organización, e incluso para algunos de los que están a favor de un *tertium genus*, la respuesta debería ser clara: si la persona ha adoptado todas las medidas posibles no es culpable, y por tanto no puede irrogarse responsabilidad penal. En efecto, la lógica dice que si la existencia del programa preventivo *ex post factum* puede atenuar la responsabilidad, uno *ex ante factum* debería eximirlo, e igualmente esta interpretación se acompaña mejor con el principio de culpabilidad y cumpliría mejor los fines preventivos de la pena. Con todo, no debe olvidarse que una eximente de estas características no está expresamente contemplada en nuestro Código penal. Por ese motivo algunos autores se oponen a la posibilidad de dotar de efectos eximentes a la implementación de medidas o programas de cumplimiento para evitar el defecto de organización con anterioridad al hecho delictivo³⁵⁸. Sin embargo, se ha afirmado que «el argumento de que esta consecuencia sólo sería válida si estuviera expresamente establecida en el derecho positivo [...] no toma en cuenta que la culpabilidad de la organización tiene una función legitimante de la pena o de la sanción y que, por ello, opera como un presupuesto necesario de las mismas y estará implícito en toda la legislación que se apoye en el principio de culpabilidad»³⁵⁹. Del mismo modo, de atender al tenor literal del texto legal, las empresas acabarían respondiendo penalmente aunque se comportaran correctamente, esto es, aunque fueran diligentes y hubieran implementado correctamente un programa de prevención de delitos; de modo que ello implicaría que «las personas jurídicas en realidad no pueden hacer nada contra la

³⁵⁸ Así, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «*Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa*», en *Diario La Ley*, n° 7670, 2011, págs. 7 y 8.

³⁵⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «*Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009*», *Diario La Ley*, n° 7442, 2010, pág. 8.

responsabilidad penal»³⁶⁰. Por ello debemos repetir que el modelo de imputación establecido por el Legislador debe basarse no sólo en la existencia de un hecho de conexión, sino también en otros elementos tales como el «defecto de organización», entendido como la no adopción o la adopción defectuosa de un programa de cumplimiento, motivo por el cual creemos que la autorregulación de las personas jurídicas jugará un papel cardinal en el sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas establecido.

³⁶⁰ FEIJOO ANCHEZ, Bernardo, *“Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), Autorregulación y sanciones, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 209.*

CAPÍTULO V

RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN ESPAÑA. ANÁLISIS DEL ART. 31 CP

I.- Evolución doctrinal y legislativa reciente

La doctrina española se ha posicionado, a lo largo de los años, como una de las que con mayor ahínco ha desarrollado la discusión acerca de la legitimidad de atribuir responsabilidad penal a los entes morales, y bajo qué condiciones esta imputación debe llevarse a cabo para respetar los principios del derecho penal basados en la teoría del delito. Como parte de la tradición jurídico-penal continental, España se ha mantenido muy activa en esta importante discusión a nivel mundial a lo largo del siglo XX, pero aun así los intentos por concretar la derogación del principio *societas delinquere non potest*, tendencia apoyada por buena parte de la doctrina, que ve a las personas jurídicas como el principal ente criminológico de la sociedad actual, no habían tenido éxito hasta hoy. En diciembre de 2010³⁶¹, la legislación española se ha adherido a esta tendencia, incorporando directamente en su Código penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como país, con tradición jurídica continental, España mantenía indiscutiblemente el principio *societas delinquere non potest*, siendo las personas físicas las únicas capaces de cometer delitos y ser sancionadas penalmente por ello. La teoría del delito construida sobre el actuar del individuo, dotado de conciencia y libertad,

³⁶¹ Boletín Oficial del Estado Nº 152. 23 de Junio de 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.

en la comisión del hecho ilícito, impidió al legislador llevar a cabo, en forma directa, la extensión de la responsabilidad penal a los entes morales.

Lo anterior rigió sin mayor contrapeso, hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, específicamente con la inclusión de los artículos 31 y 129. Este último precepto introdujo la posibilidad de imponer medidas a personas jurídicas y empresas en su parte general, las “consecuencias accesorias” que constituyen un catálogo de medidas que el Juez podía imponer a los entes morales solo en los casos específicamente previstos por el Código Penal. El artículo 31 reguló la responsabilidad por el actuar en nombre de otro, imputando a la persona física la posible responsabilidad penal derivada de la actuación a través de la persona jurídica³⁶².

A partir de esta reforma, deja de ser pacífica la opinión acerca de la vigencia irrestricta del principio *societas delinquere non potest*, y se comienza a discutir derechamente si el legislador español admitió a través de las “consecuencias accesorias” la responsabilidad penal de las personas jurídicas o sólo fueron concebidas como medidas no punitivas tendientes a contrarrestar la peligrosidad de las empresas³⁶³. La discusión sobre la naturaleza jurídica de estas “consecuencias accesorias” y los principios que fundamentaban su aplicación se presentó como el principal punto de interés para dilucidar la verdadera intención del legislador, toda vez que las personas jurídicas no se encontraban reconocidas expresamente como sujetos imputables.

Como era de esperar, el debate se centró en determinar si las consecuencias accesorias tenían el carácter de penas, medidas de seguridad o eran una modalidad

³⁶² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis:, *Una nueva línea de intervención penal: el Derecho penal de las personas jurídicas*, En: A. Messuti, J. A. Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, Pág. 68.

³⁶³ MIR PUIG, Santiago, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, [En Línea]. En: MIR PUIG, Santiago, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, [En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

de sanciones penales diferentes³⁶⁴. A primera vista se entiende que el legislador no quiso resolver directamente el problema de atribución de responsabilidad penal que le producían las empresas a nivel de dogmática jurídico penal, por lo cual se alejó de los conceptos de penas y medidas de seguridad³⁶⁵. El punto fue determinar, si aquello se trataba de un problema meramente nominal o de política criminal.

Para una parte de la doctrina, la naturaleza jurídica del artículo 129 se explicaba en razón de que la aplicación de estas consecuencias accesorias dependía de la imposición previa de una pena o medida de seguridad, por lo tanto se estaría ante una responsabilidad subsidiaria de la responsabilidad penal de una persona física. Por otro lado, había quienes afirmaban categóricamente que la persona jurídica no podía ser sujeto de pena ni de una medida de seguridad, pero si aceptaban la imposición de sanciones en resguardo de la peligrosidad de los entes morales. Bajo esta idea, se distinguen las consecuencias accesorias como sanciones a cosas u organizaciones que son incapaces de delinquir pero que son peligrosas por favorecer la comisión de delitos a las personas físicas.

Otros autores consideran que se tratan de penas en sentido estricto, ya que la única calificación posible es la de reconocer que son sanciones penales, tomando en consideración lo establecido por el Tribunal Constitucional Español, el cual destaca la vigencia del artículo 5 del Código penal (“No hay pena sin dolo o imprudencia”) indiscutiblemente consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, junto con afirmar que ello no impide que a las personas jurídicas se les reconozca capacidad infractora, sólo que el principio de culpabilidad

³⁶⁴ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas*, en *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, 2005, pág. 107.

³⁶⁵ En este sentido, Santiago MIR PUIG afirma: “La vía elegida por el CP español de 1995 tiene la ventaja de que evita las importantes dificultades dogmáticas que encuentra la imposición de verdaderas penas a personas jurídicas y empresas, pero su concreta formulación adolece en parte de ciertos límites y en parte limita excesivamente su eficacia preventiva”. MIR PUIG, Santiago, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídica*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, [En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>

se aplicaría de manera distinta³⁶⁶. En este sentido, si la aplicación de las consecuencias accesorias tiene como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica, deben ser entendidas como penas.

Haciendo referencia al anterior criterio, se afirma que el cumplimiento de las garantías debidas de la imposición de una sanción de la que las personas jurídicas también deben gozar como sujetos de Derecho³⁶⁷. “Esta opinión es la más acertada, pues es la única forma que verdaderas penas a personas jurídicas y empresas, pero su concreta formulación adolece en parte de ciertos límites y en parte limita excesivamente su eficacia preventiva³⁶⁸”.

Más allá de las distintas posiciones doctrinarias, tendentes a apoyar o no el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes morales en el ordenamiento jurídicos español, lo cierto era que hasta esa fecha la presentación de la empresa como sujeto imputable era simplemente una construcción *de lege ferenda*, que carecía de consagración expresa en el Código penal español. Por eso mismo, el principio *societas delinquere non potest*, continuaba vigente, mayoritariamente por los problemas dogmáticos que significaba el principio de culpabilidad en la atribución de responsabilidad penal a los entes morales, problema que a pesar de las propuestas doctrinarias para lograr su superación³⁶⁹, no lograban convencer del todo a parte importante de la doctrina española, fundamentalmente porque siempre se caía finalmente en el accionar de la persona física encargada.

³⁶⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teorías de la pena y responsabilidad de las personas jurídicas*, Cursos de Derecho penal económico, Marcial Pons, 2005, págs. 71-72.

³⁶⁷ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas*, en Curso de Derecho penal económico, Marcial Pons, 2005, págs. 111-113.

³⁶⁸ MIR PUIG, Santiago, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídica*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, [En Línea]. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

³⁶⁹ Véase apartado A.2 en relación a que la culpabilidad de la empresa se puede entender, como defecto de organización, cultura corporativa desviada, conducción defectuosa de la empresa, entre otras construcciones aportadas por la doctrina para construir un modelo basado en el hecho propio de la persona jurídica.

En relación a la posición aludida se ha indicado asimismo que “se trataría de una imputación derivada de la responsabilidad de un persona física que no tendría en cuenta la persona jurídica como sujeto activo del delito. El sujeto activo seguiría siendo la persona física y no la empresa manteniéndose así el tradicional principio romano-germánico *societas delinquere non potest*”³⁷⁰.

Las críticas asociadas al reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes morales se han centrado fundamentalmente en la carencia de capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, además de la supuesta vulneración del principio *non bis in idem* y de la doctrina del levantamiento del velo, que propugna el esclarecimiento de los delitos, impidiendo que las personas físicas se escuden detrás de las empresas. Todos estos elementos que formaban una especie de barrera impenetrable fueron superados cuando el 22 de junio de 2010 se publica la Ley Orgánica 5/2010 que modifica el Código penal de 1995, reconociendo expresamente a las personas jurídicas como sujeto de derecho, imputables penalmente, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, fecha a partir de la cual la superación del principio *societas delinquere non potest* en la legislación española fue un hecho. La necesidad político criminal por contrarrestar el poder criminológico de los entes morales fue finalmente más fuerte que los problemas dogmáticos que presentaba la instauración de esta responsabilidad. Las influencias internacionales también plantearon un punto a favor de la consagración positiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que hace tiempo abogaban, en diferentes tratados y convenciones³⁷¹, por que se avanzara en conjunto en este tema.

³⁷⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, *Sanciones para empresas por el delito contra el medio ambiente*, Civitas, 2002. Pág. 139

³⁷¹ Junto a los Protocolos y Convenios suscritos por la Unión Europea, el Consejo de Europa viene desde mediados de siglo XX, abogando por una solución eficaz a la criminalidad de las sociedades u entidades jurídicas, por lo cual se han aprobado múltiples resoluciones y recomendaciones a favor de contrarrestar el poder criminógeno de las empresas. La Recomendación N° (88) 18 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre criminalidad económica, “permitió escoger una de estas posibilidades: punibilidad real de las personas jurídicas o la introducción de nuevas formas de sanciones administrativas, pero sin embargo, recomienda

Con la vigencia de esta ley, España se pone al día en la lucha contra la criminalidad empresarial. Específicamente con esta reforma, se producen dos cambios trascendentes: primero, deja de denominarse “consecuencias accesorias” a las medidas impuestas a las personas jurídicas³⁷², para llamarse derechamente penas; segundo, ya no sería necesario que se establezca responsabilidad en la persona física para imponerle penas al ente moral³⁷³. Otro punto importante es que el legislador español, optó por la técnica del *numerus clausus*, conforme a la cual sólo es posible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto de un grupo concreto de delitos preestablecido expresamente en el Código penal, entre ellos promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad del tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis); trata de seres humanos (art.177 bis, 7); delitos relativos a la prostitución (art.189 bis); delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3); estafa (art.251 bis); insolvencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264.4); propiedad intelectual, industrial y contra el mercado y los consumidores (art.288); blanqueo de capitales (art.302.2); delitos contra la hacienda pública y la seguridad social (art. 310 bis); corrupción de funcionarios extranjeros (art.445); criminalidad empresarial (art. 570 quáter); financiación del terrorismo (art.

insistentemente la utilización efectiva de una u otra posibilidad para obtener éxito frente a un problema central de la criminalidad económica dado que la mayoría de los delitos económicos se lleva a cabo mediante o con la ayuda de empresas económicas”: véase MARTINEZ DE VICENTE, Rosario, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias*, Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo, N°1, Ed. Legis, Bogotá, octubre-diciembre 2002, págs. 43-45. En este mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Una nueva línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas*, en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, págs. 69,70.

³⁷² A pesar de desvincularse el concepto de consecuencias accesorias respecto de las sanciones impuestas a las personas jurídicas, lo cierto es que éstas no dejan de ser parte del Código Penal español, ya que el artículo 129 sigue vigente respecto de las entidades sin personalidad jurídica.

³⁷³ TOMILLO GÓMEZ, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010, pág. 24.

576 bis) etc.³⁷⁴. La pregunta central ahora es dilucidar en qué términos el legislador español consagró esta responsabilidad penal:

Como primer punto, se suprime el apartado 2 del artículo 31, que establecía: “2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.” Debido a que, como ya ahondaremos más adelante, se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas con independencia de la individualización de la persona física.

Sin embargo, la principal reforma se centra en el contenido del nuevo artículo 31 bis, que establece lo siguiente:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su

³⁷⁴ Rnumeración detallada de los delitos comprendidos dentro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los que quedan fuera, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *La introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010, págs. 18-19.

responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativa o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”³⁷⁵.

Con la introducción de este artículo, se reconoce expresamente a la persona jurídica como sujeto de derecho, permitiendo que sea imputable por el derecho penal, dejando atrás las discusiones dogmáticas que abogaban por la inclusión o por el rechazo de esta nueva responsabilidad dentro del ordenamiento jurídico

³⁷⁵ Boletín Oficial del Estado N° 152, miércoles 23 de junio de 2010. Sec.1. Pp. 54825. [En Línea] En <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>.

español. Consecuentemente el legislador agrega el apartado 7 al artículo 33³⁷⁶, dentro del cual establece expresamente las penas aplicables a las personas jurídicas, las cuales tendrán el carácter de graves. Estas penas son: multa; disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades por un plazo máximo de 5 años; clausura de sus locales por un plazo máximo de 5 años; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas; Intervención judicial. Lógicamente el debate acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias queda en desuso, dado que expresamente el legislador español habla de penas, impidiendo que se siga prestando para diferentes interpretaciones doctrinarias.

A partir de la inclusión de las penas impuestas a las personas jurídicas en el apartado 7 del artículo 33, se modificó el artículo 129, el cual actualmente se ocupa de aquellas entidades que por carecer de personalidad jurídica, quedan fuera del artículo 31 bis antes citado, permitiéndole al juez aplicar una o varias de las consecuencias accesorias a la pena que le corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7, siempre que se trate de delitos que el Código penal expresamente permite atribuir responsabilidad penal a los entes morales³⁷⁷.

II.- Modelo de atribución de responsabilidad penal utilizado

En atención a las modificaciones introducidas por la ley orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue reconocida plenamente por el ordenamiento jurídico español. De ahí que resulte obligatorio esclarecer bajo qué presupuesto se imputa la responsabilidad penal a los

³⁷⁶ Boletín Oficial del Estado Nº 152. Miércoles 23 de Junio de 2010. Sec.1, pp. 54826. [En Línea] En <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

³⁷⁷ Boletín Oficial del Estado Nº 152. Miércoles 23 de Junio de 2010. Sec.1. pp. 54836. [En Línea] En: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

entes morales. A partir de la lectura del artículo 31 bis, es posible constatar que el legislador español, buscó el equilibrio entre el modelo de imputación por atribución y el modelo por culpa, intentando la construcción de un modelo mixto que mezcla características de ambas construcciones doctrinarias, para intentar subsanar los problemas dogmáticos, que estas presentan en su estado más puro³⁷⁸. Concretamente el artículo 31 bis 1, consagra expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas, partiendo de la premisa, que los entes morales serán responsables por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de los mismos, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Como primera lectura, se destaca que el hecho delictivo debe ser cometido por una persona física, que representa o administra a la persona jurídica actuando en nombre o por cuenta del ente moral y en su provecho.

Las personas físicas que dirijan a la persona jurídica, deberán actuar dentro de su ámbito de competencia, cuestión que ha obligado a tener en cuenta los casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica, lo cual supone la distinción entre aquellos casos en que el agente lleva a cabo una actuación que no está dentro de sus competencias formales y aquellos, en que si bien la actuación está dentro de sus competencias, ésta contradice abiertamente un criterio de política empresarial de la persona jurídica. De ahí que para este autor, la forma en que debe entenderse acreditada la actuación en representación de la persona jurídica supone necesariamente que se tenga por implementada una política empresarial determinada³⁷⁹. A mayor abundamiento, la persona física a cargo debe actuar en provecho de la persona jurídica, lo cual no excluye que también aquel provecho le beneficie. Evidentemente si la persona natural solo buscar su propio

³⁷⁸ No nos detendremos en este punto. Este trabajo se refiere a los diferentes modelos de imputación.

³⁷⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F, 2010, págs. 485,486.

beneficio o el de terceros no podrá generar responsabilidad penal para la persona jurídica.

A todas luces, estos tres requisitos, que deben concurrir copulativamente, pertenecen al sistema de responsabilidad vicarial, el cual traspassa directamente la responsabilidad del agente a la persona jurídica, es decir no hay una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, ya que no se le reconoce un hecho propio. El mismo apartado más abajo establece, que las personas jurídicas también serán penalmente responsables por aquellas infracciones propiciadas por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas encargadas (representantes y administradores), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. En concreto, este párrafo pretende dar cabida a la responsabilidad por culpa, ya que a primera vista, se permitiría imputar la responsabilidad penal por no haber ejercido un debido control, esto es, no respetar el deber de cuidado debido, en atención a las responsabilidades y la actividad del ente moral en cuestión, considerando las circunstancias del caso concreto. Por tanto, la ausencia de mecanismos de control adecuados podría determinar, la imputación del hecho a la persona jurídica.

Asimismo se acentúa que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está establecida directamente, esto es, se imputará con independencia de la responsabilidad penal de las personas físicas comprometidas. Lo anterior quiere decir que si no se logra acreditar la responsabilidad penal de la persona física responsable, no se excluye per se la responsabilidad penal de la persona jurídica. La crítica que aparece de inmediato se centra en que, siendo la persona física aquella que debe cometer el ilícito para que se atribuya posteriormente la responsabilidad al ente moral, ¿cómo es posible lograr la imputación de la persona jurídica, sin la determinación del agente, que para efectos probatorios sería determinante? La respuesta está en la teoría de la identificación, que permite realizar la transferencia de la responsabilidad bajo la lógica de que la persona física, aun no estando

identificada, pertenece al ente moral, no siendo necesaria la identificación exacta del agente, por lo demás así se desprende del artículo 31 bis 2.

La afirmación de que el legislador español habría consagrado un modelo de imputación de responsabilidad penal mixto se fundamenta también en el artículo 31 bis 4 que establece expresamente circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, que se centran en la actuar posterior de los representantes legales. Bajo esta lógica, el representante legal, no solo tiene la opción de probar que ejerció el debido control, y que por lo tanto la persona jurídica carece de responsabilidad penal, sino que también, aun no pudiendo comprobar su diligencia, puede lograr atenuar la responsabilidad, con ciertos comportamientos *post-delictivos* que apuntan a la genuina cultura corporativa de la empresa. Lo anterior deja entrever que el legislador quiso introducir el elemento subjetivo a fin de permitir que la persona jurídica tenga la opción de atenuar o eximirse de responsabilidad, permitiendo así la autorregulación³⁸⁰, cuestión que bajo la sola lógica del modelo vicarial no tiene cabida.

A primera vista, el modelo instaurado por el legislador español parece lograr la perfecta armonía entre el modelo de imputación vicarial y el modelo por culpa, erigiéndose como un modelo mixto por excelencia, que parte de la heteroresponsabilidad penal empresarial por el hecho ajeno, donde la conducta de la persona física adquiere una importancia inicial, y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal, esto es, al hecho propio de la persona jurídica. Sin embargo las críticas no se han hecho esperar, y aun cuando la necesidad político criminal demandaba con urgencia la regulación pormenorizada de la responsabilidad penal, los resultados no dejan conformes a todos, sobre todo cuando del análisis del

³⁸⁰ En este sentido, Vicente José MARTINEZ PARDO afirma: “En realidad de lo que se trata es que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, y en caso de que estos se cometan permitan a la empresa localizar al infractor y reparar el daño”. *Vid.* MARTINEZ PARDO, Vicente José, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Internacional de Práctica Jurídica, N° 26, año 2011, pág. 72.

artículo 31 bis se desprende, esencialmente, un modelo de imputación de responsabilidad penal por el hecho ajeno³⁸¹.

Un detallado análisis del artículo 31 bis preliminarmente permite afirmar que, cuando el legislador habla de no haber ejercido el debido control sobre quienes han cometido hechos ilícitos, está refiriéndose a la culpabilidad por defecto de organización. No obstante, se ha sostenido³⁸² que el legislador español ha adoptado en gran medida el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine*, al considerar que ciertas personas físicas al interior de la entidad son el *alter ego* de la persona jurídica, por lo que sus comportamientos son los de aquella –se afirma– “al constituir los directivos el alter ego de la persona jurídica, cuando éstos omiten sus deberes de supervisión, la legislación española considera que, de alguna forma, ésta los ha omitido”³⁸³, y mediante esta ficción se estaría fundamentando la actuación propia de la persona jurídica. Sin embargo, otro sector de la doctrina adhiere a las consideraciones efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe de febrero de 2009, en relación al, en ese tiempo, Anteproyecto de Ley Orgánica, que afirma que se estaría vulnerando el principio de responsabilidad subjetiva ya que el defecto de organización no se exige de parte de la persona jurídica, sino del actuar negligente de una persona física con capacidad decisoria, por lo tanto no se construye la culpabilidad como un criterio que permitiría identificar una conducta negligente de la propia persona jurídica, y en consecuencia no hay una estructura defectuosa de funcionamiento, sino solo una falta de cuidado de la persona física a cargo. Bajo esta lógica, la falta de debido

³⁸¹ Miguel BAJO FERNÁNDEZ critica la reforma llevada a cabo por el legislador: “lo pretendido por la reforma es anticuado, es un disparate, porque perturba lo que tenemos, pues las personas jurídicas son suficientemente castigadas en el Derecho Administrativo sancionador y en el propio Código Penal en sus arts. 31 y 129”.

³⁸² GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F. 2010, págs. 484-489.

³⁸³ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídica, Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F, 2010, pág. 488.

control también implicaría una transferencia de culpabilidad de la persona física a la persona jurídica³⁸⁴.

Las consideraciones anteriores están recién dejándose sentir por parte de la doctrina española. Así, se afirma que la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, bajo la redacción del artículo 31 bis, vulneraría el principio de culpabilidad por tratarse de una imputación de hechos ajenos³⁸⁵. Sin embargo, se argumenta en contra que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español logra afianzarse bajo la lógica de la responsabilidad por el hecho propio, gracias a dos aspectos jurídicos-positivos presentes en la regulación, a saber: la expresa referencia que hace el artículo 31.3 del Código penal, respecto de que la responsabilidad penal de la persona jurídica es legalmente autónoma de la responsabilidad penal que le cabe a las persona físicas involucradas, es decir, el autor se hace cargo y es consciente de la irresponsabilidad organizada y por ello establece expresamente que, aun no teniendo conocimiento del agente o no pudiendo someterlo a proceso, es posible imputar penalmente al ente moral. El segundo aspecto hace referencia a que el legislador ha decidido imponer penas graves de acuerdo a lo establecido en el artículo 33, en concordancia con el artículo 5 del Código penal, el cual expresa que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, dejando entrever que resulta imprescindible probar la culpabilidad de la propia persona jurídica³⁸⁶. Cabe concluir que el legislador español logra aparentemente sortear el tránsito de la heterorresponsabilidad hacia la autorresponsabilidad. No obstante, ello supone por parte de la Justicia española una interpretación garantista y razonable de la ley, lo cual no siempre se da, sobre todo

³⁸⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008*, [En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>

³⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008*. [En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>

³⁸⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F, 2010, págs. 490, 492.

cuando de la interpretación literal de ésta puede deducirse la falta de cuidado en los deberes de vigilancia que desencadenan en la comisión de un hecho delictual, que provienen de la persona física a cargo y no son producto de un defecto organizacional de la persona jurídica. Naturalmente deberá pasar tiempo, para ver qué es lo que ocurrirá con las críticas, la práctica jurisprudencial y las interpretaciones a esta ley, sólo así se dilucidará si finalmente es necesaria una modificación del artículo 31 bis que consagre categóricamente la culpabilidad, por medio del defecto de organización de la persona jurídica, construyendo un modelo de imputación mixto propiamente tal.

III.- Situación normativa anterior a la actual reforma

1. Art. 31 bis del Código penal español

Hemos expuesto cómo desde nuestra perspectiva la tipicidad de la conducta de una persona jurídica está presente cuando cualquiera de las personas enmarcadas de alguna manera, en sentido amplio, en la estructura societaria lleve a cabo comportamientos, activos u omisivos, que sólo puedan adquirir sentido en el contexto social. Entendemos que el criterio expuesto es el adoptado en el artículo 31 bis.1 del Código penal. Este precepto en su párrafo primero comienza refiriéndose exclusivamente a la responsabilidad de la persona jurídica por acciones u omisiones de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Sin embargo, en el párrafo segundo, admite que cualquier otra persona física que actúe, u omita hacerla, en el contexto societario, entendido en sentido muy amplio, pueda determinar la imputación del delito a la persona jurídica: «las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control».

El modelo español, pues, por una parte, parece acomodarse al más amplio *estandar respondeat superior*, en la medida en que acepta que los actos de cualquier trabajador por debajo de quien realmente posee capacidad de decisión social determine la responsabilidad de la empresa. Dentro de ese modelo la Ley opta por el más expansivo posible, por cuanto cabe sostener que ni siquiera es necesaria una vinculación laboral con la empresa, sino que es suficiente con una menos consistente, como es el mero arrendamiento de servicios o que el trabajador preste sus servicios por cuenta de una empresa de trabajo temporal. Por otra parte, sin embargo, la Ley penal española ha restringido el alcance potencial de la regla característica del estándar *respondeat superior*, en la medida en que no sería suficiente sin más con la actuación de cualquier trabajador o mando intermedio, sino, que, cumulativamente, es preciso que éste, haya podido actuar «por no haberse ejercido sobre ellos el debido control».

Con independencia de la corrección o incorrección técnica del precepto, de lo que no cabe duda es de su pésima y farragosa redacción llena de reiteraciones innecesarias. Por poner algún ejemplo, en el artículo 31 bis.2 se dispone que «La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse ... ». Parece claro que se hubiese podido hacer una redacción más sencilla eliminando, sin más, «que haya tenido que cometerse», sin variar un ápice el sentido del precepto. Por otra parte, en el apartado 3 la palabra «hecho» aparece hasta en tres ocasiones. Asimismo, se detectan algunas incorrecciones como las del apartado 1, párrafo primero, cuando se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su nombre «o por cuenta de las mismas», expresión que se reitera en el párrafo segundo. La regulación adoptada por el Código penal español, por otra parte, resulta coherente con el criterio que se venía manteniendo por el Derecho administrativo sancionador, donde se hacía responsable a las personas jurídicas, por los hechos llevados a cabo por sus trabajadores.

Así, la STS, Sala 3-ª, de 2 de noviembre de 1987 (Ar. 7957), en cuyo F.J. 3º se sostiene que « ... no puede aceptarse la tesis de que una vez instaladas las medidas de seguridad impuestas reglamentariamente, ningún tipo de responsabilidad puede exigirse a la entidad recurrente ... la empresa sancionada en cuanto titular del establecimiento responde, en tanto no se demuestre lo contrario, de todas y cada una de las anomalías que se adviertan en sus instalaciones de seguridad ... y con ello no se conculca el principio de personalidad de la sanción, ya que en el campo del Derecho Administrativo las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes y empleados sin que puedan excusarse, como regla general, en la conducta observada por éstos -Sentencia de la Sala 5.ª de 30 de junio de 1987 (RJ 1987\4420)-».

Asimismo, cabe citar la STS de 20 de mayo de 1992 (Ar. 3655), F.J. 4º, que afirma que « ... la doctrina jurisprudencial dominante, con algunas vacilaciones ... ha venido afirmando con rotundidad la responsabilidad administrativa de las entidades bancarias y crediticias, por la falta de utilización negligente, por parte de sus empleados, de las medidas de seguridad instaladas en cumplimiento de las disposiciones antes reseñadas ... Son numerosas las sentencias de este Tribunal que, acudiendo a diferentes técnicas jurídicas, se han inclinado por esta solución. A título de ejemplo, se pueden citar las SS. 11-2-1985 (RJ 1985\1020), 30 junio, 28 octubre y 16 diciembre 1987 (RJ 1987\4420, RJ 1987\7036 Y RJ 1987\9562), 17 febrero, 19 abril, 3 mayo, 5 y 21 julio, todas de 1988 (RJ 1988\1424, RJ 1988\3385, RJ 1988\4035, RJ 1988\5524, RJ 1988\5697 Y RJ 1988\7870) Y la 20-4-1989 (RJ 1989\3133)».

En cualquier caso, no faltan resoluciones de las que parece derivarse el criterio contrario. La STS de 29 de junio de 1990 (Ar. 4975), F.J. 2º, donde se lee: «uno de los principales componentes de la infracción administrativa es el elemento de la culpabilidad, del que se desprende que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativa mente, ha de ser en todo caso imputable a su

autor, por malicia, o por imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable ... si cualquier entidad bancaria cumple las obligaciones impuestas por la normativa legal vigente, la circunstancia de que los mecanismos instalados no fueran utilizados o lo fueron inadecuadamente, por los empleados de la concreta oficina o sucursal, que conocían o debían conocer su deber de hacerlo conforme a lo previsto en la normativa de seguridad, es imputable directa o inmediatamente a ellos, y no a la empresa o entidad que instaló tales mecanismos, como consecuencia de la dimensión personalísima del ilícito penal o administrativo. No es procedente en estos casos, utilizar los conceptos de culpa ‘in vigilando’ o ‘in eligendo’, ya que son propios de situaciones distintas, cuyo fundamento sea un negocio jurídico singular».

En la misma línea la STS de 14 de noviembre de 1990 (Ar. 9128), F.J. 5.º, afirma que « ... la circunstancia de que los mecanismos existentes y en perfectas condiciones de funcionamiento no fueran utilizadas por los empleados de la Agencia, que conocían su deber de hacerlo, es imputable directa e inmediatamente a ellos y no a la empresa como consecuencia de la dimensión personalísima del ilícito sea penal o administrativo».

¿Cómo se regula en España la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Varios son los ámbitos de regulación a que se refiere el profesor Polaino Navarrete: “en primer lugar, la institución del actuar en nombre de otro (art.31.1 CP); en segundo lugar, la responsabilidad civil directa y solidaria de la persona jurídica para el pago de multas (art. 31.2 CP, derogado por la LO 5/2010, de reforma del CP); en tercer término, la responsabilidad penal directa y propia de la persona jurídica en Derecho penal, establecida por la LO 5/2010”³⁸⁷.

³⁸⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2º Edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 37.

2. *El ‘actuar en nombre de otro’ en el Derecho penal*

El Código penal español se hizo eco, en 1983, de una figura jurídica que alcanzó cierta relevancia en los textos penales de los ordenamientos de nuestro entorno jurídico: el llamado *actuar en nombre de otro*, figura con la que se amplía el cerco de eventuales sujetos activos de delito³⁸⁸. “En efecto, por obra de la Ley de reforma urgente y parcial del Código penal de 25 de junio de 1983, se previó introducir *ex novo* en el art. 15 bis del Código penal español la institución del actuar en nombre de otro, cuya configuración se inspiró en el originario enunciado del § 50.a) del Strafgesetzbuch (Código penal alemán), el cual proclamaba el principio del «actuar en lugar de otro» que hace responder a quien actúa efectivamente «como si» fuera otro, aparentando socialmente actuar en nombre o por cuenta o utilidad de otro. Posteriormente, el CP de 1995 volvía a reiterar el reconocimiento positivo a tal figura, al darle acomodo en el art. 31. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, aportó una nueva redacción a dicho precepto, incorporándole un apartado segundo”³⁸⁹.

Art. 31.1 CP: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica. o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

³⁸⁸ En este sentido, GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Teoría general, Zaragoza, Prensas universitarias, 1985, pp. 59-60, quien afirma que en la actualidad, y debido a la descentralización y división de funciones y la organización jerárquica de su ejercicio en el campo económico y financiero, el ámbito de protección de la norma pasa a ser controlado por varios sujetos y, por consiguiente, se dificulta la identificación del sujeto de la imputación jurídico-penal.

³⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 37.

“La regulación legal de esta figura en el art. 31.1 CP era enormemente confusa, pero desmembrando su contenido podríamos resaltar los siguientes aspectos distintivos”³⁹⁰:

- “Aludía al «administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica», mención que supone una restricción del ámbito personal respecto a la regulación introducida en 1983 (que aludía más ampliamente al «que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica»). Tal restricción resultaba contraproducente e injustificada, por cuanto excluye la responsabilidad penal del directivo u órgano de la persona jurídica que actúe delictivamente, concediendo únicamente relevancia penal a la actuación del administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica”³⁹¹.

- “Mencionaba a quien actúe «en nombre o representación legal o voluntaria de otro», mientras que la redacción original incluía al que actuare «en representación legal o voluntaria de la misma (*scil.* persona jurídica)». El término «otro» no puede referirse exclusivamente a la persona jurídica por simple discordancia lógico-gramatical, sino que ha de entenderse como «otro sujeto», esto es, se refiere tanto a la persona jurídica como a cualquier otra persona física en cuyo nombre o representación se actúe. Con ello, se amplía considerablemente el ámbito de representación con relevancia penal”³⁹².

- “Por otra parte, contradecía en este punto la eximente penal del que obra en ejercicio de un deber o en el ejercicio legítimo de un cargo. Si un sujeto conmina a quien se halla jerárquicamente subordinado al mismo a que realice alguna falsedad documental, bien pudiera estimarse que el subordinado que

³⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 38.

³⁹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 38.

³⁹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 38

comete la falsedad actúa en el ejercicio de su deber o cargo, por lo que correspondería eximirle de responsabilidad criminal. Sin embargo, si se aplicara literalmente la teoría del «actuar en nombre de otro» -que el art. 31.1 CP amplía a la representación de una persona física-, el subordinado que delinque respondería personalmente, máxime cuando el CP 1995 ha suprimido la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal³⁹³.

“Finalmente, el precepto preveía la responsabilidad personal, junto a quien actúa en nombre o representación de otro, del administrador de hecho o derecho de una persona jurídica. Dicha responsabilidad constituye una ficción jurídica, en tanto que no se exige que concurren en este sujeto las condiciones o cualidades para poder ser sujeto activo, siempre que sí concurren estas condiciones o cualidades en la persona o ente que se representa. El legislador reconoce responsabilidad penal al *extraneus* atribuyéndole ficticiamente las cualidades del *intraneus* a efectos de considerarle sujeto activo del delito. De este modo, se pretende impedir que el otorgamiento de un poder de representación en la esfera privada constituya una patente de corso para que el titular de la misma pueda actuar antijurídicamente a discreción amparándose en la representación que ostenta³⁹⁴.

“En resumen, el art. 31.1 establecía la responsabilidad penal de la persona física que actuara en nombre o representación de una empresa o una persona física. Con ello intentaba desvincular el ámbito del sujeto activo de aquel otro de la persona representada, de manera que pretendía evitar que la persona representada sufra las consecuencias lesivas de una gestión o representación incorrecta por parte de la persona física que la representa. Y con la incorporación positiva de este criterio normativo se colmó una laguna legal,

³⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 38.

³⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, págs. 38, 39.

según la cual quien realizaba una conducta delictiva en el ámbito de actuación de la persona jurídica «como si» fuera la persona jurídica, careciendo de las cualidades o condiciones legales de la misma, no podía ser objeto de imputación penal (pues él no era la persona jurídica), como tampoco podía imputarse comisión de delito alguno a la persona jurídica (al no estar legalmente prevista responsabilidad penal para la misma). Con ello, la incorporación de tal criterio normativo, que provenía de la legislación penal alemana del «actuar por otro», permitió en lo sucesivo efectuar la imputación del delito realizado en el marco de actividad de la persona jurídica a quien realmente lo había cometido comportándose ante la víctima y la sociedad «como si» él fuera la propia persona jurídica «por» la que actuaba³⁹⁵.

3. *La responsabilidad (civil) directa y solidaria de la persona jurídica para el pago de multas*

“La LO 15/2003, de 25 de noviembre, añadió un apartado 2 al art. 31 del CP, en el cual dió un giro en el tratamiento de esta materia: mientras que el apartado primero se fundamenta en la responsabilidad penal de la persona física (y excluye de la misma a la persona jurídica)³⁹⁶, el apartado segundo instauró la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica para el pago de multa impuesta a la persona física que actúa en nombre o representación de la empresa o de otra persona física, disponiendo: «En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”. Así se dió la vuelta a la cuestión de manera antinómica y contradictoria: por un lado, el art. 31.1 reconoce ficticiamente la responsabilidad penal de la persona física que se considera sujeto activo (aunque no concurren en él los requisitos para serlo), pero, por otro, el art.

³⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 39.

³⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 39.

31.2 se retrotrae al fundamento de una imputación «expansiva» de pena pecuniaria declarando que del pago de la multa es responsable (de manera directa y solidaria) la propia persona jurídica”³⁹⁷.

4. *Instauración de la responsabilidad penal de la persona jurídica por la LO 5/2010*

“La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, incorporó por vez primera en el ordenamiento punitivo español la regulación positiva de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con plena independencia de la que pueda corresponder a las personas físicas que actúen en el contexto de la actividad propia de la persona jurídica³⁹⁸. La LO 5/2010 de Reforma del CP derogó el art. 31.2 y en sustitución del mismo incorporó un nuevo art. 31 bis del CP, el cual se compone de cinco complejos apartados en los que desarrolla el régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica”³⁹⁹.

- “Títulos de imputación de responsabilidad a persona jurídica: el art. 31 bis establece dos títulos de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica: 1) el primero de ellos, previsto en el párrafo primero del art. 31 bis.1, es integrado por la comisión de delitos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y además, en todo caso, en su provecho, por parte de los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de la misma; 2) el segundo, consignado en el párrafo segundo del art. 31 bis.2, radica en la ausencia del debido control de los actos realizados por cuenta y en provecho de las personas jurídicas”⁴⁰⁰.

³⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 39.

³⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 40.

³⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 41.

⁴⁰⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 41.

“1) Comisión de delitos en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica. El párrafo primero del art. 31 bis.1 CP incorpora la exigencia de dos características típicas para la imputación de responsabilidad penal societaria: a) la comisión de delitos en nombre de la persona jurídica o -con carácter alternativo- por cuenta de la misma, y b) la realización de tales delitos, en todo caso, en provecho de la persona jurídica. Si no concurren ambos requisitos esenciales no se puede fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica”⁴⁰¹.

- Conforme a la concepción objetiva, ha de exigirse el logro efectivo del beneficio o utilidad.

- Según la concepción subjetiva, bastará la intención finalista de alcanzar tal efecto favorable para la persona jurídica por parte del autor de la conducta empresarial.

- “Estimamos más correcta la segunda interpretación, pues el desvalor de acto que se toma en consideración para fundamentar la responsabilidad penal recae no tanto en el beneficio obtenido cuanto en la actuación inspirada en tal finalidad subjetiva⁴⁰². Sujeto de la actividad realizada en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica no puede ser cualquiera, sino un sujeto cualificado. La disposición legal exige que la conducta sea realizada por quienes son representantes legales o administradores de hecho o de derecho de la entidad:

- La representación legal requiere titularidad del mandato de la persona colectiva, para actuar en su nombre, otorgado a favor de un sujeto individual.

- La administración de hecho o de derecho amplía el ámbito de la cualidad de sujeto activo cualificado, al asumir este carácter quien bien por título jurídico o

⁴⁰¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 41.

⁴⁰² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 42.

por asunción fáctica tenga a su cargo el gobierno o desempeño de las actividades sociales de la persona jurídica”⁴⁰³.

“En los supuestos indicados, será responsable penalmente la persona jurídica por sí misma, en tanto es considerada objeto de directa imputación penal, con independencia de la responsabilidad personal en que incurran los individuales sujetos actuantes en provecho de la persona jurídica y en su nombre o por cuenta de la misma, y tomando sólo en consideración el hecho de referencia de que un particular haya realizado el comportamiento típico relacionado con la empresa objeto de la imputación”⁴⁰⁴.

“2) Ausencia del control debido sobre la actividad de la empresa. El párrafo 2 del art. 31 bis CP describe el supuesto de la ausencia de control de la actividad social ejercida por dependientes de los títulos de representación o administración de la persona jurídica, en los delitos cometidos por tales sujetos en el caso de la omisión del debido control sobre el comportamiento de los mismos. Hace extensiva la imputación de responsabilidad a la actuación realizada por sujetos dependientes de los titulares de la representación o administración, esto es, por los empleados, no por superiores. A ellos se refiere la ley de manera gráfica: les califica como sujetos «sometidos a la autoridad» de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior. La norma presupone una relación jerárquica entre los administradores o representantes y sus respectivos sujetos dependientes subordinados. La conducta ha de ceñirse al marco de las actividades sociales de la entidad. El ejercicio de la actividad realizada ha de haber sido posible por la omisión del debido control de la misma, atendidas las circunstancias del caso”⁴⁰⁵.

⁴⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 42.

⁴⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª Edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 42.

⁴⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 43.

“La disposición legal previó -de manera superflua- que la conducta sea realizada en el ejercicio de las «actividades sociales». El fundamento de la imputación se circunscribe a la actuación «por cuenta y en provecho» de las personas jurídicas; pero no se incluye en la literalidad del precepto la actuación «en nombre» de la sociedad. Ello revela un desajuste con el supuesto de imputación contemplado en el párrafo 1 del art. 31 bis, y una incongruencia interna respecto a los dependientes de los representantes legales de la empresa que realizan el comportamiento delictivo”⁴⁰⁶.

5. *Autónoma responsabilidad penal de la persona jurídica*

“ Dos preceptos consagran la autonomía de la imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la persona física que cometa delito en el ámbito de las actividades societarias: el art. 31 bis.2 y el art. 31 bis.3 CP⁴⁰⁷. El art. 31 bis.2 CP establece la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica con empleo de imprecisa e incorrecta expresión, que literalmente proclama que la responsabilidad será exigible siempre que se constate la comisión de un delito «que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones» aludidos, siendo así que la clave de la responsabilidad no puede radicar en una presunción («haya tenido que cometerse») sino en que efectivamente «se haya cometido» el delito”⁴⁰⁸.

“La autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica es patente, por cuanto tal responsabilidad se determinará necesariamente aunque la persona física «no haya sido individualizada» o «no haya sido posible dirigir el procedimiento» contra ella. Con ello, no se instaura propiamente un sistema vicarial

⁴⁰⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 43.

⁴⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 43.

⁴⁰⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 44.

(sustitutivo), ni un sistema funcionalista (incremento de riesgo derivado de incumplimiento de un rol), sino un singular *sistema bifronte de imputación* que instaura la responsabilidad penal autónoma e independiente de la persona jurídica respecto de la responsabilidad de la persona física que comete delito en el ámbito de actuación de las actividades societarias⁴⁰⁹. El art. 31 bis.3 CP establece asimismo la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, en relación con delitos cometidos por persona física en el ámbito de las actividades de aquélla, en los supuestos de existencia de una alteración de la culpabilidad del autor, o del fallecimiento de dicho sujeto o la sustracción de la acción de la justicia por el mismo⁴¹⁰. El art. 31 bis.3 CP incurre en una defectuosa dicción legal al mencionar el presupuesto delictivo de manera parcialmente incongruente con el art. 31 bis. 1 CP, pues en éste se alude a la omisión de ejercicio del debido control y en aquél no. Pero la esencia de su contenido regulador se cifra en la reiteración del carácter autónomo e independiente de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la que corresponda a la persona física que en los límites típicos previstos cometan delito en el ámbito de las actividades societarias⁴¹¹.

6. *Atenuantes posteriores a la comisión del delito*

“El art. 31 bis.4 CP introdujo un régimen específico de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, que comparten la característica de concurrir con posterioridad a la comisión del delito y que se inspiran en la común finalidad de disminuir los efectos del mismo⁴¹²”.

Art. 31 bis.4 CP:

⁴⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 44.

⁴¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 45.

⁴¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 45.

⁴¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 45.

“Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

7. *Exoneración de responsabilidad penal a las entidades estatales*

“El régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado en la legislación española por la LO 5/2010 de reforma del Código Penal conoce una significativa excepción institucional, representada por la actuación realizada en nombre o por cuenta y en provecho de entidades públicas estatales, en los términos consignados en el art. 31 bis.5, párrafo primero, del CP”⁴¹³.

Art. 31 bis.5, párrafo primero, del CP:

«Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía. administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.

Art. 31 bis.5, párrafo segundo, del CP:

“En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma

⁴¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 45.

jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

“Tal excepción de responsabilidad penal conoce a su vez una excepción de sí misma, establecida aunque de una manera un tanto difusa en el párrafo segundo del mencionado artículo. Al parecer, se trata de supuestos de defectuosa configuración de tales entidades públicas oficiales de manera falsaria, en tanto las mismas aparentan constituir organismos estatales o instituciones públicas oficiales sin serlo efectivamente en realidad, puesto que antes bien constituyen instrumentos de cobertura corporativa empleados precisamente para eludir la responsabilidad penal. En tal caso ésta se imputará a sus promotores o fundadores así como a sus representantes o administradores”⁴¹⁴.

8. *Derogación de la exención de responsabilidad penal a los partidos políticos y a los sindicatos por la LO 7/2012*

“La LO 7/2012, de 27 de diciembre (de modificación del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social) ha derogado la exención legal de responsabilidad a los partidos políticos y sindicatos que sí estaban exentos de toda responsabilidad penal en el texto de la regulación original”⁴¹⁵.

9. *Delitos que puede cometer la persona jurídica*

“El Código penal español prevé unos veinticinco supuestos delictivos que pueden ser cometidos por una persona jurídica, de conformidad con un criterio incriminador de *numerus clausus*, entre los que cabe mencionar los siguientes”⁴¹⁶: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis.3 CP); trata de seres humanos (art. 177 bis.7

⁴¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 46.

⁴¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 46.

⁴¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, págs. 46 y 47.

CP); delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis CP); delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen (art. 197 quinquies CP); estafa, estelionato, contrato simulado (art. 251 bis CP); frustración a la ejecución (art. 258 ter CP); insolvencias punibles (art. 261 bis CP); daños Informáticos (art. 264 quater CP); delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, y corrupción de los negocios (art. 288 CP); blanqueo de capitales (art. 302 CP); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis.5 CP); delitos contra la hacienda pública y la seguridad social (art. 310 bis CP); delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5 CP); delito urbanístico (art.319 CP); delito ecológico (art. 328 CP); delitos de peligro personal o patrimonial con materias o radiaciones ionizantes (art.343.3 CP); delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes que puedan causar estragos (art. 348.3 CP); delitos contra la salud pública (art. 366 CP); delitos de tráfico de drogas (art. 369 bis CP); falsedades (art. 386.5 CP); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP); cohecho (art. 427 bis CP); tráfico de influencias (art. 430 CP); delito de fomentar, promover o incitar discriminatoriamente al odio, hostilidad o violencia personal, y la apología de los delitos de genocidio o de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado por motivo discriminatorio (art. 510.1 CP); lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito personal discriminatorio, así como su apología (art. 510.2 CP).

IV.- Actuar por otro y responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español

1. Régimen vigente de la responsabilidad propia del que actúa por otro

“ La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (reforma legislativa que ha entrado en vigor el

día 1 de julio de 2015), constituye la última secuencia legislativa de un azaroso itinerario normativo experimentado por la regulación de la responsabilidad penal, tanto de quien «actúa por otro», como de la propia persona jurídica en el ámbito de los delitos en que la ley prevé la responsabilidad penal de la misma. Respecto del «actuar por otro» se mantiene tras la reforma penal de 2015 el mismo régimen del art. 31 CP -circunscribiéndolo al ámbito de los delitos al haber sido derogada la categoría de infracciones penales de las faltas, según el cual se imputa la comisión de delito al que «actúa por otro» con quien mantiene la siguiente vinculación jurídica: a) actúa «como administrador» (de hecho o de derecho) de una «persona jurídica», o b) actúa «en nombre o representación» (legal o voluntaria) de «otro», sea éste «persona física» o «persona jurídica»⁴¹⁷.

“ La originaria fórmula legal de este precepto era más simple y más correcta, pues destacaba el elemento esencial de la institución normativa, integrado por el hecho de que el sujeto activo procede a «actuar por otro», esto es, «como si» fuera otro sin serlo, es decir, se comporta «en lugar de» otro cuya situación suplanta. En suma: quien actúa no reúne los requisitos legales para la conducta realizada, y quien reúne las cualidades o condiciones legales no actúa. Se aprecian ficticiamente las propiedades del sujeto en quien efectivamente actúa «por alguien» o «como si fuera alguien» que no es, pero dando en el tráfico jurídico la apariencia de serlo⁴¹⁸.

“ Desde el punto de vista realista -propio del sistema penal- no sería necesario recurrir (como ha hecho el legislador) a superfluas referencias a la «ad ministración» y a la «representación». Pues hay actividad propia de alguien que es ejercida por otro que se coloca en lugar de él, cuyo estatus situacional suplanta en el tráfico jurídico y ante la víctima. Quien actúa no reúne la cualidad, condición o requisitos para ser sujeto activo del delito, pero arrogándose el estatus de éste se comporta

⁴¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 51.

⁴¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 52.

como tal, y la norma prevé que quien así actúa responderá como si efectivamente él fuera el sujeto suplantado. Hay conducta real de un extraneus al estatus requerido para ser sujeto activo de un delito, y hay una ficción normativa en virtud de la cual se reconoce a quien así actúa el estatus jurídico del que carece por mor de su actuación como si fuera titular del mismo”⁴¹⁹.

“El art. 31 CP, al establecer la responsabilidad del que «actúa por otro», efectúa imputación a un sujeto al que podría calificarse de vicarial o sustitutivo, porque no concurren en el mismo las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del delito, si tales circunstancias se dan en la entidad (societaria) cuya administración ejerce o en la persona (física o jurídica) en cuyo nombre o representación obre”⁴²⁰. “Tal imputación de responsabilidad penal es expresamente incorporada de manera concesiva en el art. 31 CP al disponer: «responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona ... »”.

“Se instaura así una configuración legal de un sujeto activo «ficto», constituido por quien procede a actuar «por otro» o «como si» fuera otro, cuya imputación tiene fundamento en una exigencia político-criminal de configurar tal concepto «extensivo» de sujeto activo como único medio de evitar las lagunas de punibilidad por la realización de la conducta de quien efectivamente con su conducta realiza un tipo de delito «suplantando» el estatus jurídico del genuino sujeto activo del mismo. El sujeto activo «ficto» integra un sujeto que se constituye jurídicamente

⁴¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 52.

⁴²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 52.

en el lugar y en la condición que corresponde a otro sujeto activo al que es normativamente equiparado por razones de justicia material”⁴²¹.

2. *Responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma del Código penal por la LO 1/2015 (art. 31 bis CP)*

A) *Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica por la comisión de delitos por actuación de sus miembros (art. 31 bis CP)*

“El art. 31 bis.1 CP imputa responsabilidad penal de la persona jurídica, a la que instituye en «autor societario» (en los tipos de delito en los que el Código prevé responsabilidad penal para la persona jurídica), siempre que en el ámbito de actuación de la misma los respectivos delitos sean cometidos por los siguientes sujetos y en las siguientes condiciones previstas por la ley”⁴²².

a) *Delitos cometidos por los representantes legales o los miembros dirigentes de la persona jurídica (art. 31 bis.1.a) del CP)*

“La primera hipótesis legal de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica es constituida por los delitos cometidos «en nombre» o bien «por cuenta» de las personas jurídicas, y en todo caso «en su beneficio» (directo o indirecto), por sus «representantes legales» o por quienes (individualmente o como miembros de órganos colegiados de la persona jurídica) «estén autorizados para tomar decisiones» en nombre de la persona jurídica u «ostenten facultades de organización y control» en la misma”⁴²³. La actuación en nombre de la persona jurídica tiene carácter alternativo con la realizada por cuenta de la misma, cumpliéndose tal exigencia del tipo legal tanto por una condición como por la otra

⁴²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 52.

⁴²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 53.

⁴²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 53.

condición con carácter alternativo. En cambio, es acumulativa la exigencia relativa a que en todo caso se ha de actuar en beneficio de la persona jurídica. Así pues, se cumple el requisito legal cuando se actúa bien «en nombre y en beneficio» de la persona jurídica, bien «por cuenta y en beneficio» de la persona jurídica. El requisito legal común de actuar en beneficio de la persona jurídica es de índole flexible y amplia, en cuanto tal beneficio puede ser directo o indirecto, y sistemáticamente responde a una configuración subjetiva en la que el dato decisivo no es tanto el logro efectivo de un beneficio efectivo cuanto la actuación inspirada en dicha intencionalidad finalista del autor»⁴²⁴.

b) *Delitos cometidos por los subordinados de los representantes o dirigentes de la persona jurídica (art. 31 bis.1.b) del CP)*

“La segunda hipótesis legal de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica es integrada por la comisión de delitos que son ejecutados «en el ejercicio» de las actividades societarias de las personas jurídicas «y» además «por cuenta» de las mismas «y» asimismo «en beneficio» directo o indirecto de ellas, por parte de quienes, estando «sometidos a la autoridad» de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, «han podido realizar» los hechos «por haberse incumplido gravemente por éstas los deberes» de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso»⁴²⁵.

“Desde el punto de vista estructural, se advierte una discrepancia entre la exigencia de los requisitos precisos en la actuación de los dirigentes de la persona jurídica y la de los subordinados de los mismos. En el primer caso se requiere que la actuación se ejercite en nombre o por cuenta y en todo caso en beneficio de la persona jurídica; en tanto que en el segundo caso se establece la concurrencia

⁴²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 53.

⁴²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 54.

acumulativa de actuar en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica y por cuenta de la misma y además en beneficio de ella. No es relevante la diferenciación legal relativa a actuar en nombre de la persona jurídica (primer supuesto) y en el ejercicio de ella (segundo supuesto legal), por ser tal distinción de prioritaria índole formal, pues la actuación en nombre de la sociedad se adscribe a la esfera de intervención de los dirigentes, en tanto que la de actuar en ejercicio de las actividades sociales se asigna a los subordinados de los mismos. Mayor relieve tiene la diferencia sobre la exigencia de un requisito alternativo y otro acumulativo en el primer supuesto, y de tres requisitos que son necesariamente acumulativos en el segundo supuesto legal, pues tal distinción repercute en el propio fundamento sustancial de la imputación. Resulta incongruente la falta de paralelismo entre la imputación de los dirigentes y la imputación de los subordinados, siendo así que aquéllos son instituidos en situación de garantes de la observancia de la legalidad por la conducta de éstos. Por ello habrían de coincidir los elementos típicos de actuación de ambos”⁴²⁶.

“En relación al contenido sustancial de la imputación de los dirigentes por la conducta delictiva de los subordinados («sometidos a la autoridad» en la terminología legal), y como fundamento y límite de la posición de garante de los dirigentes se exige el requisito esencial de incumplir gravemente los deberes que corresponde a los dirigentes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de sus subordinados, atendidas las concretas circunstancias del caso. Precisamente el establecimiento de este requisito legal permite estimar que, cuando se incumplen tales deberes positivos, no sólo responderán los subordinados por las actuaciones por ellos realizadas, sino también los dirigentes por la omisión de la conducta legalmente exigida de evitación de la comisión de delitos por sus subordinados mediante el cumplimiento de los especiales deberes de vigilancia que les incumbe. Serán autores de los delitos cometidos tanto los subordinados como los dirigentes:

⁴²⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 54.

los primeros por acción positiva y los segundos por omisión impura (que exige como elemento delimitador de la posición de garante el grave incumplimiento de vigilancia que le compete)”⁴²⁷.

B) Exención de la responsabilidad penal a la persona jurídica

a) Cláusula general de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en la hipótesis de actuación de sus representantes o dirigentes (art. 31 bis.2 CP).

“ El art. 31 bis.2 CP establece una cláusula general de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por los delitos cometidos por las personas físicas indicadas en el art. 31 bis.1.a) CP (los representantes o los dirigentes de la persona jurídica), siempre que se cumpla el conjunto de las siguientes condiciones legales”⁴²⁸.

“1.º El órgano de administración ha «adoptado y ejecutado» con eficacia antes de la comisión del delito «modelos de organización y gestión» que incluyen las medidas de «vigilancia y control» idóneas «para prevenir» delitos de la misma naturaleza o «reducir» de forma significativa el riesgo de su comisión.

2.º La «supervisión» del funcionamiento y del cumplimiento del «modelo de prevención implantado» ha sido «confiada a un órgano» de la persona jurídica con «poderes autónomos de iniciativa y control», o que tenga legalmente encomendada la «función de supervisar» la «eficacia de los controles internos» de la persona jurídica.

3.º Los autores individuales han cometido el delito «eludiendo fraudulentamente» los modelos de organización y prevención.

⁴²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 54.

⁴²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 55.

4.º No se ha producido «omisión o ejercicio insuficiente de las funciones» de supervisión, vigilancia y control, por parte del órgano previsto en la condición segunda.

Por último, prevé el precepto que en las hipótesis en las que las «anteriores circunstancias» (*sic*) solamente puedan ser objeto de «acreditación parcial», esta «circunstancia» será valorada a efectos de atenuación de la pena⁴²⁹.

b) Cláusula específica de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis.3 CP).

“ El art. 31 bis.3 CP en un notorio afán de reglamentación administrativista contiene una disposición específica referida a aquellas personas jurídicas que caracteriza como “personas jurídicas de pequeñas dimensiones”. Al respecto dispone como nota distintiva de las mismas que en tales personas jurídicas de pequeñas dimensiones las “funciones de supervisión” (de la 2ª condición del precedente art. 31 bis.2 CP) “serán asumidas directamente por el órgano de administración”⁴³⁰.

c) Cláusula general de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la hipótesis de actuación de los miembros subordinados de la misma (art. 31 bis.4 CP).

“ El art. 31 bis.4 CP establece una cláusula general de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la hipótesis de delito cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1 del precedente art. 31 bis.2 CP, que alude a los delitos cometidos por quienes “están sometidos a la autoridad” de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, y han realizado los hechos por

⁴²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 55.

⁴³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 56.

haber éstas incumplido los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”⁴³¹.

“ La exención de la responsabilidad penal en tal hipótesis legal se fundamenta en el cumplimiento por parte de la persona jurídica de la siguiente condición. La persona jurídica, antes de la comisión del delito, ha de haber “adoptado y ejecutado” eficazmente un “modelo de organización y gestión” que resulte adecuado para “prevenir delitos” de la naturaleza del que fue cometido, o para “reducir” de forma significativa el riesgo de su comisión”⁴³².

d) Delimitación legislativa de los modelos de organización y gestión con medidas de vigilancia y control para la prevención criminal (art. 31 bis.5 CP).

“ Una rigurosa descripción de índole administrativa se contiene en el art. 31 bis.5 del CP a efectos de delimitar los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En su virtud tales modelos de organización y gestión deberán cumplir los siguientes requisitos”⁴³³:

“1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación con aquéllos.

⁴³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 58.

⁴³² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 59.

⁴³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 60.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones cuando se produzcan cambios en la organización, estructura de control, o actividad desarrollada, que los haga necesarios”⁴³⁴.

*C) La autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica
(art. 31 ter CP)*

“El art. 31 ter CP, al igual que sucedió con su precedente normativo constituido por el art. 31 bis.2 CP introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, establece la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica con muy imprecisa e incorrecta expresión, según la cual se exigirá la responsabilidad penal siempre que se constate un «delito que haya tenido que cometerse» por quien ostente los «cargos o funciones» aludidos en el artículo anterior, siendo así que la clave de la responsabilidad no puede radicar en una ficción legal («haya tenido que cometerse») sino en la efectiva «comisión de un delito»⁴³⁵. La autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la de sus miembros es patente, por cuanto tal responsabilidad se determinará necesariamente aunque la

⁴³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 60.

⁴³⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 61.

persona física “no haya sido individualizada” o «no haya sido posible dirigir el procedimiento» contra ella. No se establece un sistema vicarial (sustitutivo), ni un sistema funcionalista (incremento de riesgo derivado de incumplimiento de un rol), sino un propio sistema bifronte de imputación, que instaura la responsabilidad penal autónoma e independiente de la persona jurídica respecto de la responsabilidad de los sujetos activos de la comisión real del delito en el ámbito de actuación de las actividades societarias”⁴³⁶.

“No es comprensible que la ley prevea que, en el caso de sancionarse con multa tanto a la persona jurídica como a la persona física por delito cometido en el ámbito de las actividades societarias, la pena de multa será modulada en sus respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad del delito. Pues en rigor la garantía de la proporcionalidad afecta a la entidad y alcance de la pena en relación con la gravedad del delito. A un delito más grave corresponderá una pena más grave que a otro de menor gravedad. Pero la pena del singular delito cometido ha de imponerse a cada autor del mismo, con independencia de que éste sea singular o plural, o de que se prevea independiente responsabilidad penal para un autor que sea persona física y para otro que sea persona jurídica”⁴³⁷.

La autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica (en relación con delitos cometidos por persona física en el ámbito de las actividades de aquélla) resulta expresamente establecida con la regulación de las hipótesis de circunstancias que afecten a las condiciones de culpabilidad del autor, o a la agravación de la

⁴³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 61.

⁴³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 61.

responsabilidad del mismo, o al caso del fallecimiento de tal sujeto o a la sustracción de la acción de la justicia por el mismo⁴³⁸.

3. *Concepto de persona jurídica para efectos penales en España*

En España, para determinar la personalidad jurídica, habrá que estarse a la legislación nacional que les sea propia, es así como lo establece en nuestra legislación el art. 9.11 del Código Civil⁴³⁹. Asimismo, la Ley de Sociedades de Capital⁴⁴⁰, en sus arts. 8, 9 y 11, abordan el tema⁴⁴¹. Respecto al art. 8, cabe señalar que, como se ha subrayado, serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido (teoría de la sede)⁴⁴². De acuerdo con

⁴³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 61.

⁴³⁹ Art. 9 núm. 11 del CC. (...). La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales.

⁴⁴⁰ Ley de Sociedades de Capital (LSC). Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en BOE núm. 161, de 03/07/2010. Entrada en Vigo el 01/09/2010.

⁴⁴¹ Artículo 8. Nacionalidad. Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido. Artículo 9. Domicilio. 1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España. Artículo 11. Sucursales. 1. Las sociedades de capital podrán abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero. 2. Salvo disposición contraria de los estatutos, el órgano de administración será competente para acordar la creación, la supresión o el traslado de las sucursales.

⁴⁴² En síntesis, la teoría de la sede refiere que, para determinar la personalidad jurídica, debemos necesariamente dirigirnos a la legislación nacional que lea propia y desde un punto de vista histórico es por regla general donde se ha constituido la persona jurídica, sin perjuicio que dada la actualización de relaciones comerciales el intercambio económico, muchas de estas personas crean filiales, sedes o simplemente constituyen personas jurídicas en los países destinatarios. (art. 9.11 del Código Civil). También se ocupan de este aspecto los arts. 8, 9 y 11 de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, en España, se rigen fundamentalmente por el art. 8 de la Ley de Sociedades de Capital, que instituye que serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José

el art. 8 de la LSC únicamente serán reconocidas en España como auténticas sociedades extranjeras las que tengan en el país una actividad comercial esporádica o un establecimiento secundario (oficina, agencia o sucursal)⁴⁴³.

Sobre la problemática recién expuesta, referida a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en función de su domicilio, debemos estar a la normativa vigente tanto española como internacional, y a las diferentes responsabilidades civiles, penales de los miembros naturales de los entes jurídicos, y de las personas jurídicas en sí mismas.

La reforma del año 2010, en especial del art. 129⁴⁴⁴ del CP, incorporó las llamadas “consecuencias accesorias”, que si bien, como se nos ha ilustrado, son denominadas por el legislador consecuencias además con un carácter de accesorias, en su real naturaleza jurídica son verdaderas sanciones penales, con una clara entidad coactiva y represiva⁴⁴⁵, sin perjuicio de su índole facultativa conferida al arbitrio del juez. Asimismo, es relevante la dicotomía que se presente entre su nomenclatura y sus efectos, atendido a que por una parte se les denomina

Luis (dirs.) y VV. AA., *Comentario a la reforma del Código penal de 2015*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia, 2015, pág. 1134.

⁴⁴³ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.) y VV. AA., *Comentario a la reforma del Código penal de 2015*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia, 2015, pág. 1134.

⁴⁴⁴ Artículo 129 del CP: “1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

⁴⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 50.

consecuencias accesorias, que son presentadas por el legislador como un presunto fin preventivo, pero como ya dijimos su naturaleza de represión penal es clara⁴⁴⁶.

En este punto debemos referirnos sucintamente prevención general negativa de la pena, dentro de las llamadas teorías relativas, entre las cuales uno de sus primeros representantes sostuvo que era “una preocupación del Estado que se hace necesaria por el fin de la sociedad que aquel que tenga tendencias antijurídicas, sea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias”⁴⁴⁷, estimándose que la pena cumple una función de coacción psicológica, a efecto de inhibir a los ciudadanos de la comisión de delitos⁴⁴⁸. Nos hemos referido a la prevención general negativa de la pena, fundamentalmente por la naturaleza de la reforma legislativa del año 2015, en relación a los cambios de tipología penal, referidos a las personas jurídicas, tanto en su ámbito nacional como internacional, donde adquiere especial relevancia el delito de cohecho. Entendemos que muchas de las instituciones creadas con la LO 1/2015 fueron efectuadas bajo fundamento de esta teoría, especialmente en los artículos que guardan relación con la prevención de comisión de delitos, y la concreción de un modelo destinado a la prevención de la comisión de delitos en su interior. En una de las críticas ácidas a esta teoría, se indica que “adopta una fundamentación utilitarista de la pena, en que los ciudadanos deben saber que los delitos no merecen la pena, esto es que los inconvenientes son mayores que las ventajas”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 51.

⁴⁴⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal, Parte general*. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, tercera reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996, pág. 13 (citando a FEUBERBACH, *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1979, i, p. 43).

⁴⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 42.

⁴⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 42.

Finalmente, en cuanto a su génesis y posterior tramitación, las modificaciones del art. 31 bis acopian, o lo menos hacer presumir, atendido a que se han franqueado principios del derecho penal, que intereses foráneos se han hecho presente en la reforma del año 2015 al CP. Por una parte, las enmiendas al articulado expresan la importancia económica, empresarial y jurídica de la materia. La segunda crítica acentúa la anterior. Por otra parte, la dicotomía, que si bien siempre existe entre los anteproyectos y las normas definitivas, en este caso se acentúan de manera elocuente con la introducción de varias modificaciones no contempladas en las diferentes versiones del Anteproyecto de 2012 y del Proyecto de abril de 2013. Entre estas modificaciones se encuentra la relativa al art. 31 bis. Así pues, la original iniciativa del Gobierno, plasmada en el Anteproyecto de 2012 y el Proyecto de 2013, no se incluía la reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas con el alcance, contenido y redacción del texto finalmente aprobado. Sin embargo, en la versión última y definitiva, entre otras, se contiene la relativa al art. 31 bis. en la que se percibe la inexistencia de los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. Ambas instituciones emitieron sus informes respecto a un texto que después ha sido profundamente modificado. Por tanto, en ésta como en otras materias.

4. *Compliance Officer*

El *Compliance Officer* u oficial de cumplimiento, es una figura nueva en la legislación española, que nace a la vida jurídica con el advenimiento de la LO 1/2015, que introduce esta figura en la legislación nacional. Como se ha indicado, existe una novedosa cultura corporativa emanada de los tratados bilaterales, multilaterales, convenios internacionales, etc., que han hecho necesaria prevenir la ocurrencia de ciertos delitos dentro de las personas jurídicas, en especial el cohecho. No obstante, estimo de lo suyo relevante la creación del oficial de cumplimiento, la forma de regulación puede ser objeto de críticas. Por una parte, debemos tener presente que el oficial de cumplimiento no es un ente represor dentro de las

instituciones jurídicas, sino que su labor esta dirigidas esencialmente a minimizar los riesgos de comisión de delitos dentro de la empresa, reduciéndolos a su mínima expresión, por medio de la creación y concreción de un modelo destinado a la prevención de la comisión de delitos en su interior⁴⁵⁰.

Hasta el 15 de abril de 2015, no existía en España una norma UNE-ISO⁴⁵¹ sobre *Compliance Officer*, ni de alcance general ni en el ámbito concreto de la prevención penal. Por otra parte, debiendo ceñirnos a las normas internacionales, a finales del año 2015 el Organismo Internacional sobre Normalización (ISO) publicó la versión final de la ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems (CMS)* basado en el sistema británico⁴⁵². Esta norma internacional se ha transformado en el modelo más actual de las empleadas exclusivamente a la gestión del cumplimiento; pero no obstante ello, se encuentra presente la norma la ISO WD 37001 sobre *Anti-Bribery Management Systems*, basado en el esquema australiano⁴⁵³. Ahora bien, debemos dejar claro que en España sólo existen certificaciones basadas en

⁴⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 166.

⁴⁵¹ UNE-ISO normas UNE (Una Norma Española) son un conjunto unificado de normas tecnológicas creadas por los Comités Técnicos de Normalización (CTN), de los que forman parte todas las entidades y agentes implicados e interesados en los trabajos del comité. Por regla general, estos comités suelen estar formados por AENOR, fabricantes, consumidores y usuarios, administración, laboratorios y centros de investigación, asociaciones y colegios profesionales y agentes sociales. Las Normas UNE EN son la versión oficial en español de las normas europeas, que son adoptadas tras la aprobación de un órgano específico dentro de la estructura de normalización nacional de AENOR ISO Organismo Internacional sobre Normalización (*International Organization for Standardization*) es el organismo encargado de promover el desarrollo de normas internacionales de fabricación, comercio y comunicación para distintos sectores industriales y comerciales. La ISO está formada por diversos institutos de normalización nacionales de 160 países, sobre la base de un instituto por país, coordinados desde una Secretaría Central. Las normas internacionales de este organismo se conocen como normas ISO y su finalidad es la coordinación de las normas nacionales con el objeto de facilitar el comercio, el intercambio de información y contribuir con normas comunes al desarrollo y a la transferencia de tecnologías. Las normas ISO son voluntarias, comprendiendo que ISO es un organismo no gubernamental y no depende de ningún otro organismo internacional, por lo tanto, no tiene autoridad para imponer sus normas a ningún país.

⁴⁵² Norma UNE-ISO 19600:2015 Sistemas de gestión de compliance. Directrices. (Compliance management systems. Guidelines). Fecha de edición 2015-04-15.

⁴⁵³ Cfr. en Línea sobre ISO WD 37001 sobre Anti-Bribery Management Systems, https://www.standard.no/Global/PDF/Standardisering%20-%20nye%20prosjekter/CL_NWIP_Anti-bribery_management_system_Requirements.pdf

especificaciones o requisitos de carácter privado, con las limitaciones inherentes a dichas aproximaciones. El cumplimiento normativo consiste en establecer las políticas, procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa - incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados- cumplen con el marco normativo aplicable. Dentro de ese marco normativo no han de considerarse únicamente las normas legales, como leyes y reglamentos, sino que también deberían incluirse en el mismo a las políticas internas, los compromisos con clientes, proveedores o terceros, y especialmente los códigos éticos que la empresa se haya comprometido a respetar. El desarrollo explosivo del oficial de cumplimiento normativo es coexistente a razón de ser de la de la reforma del Código Penal del año 2010, que introdujo en el ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto básicamente significa que las personas jurídicas se convierten en penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta por sus representantes legales y administradores, pero también por quienes estando sometidos a su autoridad hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Hasta antes del año 2015, una empresa no sólo debía enfrentarse a las sanciones, generalmente de gran importancia económica que las distintas regulaciones sectoriales establecen, sino que también debía enfrentarse a la responsabilidad por la comisión de un delito, sin que existiera una causal de exculpación especial. La reforma del año 2015 al CP, introdujo una modificación al respecto de esta responsabilidad penal, en virtud de la cual la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad cuando haya adoptado y ejecutado, antes de la comisión del delito, medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; la supervisión de esas medidas quede encomendada a un órgano interno con una cierta autonomía (salvo en el caso de las pequeñas empresas); el delito se haya cometido

eludiendo por los autores tales medidas; y no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de control⁴⁵⁴.

La responsabilidad personal del *Compliance Officer* ha quedado bastante más prístina con la publicación de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado español⁴⁵⁵ que le atribuye al oficial de cumplimiento, un ámbito equivalente al de cualquier directivo. Desde luego no es una cuestión pacífica equiparar de que quienes están en disposición de adoptar decisiones con las de aquellos otros que se limitan a ejercer funciones de supervisión (que es, literalmente, la atribución que realiza el CP⁴⁵⁶). En cualquier caso, este debate técnico-jurídico descuida el rol de esta figura para la política criminal pretendida al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos⁴⁵⁷. Cabe destacar que la Circular equipara los modelos de organización y gestión que regula el CP con los “programas de cumplimiento normativo” o “*Compliance guides*”. Para evitar dudas, señala que “la empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no sólo con ella”⁴⁵⁸, reprochando el extremado reduccionismo del CP cuando limita sus exigencias al Compliance penal para prevenir delitos de la misma naturaleza de los que se cometieron. Asimismo remarca que los modelos de organización y gestión deben ceñirse a las circunstancias de cada organización, refiriéndose expresamente a las “necesarias

⁴⁵⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 136 y sgts.

⁴⁵⁵ Circular 1/2016 de la fiscalía general del estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, consultada en línea vía web con fecha del día 26 de noviembre del año 2016: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/home!/ut/p/a1/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFszcDBzdPYOdTD08jINdjYAKIoEKDHAARwNC-sP1o_ApsQgygSrAY0VBboRBpqOiIgD-HNNY/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/.

⁴⁵⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.) y VV.AA., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 161 y sgts.

⁴⁵⁷ Cfr., sobre este punto, BOLEA BARDON, Carolina, *Deberes del administrador y prácticas de KICK-BACK*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos ISSN 1695-0194. RECPC 17-17 (2015) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.

⁴⁵⁸ Circular 1/2016 de la fiscalía general del estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, pág. 39.

adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la persona jurídica⁴⁵⁹, incorporando así referencias prácticamente explícitas al principio de proporcionalidad, además de rechazar el principio de seguridad absoluta de los modelos de Compliance, al manifestar que la comisión de un “delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implantado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta”⁴⁶⁰.

5. *Síntesis*

Revisando la responsabilidad de las personas jurídicas especialmente post reforma de la LO 1/2015, son de resaltar las diversas incorporaciones de títulos de imputación, como la regulación de normas eximentes y eximentes incompletas referidas a los entes jurídicos, que a su vez se ha relacionado con la fundamentación jurídica de la responsabilidad civil subsidiaria de la personas jurídicas, y su efectos en instituciones como las siguientes: la prohibición de contratar; el comiso, en especial el comiso ampliado; la cláusula de exención de responsabilidad; o el tratamiento de las pequeñas personas jurídicas. También pueden apreciarse los sistemas introducidos por las nuevas modificaciones de prevención de la actividad delictual en la empresa, por la novedosa institución dentro de la legislación nacional del *Compliance Officer*, u oficial de cumplimiento. De esta manera, estamos en condiciones de estimar que, si bien existen varias modificaciones referidas a la responsabilidad de las personas jurídicas, y normas de prevención delictual, hay disposiciones legales que deben estar sujetos a una constante evaluación, a fin de evitar posibles atisbos de regulación interesada en un determinado ámbito, dejando de lado un real regulación general, basada en principios formativos del Derecho penal.

⁴⁵⁹ Conclusión N° 17 de la Circular 1/2016 de la fiscalía general del estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, pág. 62.

⁴⁶⁰ Circular 1/2016 de la fiscalía general del estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, pág. 44.

CAPÍTULO VI

RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN CHILE

I.- La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho chileno

1. Historia de la Ley N° 20.393

A modo de sistematización, se procederá con una descripción de los aspectos más relevantes respecto de lo que fue la discusión doctrinal y parlamentaria provocada por la tramitación de la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho. Posteriormente haremos referencia al delito de receptación incorporado mediante la ley N° 20.931. Cabe hacer presente que la discusión del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados, en marzo de 2009, tomó alrededor de 7 meses, siendo finalmente promulgado el 25 de noviembre de 2009 y publicado el 2 de diciembre de 2009, entrando inmediatamente en vigor.

Como se puede apreciar, la tramitación de la presente ley fue, por decir lo menos, breve. Las motivaciones y fundamentos de fondo para aprobar esta norma en tiempo record obedecen al cumplimiento de compromisos internacionales, más que al diagnóstico del legislador sobre una política criminal especial respecto de la incidencia delictiva de las empresas en nuestra sociedad. Posteriormente la Ley N° 20.931 se promulga con fecha de 24 de junio de 2016, y es publicada en el Diario Oficial de 5 de julio de 2016, bajo la expresión de que “Facilita la aplicación

efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”. En su artículo 16, no hace otra cosa que incorporar a los tres tipos penales ya existentes la “receptación”, estableciendo de esta forma que las personas jurídicas también responderán por dicho delito. Este tipo penal se consagra en el artículo 456 bis A de nuestro Código penal.

Artículo 16.-

Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N°20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho:

1) Reemplázase, en el inciso primero del artículo 1°, la expresión “artículos 250 y 251 bis”, por “artículos 250, 251 bis y 456 bis A”.

2) Incorpórase, en el artículo 15, un inciso tercero del siguiente tenor: “Tratándose del delito contemplado en el artículo 456 bis A del Código Penal, le serán aplicables las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior. En caso de reincidencia configurada en los términos del artículo 7°, se podrá imponer, además, la pena de disolución de la persona jurídica, regulada en el artículo 9°”.

2. *Contexto nacional*

La tendencia jurídica internacional ha estado fuertemente marcada por la discusión -a nivel doctrinal y legislativo- acerca de la legitimidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. El contexto nacional e internacional actual, en donde las personas jurídicas ocupan un lugar preponderante en el desarrollo de la sociedad, ha llevado a la inevitable consagración de esta responsabilidad, tanto en países de tradición jurídica continental, como Chile, cuanto en países de tradición anglosajona, a saber Inglaterra, Estados Unidos o Australia, que mucho antes atribuyeron responsabilidad penal a los entes morales. Después de largas discusiones se llegó a la convicción de la necesidad de responsabilizar a las personas jurídicas por hechos que producen un daño significativo a bienes jurídicos relevantes para la sociedad.

Esta necesidad político criminal fue esquivada en la discusión doctrinal, y aún más en la esfera parlamentaria nacional, pues suponía un estudio dogmático que para

muchos implicaba la renuncia a principios fuertemente arraigados dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, como son el principio de culpabilidad, *non bis in idem* y *societas delinquere non potest*, lo que explica que no fuera tema de debate, hasta que los compromisos internacionales suscritos por Chile y la presión internacional se hicieron sentir, provocando necesariamente la discusión.

Como nación en vías de desarrollo, Chile ha demostrado un fuerte interés en permanecer a la par de los países más adelantados, enfocándose en mejorar su imagen país. Es así como en los últimos años Chile suscribió y ratificó una serie de Convenciones Internacionales, entre ellas:

- 1) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.
- 2) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- 3) El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.
- 4) La Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico.

En este contexto, uno de los aspectos fundamentales que motivaron la tramitación de la ley N° 20.393 fue la invitación que recibió Chile, en mayo de 2007, para ingresar como miembro pleno en la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), participación que sólo se concretaría al materializar nuestro país diversas normas impuestas como condición, a saber: la Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros, que Chile había suscrito en diciembre de 1997.

El interés que desató esta invitación tiene que ver con las ventajas asociadas a la incorporación de nuestro país como miembro pleno, las cuales se traducen en ser partícipe directo de las acciones en apoyo al crecimiento económico, aumento del empleo, mejoramiento de la calidad de vida, entre otros objetivos de la OCDE. Además del impacto positivo en la imagen internacional como Estado emergente, pertenecer a este organismo, entre otras cosas, tiene especial connotación debido a que nuestro país se presentaría como menos riesgoso y con mayor transparencia, fomentándose con ello la inversión en Chile.

Es así como la presión internacional ejercida por la OCDE desató la urgencia en el establecimiento de sanciones para personas jurídicas que interviniesen en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones internacionales. Específicamente era imperativo que se tomaran medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, a través de sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, tema que evidentemente estaba pendiente de implementar en nuestro país⁴⁶¹.

En este sentido, se explica el afán de legislar rápidamente acerca de este tema, y así es como se señala expresamente en la Historia de la ley N° 20.393: “la incorporación de estas normas en nuestro sistema jurídico, a través de la presentación de esta iniciativa legal, responde precisamente al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, los cuales consideran

⁴⁶¹ La OCDE expresa conocer de la inexistencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, pero al no existir un impedimento constitucional el Estado Chileno adquirió el compromiso de abordar el tema en una próxima reforma del Código Penal. Más tarde a través de un segundo informe, la OCDE manifiesta abiertamente su preocupación por que a la fecha (Octubre de 2007), Chile no ha dado cumplimiento a parte de la Convención, esto es, a la implementación de responsabilidad legal de las personas jurídicas. En Informe de evaluación fase I, sobre la revisión de la implementación de la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997. (Traducción auténtica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile, págs. 18 y 19). Y en Informe de evaluación fase II, sobre la aplicación Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997 sobre la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales. (Traducción auténtica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile, pág. 106) [En Línea] En: http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.php

expresamente el establecimiento de responsabilidad a las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos”⁴⁶².

Los fundamentos de la iniciativa legislativa acerca de responsabilizar a las personas jurídicas se encontraban en la satisfacción de compromisos internacionales, específicamente en el interés de ser miembro pleno de la OCDE, cuestión que pone a nuestro país al nivel de los desarrollados, junto al aprovechamiento de los beneficios asociados a ello. Aun así, las primeras objeciones apuntaron hacia la evitable consagración de un estatuto de responsabilidad penal, en atención a nuestra tradición jurídica penal y a que de los requerimientos de la OCDE, no se desprende la necesidad de responsabilizar penalmente a las empresas, sino solo de implementar sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas.

La ley contempla dentro de sus objetivos específicos que las personas jurídicas adopten medidas de auto-regulación, logrando un equilibrio entre la libertad empresarial y los valores de orden público. Sin embargo, aunque se acepta introducir un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, éste solo incluye tres delitos considerados especialmente dañosos a nivel internacional⁴⁶³, pero que tienen poca incidencia práctica, no aceptándose del todo la implantación de esta responsabilidad por considerar que vulneraría la tradición imperante en nuestro país.

El estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas es aceptado de manera tímida y ambigua dentro de nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de

⁴⁶² Historia de la Ley N° 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Biblioteca del Congreso Nacional. Mensaje Presidencial. Pág. 5. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/...pdf.

⁴⁶³ Expresamente se señala como Ideas Matrices o Fundamentales dentro del Informe Comisión Constitución lo siguiente: “La idea central del proyecto tiene como objeto crear un estatuto que, en cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por el país, establezca la responsabilidad legal de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos, considerados especialmente dañosos a nivel internacional.”. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 27.

que la ley es clara en atribuir responsabilidad penal a los entes morales, el catálogo acotado de delitos considerados por nuestro legislador deja en evidencia la extrema timidez y cautela con la que se discutió el tema, pretendiendo la consagración de lo justo y necesario para el cumplimiento de compromisos internacionales, pero que en el plano nacional se traduce en la consagración de una ley con poca incidencia práctica. Lo anterior se evidencia con el hecho de que a más de un año de la publicación de la ley no se ha llevado a cabo ningún proceso en que las personas jurídicas sean imputadas penalmente.

3. *Discusión doctrinal*

Para la discusión del proyecto de Ley que establecía la responsabilidad penal⁴⁶⁴ de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, se encargó un informe a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Congreso Nacional, el cual fue elaborado, en parte, por distintos autores nacionales, cuyas opiniones fueron recibidas por la Comisión tanto en Primer como en Segundo Trámite Constitucional. Las principales posturas expuestas al respecto se pueden sintetizar en los siguientes términos generales⁴⁶⁵:

A) A favor de legislar la responsabilidad penal

a) Clara Szczaranski Cerda⁴⁶⁶ afirma que en Chile estaba pendiente el hacerse cargo de la responsabilidad de las personas jurídicas por sus ilícitos, ya que

⁴⁶⁴ El proyecto de ley inicial contemplaba la responsabilidad legal de las personas jurídicas, cuestión que fue modificada durante su discusión parlamentaria, debido a que el proyecto de ley atribuía derechamente la responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que podría haberse prestado para interpretaciones erróneas.

⁴⁶⁵ La referencia a las críticas y alcances que hacen los autores citados respecto de los artículos de esta Ley, referentes al modelo de imputación, serán omitidos en este capítulo, para abordarlos directamente en el análisis de éstos.

⁴⁶⁶ Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor. Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional. Pág. 32 -33 y en Segundo Trámite Constitucional. Pág. 181 - 188. Historia de la Ley N° 20.393. 2 de Diciembre de 2009.

se hacía responsable a los representantes legales y administradores, atentando contra el artículo 19 n° 3 de la Constitución que dispone que no se podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, respondiéndose por la propia responsabilidad. Es por ello que las empresas deben ser responsables por sus propios actos y no por hechos ajenos. Respecto de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas afirma que se delinque por acción o por omisión, y que los delitos no siempre se perpetran de propia mano sino también por medio de autorías mediatas, como sería el caso del ejecutor que actúa con dolo o aquel que lo hace por error o forzado, conservando el autor mediato el dominio de la acción. Para la autora, lo lógico es fundar la culpabilidad penal de las personas jurídicas de un modo análogo a la de las personas físicas. El nivel organizacional actualmente logrado por las empresas hace posible que éstas alcancen autónomos procesos decisorios, siendo posible que puedan perpetrar culpablemente delitos, por ello, deben responder por sus propias acciones. Para la autora, es un privilegio injusto eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas por hechos respecto de los cuales las personas naturales serían penalmente sancionadas. En este sentido, considera que en Chile no existen particulares dificultades dogmáticas, el límite de la responsabilidad penal para las personas jurídicas depende, por una parte, del plano normativo en cuanto a los deberes que le conciernen y que el Estado le ha impuesto, y, por otra, de su calidad organizacional e independencia, las que le permiten forjar conocimiento y adoptar orgánicamente opciones propias en circunstancias concretas.

b) Fernando Londoño Martínez⁴⁶⁷ consideró que esta ley se basaría en un sistema proveniente de Estados Unidos, recogido por la Ley Italiana del 2001. Por lo tanto, implica cambiar de la lógica retributiva a una lógica más preventiva, es decir,

Biblioteca del Congreso Nacional. Véase también en: SZCZARANSKI, Clara, *Un asunto criminal contemporáneo, Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, págs. 73-128.

⁴⁶⁷ Fernando LONDOÑO MARTÍNEZ, Profesor de Derecho Penal Universidad de Talca, *Informe Comisión Constitución. Primer Trámite Constitucional*, págs. 37-40. Historia de la Ley N° 20.393.

evitar el crimen. Responsabilizar a las personas jurídicas constituye una coacción a la autorresponsabilidad, esto es, un incentivo para la generación de modelos idóneos de organización, a fin de actuar como un ciudadano correcto. Afirma que la iniciativa no tendrá justificación si solamente alcanza los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, por ser raramente cometido por las empresas, cree que debe ampliarse el catalogo de delitos hacia aquellos que afectan el patrimonio del Estado.

c) Miguel Soto Piñeiro⁴⁶⁸ afirma que existen suficientes razones político criminales para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente necesidades preventivo criminales que no podrían satisfacerse sin el establecimiento directo de esta responsabilidad. Se pronuncia a favor de establecer una responsabilidad principal de las personas jurídicas, señalando que es la organización la que presenta la vocación criminal y contra ella se debe reaccionar. En este sentido, considera apropiado el sistema de responsabilidad por el hecho propio, que para él es el recogido en los artículos 3 y 4, a través del mecanismo del defecto de organización. Respecto de los problemas vinculados al principio de culpabilidad, es desaconsejable atribuir una responsabilidad administrativa, ya que carece de la significación simbólica de la responsabilidad penal. Asimismo está de acuerdo con no establecer un estatuto general de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero si en ampliar el catalogo a delitos en que comúnmente participan las empresas.

d) Jean Pierre Matus Acuña⁴⁶⁹. La ley aludida es necesaria debido a que los instrumentos con que contaba el Derecho penal habían demostrado ser insuficientes para contrarrestar a aquellas organizaciones que favorecían la criminalidad, por lo

⁴⁶⁸ Miguel SOTO PIÑEIRO, Profesor de Derecho Penal Universidad de Chile, *Informe Comisión Constitución, Primer Trámite Constitucional*, págs. 40-44. Historia de la Ley N° 20.393.

⁴⁶⁹ Jean Pierre MATUS ACUÑA, Profesor de Derecho Penal Universidad de Talca, *Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional*, págs. 46-49 y en *Segundo Trámite Constitucional*, págs. 195-204. Historia de la Ley N° 20.393.

que esta ley sería un primer paso para lograr disminuir los delitos que podía cometer una organización empresarial. Para el autor, el modelo de imputación escogido, es un sistema mixto, inspirado en el vigente en Estados Unidos e Italia. De lo que se trata es de prevenir la comisión de delitos, a través de programas éticos, de regulaciones básicas al interior de las empresas, lo que se pretende no es condenarlas, sino evitar que se comenten los delitos. En este mismo sentido, cree que los alcances de la ley son muy reducidos. Sin embargo, cree que esta nueva legislación llevará a los directores a esmerarse en que la sociedad no solo haga buenos negocios sino que también no incurra en delitos.

e) Jorge Bofill Genzsch⁴⁷⁰ sostuvo que la iniciativa en estudio constituía una innovación, por lo que no estaba de acuerdo con la aseveración del mensaje de que representaba la tradición jurídica del país. El hecho de establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho significaría la constitución de un modelo de atribución de responsabilidad para las personas jurídicas, frente a cualquier ampliación del catálogo que se implementara a futuro. Aun cuando la OCDE no exige que se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino un sistema que consagrara sanciones eficientes, proporcionales y disuasivas, cree que desde una perspectiva política puede considerarse deseable el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de las empresas. Expresó que en la medida es que se consagre un sistema que entregue no sólo herramientas al Ministerio Público y a los tribunales para sancionar, sino que, además, dote a las personas jurídicas de posibilidades para ejercer adecuada defensa, se construirá un mecanismo duro, pero que al mismo tiempo será un sistema que asegurará garantías al imputado, esto es, a la persona jurídica.

⁴⁷⁰ Jorge BOFFIL GENZSCH, Profesor de Derecho Penal Universidad de Chile, *Informe Comisión Constitución, Intervención en Primer Trámite Constitucional*, págs. 49-53 y en *Segundo Trámite Constitucional*, págs. 208-215. Historia de la Ley N° 20.393.

f) Gonzalo Medina Schultz⁴⁷¹. Si bien se manifiesta desde un comienzo a favor de la idea de legislar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cree que los alcances del proyecto son insuficientes. En referencia al artículo 5º, es partidario de consagrar la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, por ser la única forma de frenar la “irresponsabilidad organizada de las empresas”, por lo que éstas deben ser capaces de responder penalmente con independencia del hecho punible cometido por las persona naturales, ya que de lo contrario significaría dar carta blanca a las empresas para que se organicen de tal forma que fuere imposible determinar al responsable y con ello imputarla penalmente. Respecto al artículo 3º, señala que se consagra un doble estatuto de responsabilidad: aquella derivada de los hechos cometidos por los directivos de la empresa, y la de quienes trabajan supervisados al interior de ella. Entiende que es posible establecer una distinción en cuanto a hechos atribuibles a los directivos, mientras para otros delitos bastaría la existencia de hechos cometidos por los funcionarios para establecer responsabilidad penal, lo cual en el caso chileno no es tomado en cuenta, por la pobreza del catálogo de delitos. Asimismo considera que el modelo de atribución contemplado tiene el problema de exigir interés o provecho a favor de la empresa, lo cual puede desembocar en que se constituyan personas jurídicas especiales para la ejecución de estos actos. Establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas era algo inevitable, habiendo de asumirse la complejidad operacional de la empresa.

g) Héctor Hernández Basualto⁴⁷². Entiende que a través de la Ley N° 20.393 se establece un verdadero sistema de responsabilidad penal propio de las personas jurídicas, con lo cual se abandona de manera radical el dogma tradicional del

⁴⁷¹ Gonzalo MEDINA SCHULTZ, Profesor de Derecho Penal Universidad de Chile, *Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional*, págs. 53-56. Historia de la Ley N° 20.393.

⁴⁷² Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO, Profesor de Derecho Penal Universidad Diego Portales. La visión del autor no fue incorporada dentro del informe de la Comisión Constitución, se hará referencia a ella como parte activa de la discusión nacional respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Véase en: *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Política Criminal*, Vol. N°5. Julio 2010, págs. 207-236, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5 N9A5.pdf.

societas delinquere non potest, consagrado con carácter general en el artículo 58 del Código Procesal Penal. Aun cuando los requisitos exigidos por la OCDE no hacían necesario la implementación de un estatuto de responsabilidad penal, el contexto nacional, es decir, la ausencia de un sistema de sanciones extrapenales realmente efectivo y el tratamiento poco diligente del asunto, desencadenaron la instauración del sistema de justicia criminal, que por lo demás era el único disponible y con la cobertura necesaria para cumplir con el objetivo. En relación al examen de la conformidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el principio de culpabilidad, es discutible que rija con la misma intensidad que respecto de las personas naturales. No puede exigirse identidad, sino sólo equivalencia funcional. Desde esta perspectiva, es dudosa la compatibilidad del principio de culpabilidad con un régimen de responsabilidad de la personas jurídica basado en un hecho delictivo ajeno, sin atender al comportamiento propio de la misma, no ocurre lo mismo si se hace depender la responsabilidad de la entidad del comportamiento que ésta adopte. Lógicamente puede estimarse que dicho comportamiento es siempre y necesariamente de los órganos que en ella actúan, un hecho ajeno a la entidad, pero implicaría extremar el argumento de la ficción, resultando contraproducente. El desafío supone el desarrollo de una cultura empresarial de autorregulación en materia de prevención, siendo indispensable una práctica punitiva efectiva y con preferencia por los criterios materiales por sobre los formales.

B) En contra de legislar sobre la responsabilidad penal

a) Juan Carlos Dörr Zegers⁴⁷³. Recordó que de acuerdo a la tradición jurídica nacional las sanciones aplicables a las personas jurídicas eran civiles o administrativas, nunca penales. No eran las personas jurídicas quienes cometían los delitos, sino las personas naturales que las integraban. Estima que es grave que a través de esta ley se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

⁴⁷³ Juan Carlos DÖRR ZEGERS, Profesor de Derecho Civil Universidad Católica de Chile, *Informe Comisión Constitución, Primer Trámite Constitucional*, págs. 45-46. Historia de la Ley N° 20.393.

transgrediéndose el principio de que no se puede sancionar penalmente a quien no es culpable. Esta normativa constituye una importación de esquemas jurídicos contrarios a la idiosincrasia y experiencia de Chile, por lo que propone incorporar normas en la leyes de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, para que, una vez que se haya establecido la responsabilidad penal de la persona natural, mediante sentencia, probándose que se utilizó a la persona jurídica, esta última sea sancionada administrativamente.

b) María Inés Horvitz⁴⁷⁴. Sostiene que el proyecto de ley se inspira en el modelo norteamericano, que difiere sustancialmente de nuestro sistema jurídico, principalmente porque el principio legal no juega el mismo rol que en nuestro medio y el principio de culpabilidad no tiene la misma significación, por lo que el proyecto puede presentar graves dificultades. La autora es categórica en afirmar, que este tipo de proyectos satisfacen una necesidad de carácter simbólico y, en consecuencia, no tienen una gran aplicación práctica. Específicamente, afirma que el proyecto plantea una responsabilidad objetiva, en circunstancias de que en materia penal se responde en la medida que la actuación de la personas natural sea posible imputarla, desde algún criterio de imputación a la persona jurídica. No es aceptable, imputar responsabilidad de un modo formal, por el solo hecho de ejercer el cargo de representante legal, directivo o de órgano. Considera muy importante que exista una norma de imputación individual de responsabilidad directa al órgano, al representante o al administrador, por la cual se pueda hacer la vinculación con la persona jurídica. Sin embargo, en atención a nuestro sistema jurídico – penal y en consideración al pensamiento mayoritario en nuestro medio, de que las personas jurídicas no son capaces de responsabilidad penal, resultaría más adecuado intentar regular un modelo de imputación o atribución individual de responsabilidad penal de los órganos, antes que a las empresas.

⁴⁷⁴ María Inés HORVITZ, Consejera del Consejo de Defensa del Estado y Profesora de Derecho Penal Universidad de Chile, *Informe Comisión Constitución, Segundo Trámite Constitucional*, págs. 189-195. Historia de la Ley N° 20.393.

c) Alex van Weezel⁴⁷⁵. La persona jurídica posee una tenue identidad que no le permitiría resistir los embates de un proceso penal, además de su carácter instrumental, todo lo cual se desprende de su absoluta dependencia respecto de las decisiones que toman las personas naturales que las administran directamente o través de otros. El principal dilema se encuentra en que no existe una opción de compromiso que permita considerar a la persona jurídica como sujeto penal en sentido estricto, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien prescindir del principio de culpabilidad. El autor estima que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un cuerpo extraño en el derecho penal chileno. El respeto al principio de culpabilidad como principio fundamental implica que sólo será sujeto pasivo de la pena aquel capaz de establecer una comunicación con el sistema penal, a quien el hecho típico se le atribuye como propio, para el autor, los entes morales no alcanzan a superar esta barrera. Las penas a las personas jurídicas deben ser sin identidad personal, inmunes incluso a la disolución de la persona jurídica, pues de lo contrario no se podría ejecutar; además la pena debe ser sin culpabilidad por el hecho, al menos en los casos en que la empresa culpable no esté contenida en la persona jurídica que resulte responsable, y susceptible de heredarse, transmitirse o traspasarse a terceros no culpable. En este sentido, ambas características son, para el autor, inherentes a la sanción de las personas jurídicas, por lo que no son remediabiles, en definitiva, cuando en la imposición del castigo no está presente la posibilidad de una toma de conciencia, solo subsiste la coacción, la ingeniería social y la protección de ciertos intereses. A mayor abundamiento, el autor sostiene categóricamente que la identidad funcional de la persona jurídica no es suficiente para hacerla susceptible de reproche penal, es más, si el Derecho penal tomara en serio a la persona jurídica, entonces la responsabilidad de ésta sería autónoma de la responsabilidad penal de las persona

⁴⁷⁵ Alex van WEEZEL. La visión del autor no fue incorporada dentro del informe de la Comisión Constitución. Véase en: *Contra la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Política Criminal, Vol.5 N°9, Julio 2010, págs. 114-142, [En Línea] En: http://www.politica-criminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf.

naturales que encarnan sus órganos. Se considera a las personas jurídicas, personas en sentido restringido, y al castigarlas lo que se persigue finalmente es influir sobre las decisiones que toman las personas naturales que las controlan, por lo tanto la pena se confunde con la coacción. Así las cosas, la ley de responsabilidad penal de las persona jurídicas viene a bagatelizar el instrumento más energético con que cuenta una sociedad, este es, el derecho penal, de ahí que la correcta solución sea instaurar un derecho administrativo de prevención del delito en el contexto empresarial.

4. *Discusión legislativa con ocasión de la aprobación de la Ley N° 20.393*

La discusión parlamentaria comenzó a partir del proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo en marzo de 2009, para someterlo a tramitación con el carácter de urgencia. El mismo Mensaje Presidencial es claro en señalar, como ya hemos advertido, que los fundamentos obedecen al cumplimiento de compromisos internacionales, por ende su naturaleza es más político que preventivo criminal. En este contexto, no es de extrañar que la discusión parlamentaria, más allá de la intervención de tratadistas nacionales, tuviera poco de dogmática penal e hiciera a un lado las discusiones acerca de la teoría del delito como principio de culpabilidad y función de la pena entre otras materias, que de haber sido incluidas hubiesen significado una discusión más profunda, acabada y sin lugar a dudas, mucho más larga de la acontecida. De la simple lectura de la Historia de la Ley N° 20.393, sobresalen los intereses políticos por lograr la aprobación de la ley, siendo explícitos en denunciar que dentro de las discusiones y votaciones, se hace a un lado el análisis jurídico penal debido, por el fin superior que significa dar aprobación a una ley que beneficiará a nuestro país en el contexto internacional. Seguidamente se procederá con una exposición descriptiva de lo acontecido dentro de la discusión parlamentaria, a partir del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, y las consecuentes modificaciones efectuadas por ambas Cámaras del Congreso Nacional.

Sin embargo, nos centraremos en los focos de discusión relacionados con el alcance de la ley, el modelo de atribución, atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, correspondiente al Título Preliminar y I de esta ley, por ser atingentes al presente trabajo⁴⁷⁶, dejando fuera lo referente a modelos de organización y los aspectos procesales.

A) Propuesta legislativa presentada por el Poder Ejecutivo

El proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados, comienza con el Título Preliminar, integrado por los artículos 1 y 2, seguido por el Título I, compuesto por 8 artículos. En el artículo 1, se hace alusión al contenido de la ley, siendo categórico en expresar que la presente ley regula la responsabilidad legal de las personas jurídicas respecto de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho. Dispone que en lo no previsto por esta ley serán aplicables supletoriamente el Código Penal y Código Procesal Penal. El artículo 2 determina el alcance, expresando que las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas públicas, creadas por ley. En lo concerniente al Título I, referido a la responsabilidad legal de las personas jurídicas, este contiene específicamente el modelo de atribución de responsabilidad, circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de ella. Debido a su importancia y con el fin de ser contrastados con las modificaciones que se analizarán en los apartados siguientes, se hará la transcripción textual de los artículos 3 y 5 del proyecto de ley:

“Artículo 3º.- Atribución de responsabilidad legal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º cometidos en interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, así como por personas que realizan, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica, siempre que la comisión del delito se haga posible por el incumplimiento por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

⁴⁷⁶ Ver texto íntegro Ley N° 20.393, www.bcn.cl.

Bajo los mismos presupuestos, serán también responsables dichas personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, anteriormente a la comisión del delito, la persona jurídica haya adoptado e implementado eficientemente modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hayan cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o en favor de un tercero⁴⁷⁷.

“Artículo 5°.- Responsabilidad legal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona natural y subsiste aun cuando:

1. La responsabilidad penal individual se haya extinguido conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal.

2. No haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales.

3. Concurrieren respecto de la persona natural alguna de las eximentes contempladas en el artículo 10 del Código Penal”.

Sin perjuicio de lo anterior, si concurrieran las circunstancias N°1 y N° 9 del artículo 10 del Código Penal, se excluirá asimismo la responsabilidad legal de la persona jurídica, salvo que esta hubiera podido y debido evitar su aparición⁴⁷⁸. Sin lugar a dudas, tanto el artículo 3 como el 5, son los puntos centrales dentro del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo, ya que en ellos se contiene el modelo de imputación que permite atribuir responsabilidad a las personas jurídicas que cometan los delitos descritos en el artículo 1°. Por lo tanto, el análisis de éstos, supuso dentro del debate parlamentario más de alguna discusión que acabó, como lo veremos en el apartado siguiente, con algunas modificaciones.

El artículo 6 del proyecto contenía circunstancias eximentes de responsabilidad, que decían relación con el tamaño de la persona jurídica, a saber: si

⁴⁷⁷ Historia de la Ley N° 20.393, pág. 12, www.bcn.cl.

⁴⁷⁸ Historia de la Ley N° 20.393, págs. 12-13, www.bcn.cl.

está fuese inferior a los estándares impuestos por la ley en su número 1, la ley contemplaba el nombramiento de un interventor como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, quedando exenta la persona jurídica de responsabilidad penal. En este mismo sentido, el número 2 del artículo, también exime a la persona jurídica de responsabilidad, cuando ésta tuviera como única finalidad la comisión de hechos delictivos, debiendo el juez ordenar la disolución de la empresa como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales. Consecuentemente, el proyecto contempla en sus artículos 7 y 8, circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad. Respecto de las atenuantes, éstas se configuran en directa relación con el comportamiento post delictivo que lleve a cabo la empresa, es decir, implica un incentivo para que la empresa, aun cuando haya cometido alguno de los delitos contemplados en el artículo 1º, sea capaz de colaborar en pos del esclarecimiento y reparación del mal causado, atenuando con ello la responsabilidad que le cabe en el delito⁴⁷⁹.

En cuanto a las agravantes, el proyecto también se encarga de sancionar el comportamiento delictivo reiterado de la persona jurídica, constituyéndose como un agravante. En este sentido el artículo 8 dispone: “Es circunstancia agravante de la responsabilidad legal de la persona jurídica el que ésta haya sido sancionada durante los cinco años anteriores a la comisión del delito respecto del cual actualmente se le atribuye responsabilidad”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ El Artículo 7º del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo establecía: “Circunstancias atenuantes. Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad legal de la persona jurídica:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a poner el delito en conocimiento de las autoridades, a través de sus representantes legales.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando antecedentes, en cualquier momento del proceso, que sean nuevos y decisivos para establecer los hechos investigados.
- c) Haber reparado el mal causado o disminuido los efectos dañosos ocasionados por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir y descubrir la misma clase de delitos objeto de la investigación que en el futuro pudieran cometerse”. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Mensaje Presidencial. Pág. 13 – 14.

⁴⁸⁰ Historia de la Ley N° 20.393, Pág. 14, www.bcn.cl.

B) *Reformas relevantes llevadas a cabo por el Poder Legislativo*

1) *Naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas*

El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en primer trámite Constitucional, con la colaboración de connotados especialistas, fue el primero en advertir, que llama la atención que el proyecto de ley contemple derechamente la responsabilidad legal de las personas jurídicas, en atención a que lo que se consagra, a todas luces, es la responsabilidad penal de éstas. Para el Profesor Bofill, lo que se produce es un fraude de etiqueta, ya que como también lo establece el Profesor Soto, la responsabilidad, sea civil, administrativa o penal, será legal⁴⁸¹. Por lo demás, la estructura del proyecto se construye sobre la base de categorías propias del Derecho penal, por lo que el sistema adoptado en el proyecto de ley obedece a la naturaleza penal, aunque el poder Ejecutivo haya pretendido no precisar la responsabilidad. Es así como la primera indicación de la Comisión, que fue aprobada en lo sucesivo, se enfocó en aplicar la terminología correspondiente a la naturaleza de la responsabilidad aplicada, cual es la penal.

2) *Referencia al artículo 58 del Código Procesal Penal*

El artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal consagra el principio *societas delinquere non potest*: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden las que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afectare”. La Comisión Constitución, en primer trámite constitucional, estimó necesario agregar un tercer inciso al artículo 1 del proyecto de ley, con la finalidad de establecer una excepción expresa a esta norma del Código Procesal Penal, en directa concordancia con la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en forma independiente a la de las personas naturales que trabajan en ella. Esta indicación fue aprobada, sin mayor debate por parte de la Comisión, y

⁴⁸¹ Historia de la Ley N° 20.393, Pág. 40 y 50, www.bcn.cl.

luego mantenida en el proyecto a lo largo del debate legislativo hasta su publicación⁴⁸².

3) *Ampliación del catálogo de delitos*

Si bien es cierto que en este ámbito no hubo reformas, de todas maneras se desató controversia legislativa, atendiendo a lo restringido del catálogo de delitos contemplados en el proyecto de ley. La principal línea argumentativa, decía relación, con que existe una amplia variedad de tipos penales dentro de la criminalidad empresarial, que se llevan a cabo en la práctica con mayor frecuencia, que los sugeridos por la OCDE. Por lo demás, es claro que de aprobarse la ley, se está aceptando a la persona jurídica como sujeto imputable penalmente, de ahí que no existan razones de fondo, para limitar su responsabilidad a solo tres delitos, discriminando todos los demás tipos que igualmente pueden ser llevados a cabo por un ente moral. Es así como se presentó una iniciativa por parte de algunos diputados, para extender el catálogo de delitos, la que finalmente no prosperó⁴⁸³.

Las razones esgrimidas para no ampliar el catálogo de delitos a otros cometidos con mayor frecuencia, descansan en la insuficiente discusión doctrinaria referente al tema, a razones de prudencia, escases de tiempo, pero por sobre todo a la conveniencia de aplicar la progresión y el gradualismo, ante una reforma tan importante. Por lo tanto, quienes abogaban por una reforma más sustantiva y menos tímida al respecto, finalmente se contentaron con la posibilidad que les abre esta ley, de en un futuro, ampliar el catálogo a otros delitos de mayor importancia práctica, sobre la base de la experiencia recogida.

⁴⁸² Específicamente el párrafo 3 del artículo 1º establece: “Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.”

⁴⁸³ La iniciativa fue presentada a la Comisión de Constitución, en primer trámite constitucional, por parte de los diputados Araya, Schilling y De Urresti, respecto de incluir dentro del catalogo de delitos entre otros: aquellos de propiedad industrial, propiedad intelectual, sobre mercado de valores, sobre sociedades anónimas, aquellos relativos a la informática, a los crímenes y simples delitos de los proveedores, loterías y juegos prohibidos, etc. Historia de la Ley N° 20.393, Págs. 58-59, www.bcn.cl.

4) *Atribución de responsabilidad penal*

El sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas está expresamente consagrado en el artículo 3 de la ley. Si bien es cierto, la disposición no sufrió mayores modificaciones con respecto a la norma presentada en el proyecto de ley, cabe decir que las efectuadas lograron mayor claridad y certeza respecto de lo que se quería lograr. Las indicaciones presentadas por la Comisión Constitución en segundo trámite constitucional, que más tarde fueron aprobadas, se enfocaron en los dos primeros incisos. Concretamente las primeras indicaciones respecto al inciso 2 del artículo 3 apuntaron al tipo de relación que debe presentarse en las organizaciones de mayor complejidad, respecto de quienes están en la cúspide de la organización y aquellos que actúan a través de unidades o departamentos. Lógicamente la vinculación que debe existir para lograr la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica de cada uno de sus órganos, dice relación con deberes de dirección y supervisión, debiendo tratarse de una relación directa, para no caer en la indeterminación del sujeto ante quien se responde, provocando tal ampliación de concepto que se difumine la responsabilidad. Por otro lado se enfatiza, en su inciso primero, que los delitos deben ser cometidos en interés o provecho directo e inmediato de la persona jurídica, por lo que se excluyen aquellos casos en que la persona natural, delinque en beneficio propio o de terceros. Además, respecto de los sujetos enumerados en el inciso primero, que pueden cometer los delitos señalados en el artículo 1º, se agrega a los ejecutivos principales, y se suprime a quienes de hecho realicen actividades de administración y supervisión.

5) *Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica*

El proyecto de ley contempla, a través del artículo 5º, la responsabilidad autónoma de la personas jurídicas, esto es, la responsabilidad penal del ente moral subsistirá independiente de lo que ocurra con la persona natural que comete el

delito en provecho de la empresa debido al incumplimiento de los deberes de supervisión o dirección de ésta, tal como lo contempla el artículo 3°. El objetivo que subyace a este artículo, dice relación con aquellos casos en que cometido el delito y cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 3°, no es posible identificar a la persona física responsable. Es así que el artículo se constituye como una excepción, porque a pesar de no contar con la persona natural, presupuesto necesario para atribuir la responsabilidad penal, se podrá en determinados casos lograr igualmente responsabilizar a la persona jurídica.

El artículo 5° presentado en el proyecto de ley fue rápidamente sometido a críticas, ya en la Comisión de Constitución en primer trámite constitucional, las indicaciones presentadas suprimían el número 3 y el inciso segundo, que hacían subsistir la responsabilidad de la persona jurídica, aun cuando concurrieran las eximentes de responsabilidad penal del artículo 10 del Código Penal en la persona natural. La aprobación del artículo 5° sin el número 3 y el inciso segundo, se debió a que la actuación lícita de la persona natural no puede dar origen a una actuación ilícita de la persona jurídica, así fue entendido por la Comisión Constitución para su aprobación⁴⁸⁴.

A pesar de las tempranas críticas, en el informe Comisión Constitución en primer trámite constitucional, acerca de la causal número 1 del artículo 5° que establece que se mantendrá la responsabilidad penal de las persona jurídicas cuando la responsabilidad penal de la persona natural se hubiera extinguido conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal⁴⁸⁵, en atención a que las únicas causales válidas son la número 1, que dice relación con la muerte del responsable y la número 6, en atención a la prescripción del acción penal, siendo las demás inaplicables o estarían demás, esta observación fue recién recogida dentro de la

⁴⁸⁴ Historia de la ley N° 20.393, Pág. 68 – 69, www.bcn.cl.

⁴⁸⁵ El artículo 93 del Código Penal contempla 7 causales en las cuales se extingue la responsabilidad penal.

propuesta presentada por el Ejecutivo en Informe Comisión Constitución en segundo trámite constitucional⁴⁸⁶.

Lo que se busca con la modificación del artículo 5° número 1 es especificar los casos en que la responsabilidad penal de la persona jurídica se mantiene a pesar de la muerte de la persona natural, desincentivando con ello que se elimine a la persona física que cometa el delito y por otro lado que la persona jurídica a través de la causal de prescripción de la acción penal, provoque la huida de la persona natural o su ocultación. A mayor abundamiento, en el número 2 del artículo 5°, el Ejecutivo propone mantener la responsabilidad de la persona jurídica aun cuando se decrete el sobreseimiento temporal del imputado, de acuerdo a las causales de rebeldía y de enajenación mental. La causal anterior permite continuar con el procedimiento contra la persona jurídica, aun cuando por estas causales no se pueda continuar el procedimiento o no se pueda imputar a la persona natural. Finalmente, la propuesta se hace cargo de los casos en que debido a las organizaciones cada vez más complejas, no sea posible individualizar al responsable con precisión. El inciso tercero del artículo 5° exige que se cumpla con todos los requisitos del artículo 3°, pero que a pesar de que el delito necesariamente se haya cometido dentro del ámbito de funciones de las personas que enumera el inciso primero, y no haya sido posible identificarla o establecer la participación de los responsables individuales, se permita perseguir la responsabilidad de la persona jurídica, todo lo cual debe estar fehacientemente acreditado dentro del proceso de investigación. La propuesta presentada por el Ejecutivo fue finalmente aprobada por la Comisión Constitución en segundo trámite constitucional, y en lo sucesivo, siendo parte finalmente de la ley publicada.

⁴⁸⁶ Historia de la ley N° 20.393 Pág. 257 – 261, www.bcn.cl.

6) *Eximentes de responsabilidad*

El artículo 6° del proyecto presentado por el Ejecutivo, contemplaba las causales eximentes de la responsabilidad en atención al tamaño de la empresa, es decir, cuando ésta tuviera menos de 25 empleados y sus ventas anuales no excedieran de veinticinco mil unidades de fomento en los dos años calendarios anteriores a la comisión del delito del que emana la responsabilidad, entre otras circunstancias que aluden a la envergadura de la empresa, esta estará exenta de responsabilidad y se le nombrará un interventor. La Cámara de Diputados acordó suprimir esta primera causal, por considerarla una vía de elusión de responsabilidad para empresas más grandes, que queriendo escapar al alcance de la ley buscarán fraccionarse en varias empresas pequeñas, quedando amparadas en la eximente. Respecto de la segunda causal del artículo 6°, que dice relación con las persona jurídicas que tuviera como única finalidad la comisión de hechos delictivos, la Comisión Constitución acordó suprimir tal disposición, enmendando el Código Penal y el artículo 28 de la ley n° 19.913.⁴⁸⁷ Producto del debate, se suprime totalmente el artículo 6° del proyecto de ley presentado.

7) *Circunstancias que atenúan la responsabilidad*

Como mencionamos en el apartado anterior, en relación al artículo 7° que consagra las atenuantes de responsabilidad penal, éstas están elaboradas en atención al comportamiento post delictivo que desarrolle la empresa. La Comisión Constitución en segundo trámite constitucional, recibió propuesta del Ejecutivo en atención a simplificar el artículo presentado en el proyecto inicial, siempre en

⁴⁸⁷ Expresamente se señala al respecto: “La Comisión acordó suprimir esta disposición pues, estimó más adecuado enmendar el Código Penal y el artículo 28 de la ley N° 19.913, que creó la Unidad de Análisis Financiero, consagrando la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica en la hipótesis de que la entidad se hubiera constituido como una asociación ilícita”. Historia de la Ley N° 20.393, Pág. 262, www.bcn.cl.

atención a considerar el comportamiento post delictivo de la persona jurídica, con este objetivo se consideró establecer la causales que atenúan la responsabilidad en términos más generales, en concordancia con el Código Penal. Es así como este nuevo artículo 6, consagra 3 circunstancias atenuantes de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la primera de ellas, establece que de acuerdo al numeral 7 del artículo 11 del Código Penal, la persona jurídica deberá procurar reparar el mal causado o impedir consecuencias perniciosas. La segunda se refiere al numeral 9 del artículo 11, de colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, lo cual se traduce en el otorgamiento de antecedentes relevantes para la investigación, haciendo explícito que se cumplirá con la condición, siempre que se pongan los hechos en conocimiento de las autoridades con anterioridad a que la persona jurídica sepa del procedimiento que se lleva a cabo contra ella. Sin embargo, nada obsta a que se reconozca la atenuante aun cuando se haya procedido con la formalización de la investigación respecto del representante, es más, esto último se establece como prerrequisito para formalizar a la entidad jurídica de acuerdo al artículo 22 de la ley⁴⁸⁸. La tercera y última atenuante no está contemplada en el Código Penal, ésta dice relación con la implementación de medidas de prevención que deberá desarrollar la persona jurídica a fin de que no se cometa el mismo delito en el futuro, esto con anterioridad al comienzo del juicio. Lo anterior, tiene como finalidad que la persona jurídica, sea incentivada a implementar medidas de autorregulación eficaz y preventiva, para que las empresas desarrollen o mejoren sus sistemas internos de supervisión, dirección y prevención de las prácticas ilícitas. Las tres atenuantes de responsabilidad penal que contempla la ley son taxativas, por lo que fuera de éstas, no podrá aplicarse otra atenuante de responsabilidad.

⁴⁸⁸ Artículo 22.- Formalización de la investigación. Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquella, de conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para poder proceder e esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la personas jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3°, salvo los casos establecidos en el artículo 5°, Ley N° 20.393.

8) *Circunstancias agravantes de responsabilidad*

Respecto de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo, contempló solo una circunstancia que agrava la responsabilidad, la cual dice relación con la comisión reiterada, dentro de 5 años, del mismo delito. Las modificaciones efectuadas durante su tramitación en el Congreso, solo apuntaron a la forma, mejorando con ello la redacción de la norma para su mejor comprensión, pero no se discutió la posibilidad de agregar más agravantes al proyecto. Bajo esta lógica, en caso de que la persona jurídica haya sido condenada, por ejemplo, por el delito de lavado de dinero, y pasados 2 años, sea condenada por el delito de cohecho, no incurriría en la agravante por no tratarse del mismo delito⁴⁸⁹.

5. *Texto de Ley aprobado*

Con fecha 2 de Diciembre de 2009, fue finalmente publicado en el Diario Oficial, la Ley 20.393 que consagra expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un catálogo restringido de delitos, esto son, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Es así como se pone fin a meses de discusión legislativa referente al tema, y se continúa con mayor fuerza el debate doctrinario, pero por sobre todo, se cumple con el objetivo principal de dar luz verde, a uno de los requisitos para que Chile integre en calidad de miembro pleno la OCDE. La ley publicada, tiene tres títulos con un total de 29 artículos, el primero de ellos referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el segundo de las consecuencias de la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el tercero referente al procedimiento. A continuación, luego de

⁴⁸⁹ Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Informe 21 – 2010. *Algunos Comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Abril de 2010, pág. 29, [En Línea] En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

expuesto el proyecto de ley presentado por el poder Ejecutivo y las principales modificaciones efectuadas y aprobadas por el Congreso, se transcriben los primeros 7 artículos de la ley, por ser de mayor interés, exceptuando el artículo 4 que se refiere a los modelos de prevención de los delitos.

Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Artículo 2°.- Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

TÍTULO I

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

1.- De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las

personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.

2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de él o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.

2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.

3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

3.- De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal.

Artículo 7°.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito⁴⁹⁰.

II.- Modelo de imputación de la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. Análisis del artículo 3° de la ley N° 20.393

Las interpretaciones que se desprenden de la letra de la ley, constituyen el punto de partida requerido por el aparato estatal, para que los destinatarios logren identificar la clase de sucesos que son relevantes para el sistema jurídico-penal. De ahí que su entendimiento se considera esencial para llevar a cabo la función comunicativa y preventiva que tiene como principal objetivo esta ley. Los presupuestos necesarios contemplados por el legislador para lograr imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, se encuentran consagrados en el artículo 3°. De él se desprende, por lo tanto, el sistema de imputación escogido por nuestro legislador. Conforme a ello, la norma requiere ser desglosada, para ir ahondando en cada uno de sus componentes.

El artículo 3° establece lo siguiente:

“Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueron cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho⁴⁹¹, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén

⁴⁹⁰ Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. 2 de Diciembre de 2009. Diario Oficial. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/...pdf.

⁴⁹¹ La negrita está incorporada por mí, a modo de enfatización.

bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”⁴⁹².

Del artículo anterior transcrito, es posible sindicar los requisitos exigidos para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos previstos en el artículo 1° de la ley, presupuestos que se pueden sistematizar de la siguiente manera:

i) La comisión del hecho punible deber ser llevado a cabo por alguna de las personas que la propia ley determina, a saber: (i) dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión. (ii) Asimismo, en el inciso 2 del artículo, la ley incluye a los trabajadores que están directamente supervisados por las personas naturales antes mencionadas.

ii) Otro aspecto central es que el hecho ilícito haya sido cometido directa e inmediatamente en interés o provecho de la persona jurídica. En este caso, y en concordancia con el inciso 4 del artículo, se puede aseverar lo siguiente: si la persona natural actuó, exclusivamente, en beneficio propio o de un tercero, no se configuraría el tipo penal, y la persona jurídica no responderá penalmente.

iii) El tercer y último presupuesto incorpora el incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. La infracción de los deberes de vigilancia provoca la comisión del hecho ilícito, por lo cual el ente

⁴⁹² Artículo 3° Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. 2 de Diciembre de 2009. Diario Oficial. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/...pdf.

moral debe responder penalmente. El mismo artículo en su inciso 3, destaca que los deberes de supervisión y vigilancia se entenderán cumplidos, si con anterioridad a la comisión del delito, la entidad supo implementar modelos de organización y supervisión que permitiesen prevenir el ilícito, conforme a lo dispuesto por el artículo 4º.⁴⁹³

A partir de la sistematización antes descrita, continuaremos el análisis de los presupuestos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de acuerdo a lo dispuesto específicamente por el artículo 3º. En este sentido las principales preguntas tienen que ver, en un primer momento con la determinación de la persona física capaz de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral, en segundo lugar, que es lo que debe entenderse por interés o provecho en favor de la persona jurídica y finalmente, en qué consiste el incumplimiento de los deberes de vigilancia por parte de la persona jurídica.

A) Sujetos capaces de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral

El artículo 3º considera dos tipos de personas físicas como posibles autoras del hecho antijurídico: en un primer momento a aquellos que están en cargos de poder, y luego -en el inciso 2- a los trabajadores que se encuentran bajo la directa supervisión o dirección de los primeros.

Llama la atención que, si lo que se pretendía era emular el modelo impuesto en la legislación italiana⁴⁹⁴, no se tomara en cuenta la distinción que ésta hace, en

⁴⁹³ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Pág. 218, Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. En este mismo sentido, Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, *Algunos comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Informe 21-2010, Pág.10-11, [En Línea] En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

⁴⁹⁴ LONDOÑO, Fernando y MATUS, Jean, *Historia de la Ley N° 20.393, Informe Comisión Constitución*, Pág. 37 y 47. En este mismo sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Pág. 218, Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/

relación a la creación de dos subsistemas de imputación, dependiendo si el delito era cometido por aquellos que supervisan o por los supervisados. Lo que se busca⁴⁹⁵ es que aquellos que se encuentran en cargos de dirección y supervisión se hallen fuertemente incentivados a implementar los modelos de prevención, ya que solo así, podrán llegar a eximirse de responsabilidad penal ante un eventual delito. El modelo italiano entiende que depende de quienes están en altas posiciones dentro de la compañía, la creación e implementación de los modelos de prevención, y no de los trabajadores que se encuentran subordinados, de ahí la distinción.

Sin embargo, volviendo a nuestro artículo 3º, esta diferenciación no se encuentra presente, fundamentalmente por lo restringido del catálogo de delitos, ante lo cual - podría justificarse así - es posible no profundizar en las distintas formas de imputación. Lo cierto es, que dentro de la historia de la ley N° 20.393, aquello no fue materia de debate, concentrándose a ejecutivos y trabajadores en un mismo artículo.

Otro aspecto relacionado a destacar, es que no está lo suficientemente claro en qué momento se corta la cadena de responsabilidades. En otras palabras: pensemos en aquel supervisor a cargo de una sucursal de menor importancia dentro de la empresa, ¿es igualmente capaz de traspasar su responsabilidad a la empresa, que el gerente general de ésta?; ¿será la empresa responsable penalmente por el delito cometido por este administrador? Parece ser que la respuesta a esta interrogante, se encuentra en el mismo artículo 3º el cual, como mencionamos anteriormente, no hace distinción entre el delito cometido por una persona física en un alto cargo de administración y supervisión, y aquella subordinada, de ahí que para la ley, todo aquél que trabaje en la entidad es potencialmente capaz de hacer atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, siempre y cuando se den los

Vol5N9A5.pdf. En este mismo sentido, Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, *Algunos comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Informe 21-2010, Pág.217, [En Línea] En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUusuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

⁴⁹⁵ En referencia al apartado sobre el modelo de imputación desarrollado en Italia.

demás presupuestos de imputación. Es decir, frente a las interrogantes planteadas, es dable concluir que el supervisor de menor rango dentro de una empresa, es igualmente capaz de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral, que el gerente general de ésta. En este sentido, se ha afirmado: “la ley chilena establece un círculo amplio de sujetos relacionados, no circunscrito a los órganos directivos, en tanto que, si bien hace la distinción entre éstos y el personal subordinado, no establece un régimen diferente para los delitos cometidos por una u otra categoría de sujetos”⁴⁹⁶.

Asimismo, el legislador español por medio del artículo 31 bis dispone que tienen capacidad para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica: los representantes legales, los administradores de hecho o de derecho y cualquier otra persona subordinada a éstos. Al respecto se ha afirmado: “la ley equipara la capacidad de todos ellos para comprometer penalmente a la persona jurídica en cuyo seno desempeñan su actividad. Lo que sí tiene importancia es encontrar el límite inferior entre ellos y sus subordinados, en la medida en que, en este último caso, se requiere un elemento adicional cual la ausencia del “debido control” sobre ellos”⁴⁹⁷.

Ahora bien, la cadena de responsabilidades a la que hacíamos mención, puede estar estructurada de tal forma dentro de la persona jurídica, que finalmente la responsabilidad penal se difumine, lo que frustraría la determinación del órgano a cargo responsable. En este escenario, el artículo 3º sería incapaz de hacer atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, configurándose un espacio de impunidad

⁴⁹⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Pág. 218, Polít. crim. Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. En este mismo sentido, Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, *Algunos comentarios sobre la Ley Nº 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Informe 21-2010, Pág. 220, [En Línea] En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

⁴⁹⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Editorial Lex Nova, 2010, pág. 69.

para ésta. Sin embargo, esta falencia es solucionada a través del artículo 5° inciso final, cuya incidencia e importancia analizaremos en el apartado correspondiente.

B) En interés o provecho de la persona jurídica

El hecho ilícito cometido por alguna de las personas ya mencionadas, debe ser perpetrado en interés o provecho directo e inmediato de la persona jurídica. En este sentido, se ha discutido sobre la naturaleza del interés o provecho, específicamente en un informe de la Corte Suprema de abril del año 2010⁴⁹⁸, en el cual se revela que en atención a los delitos contemplados por la ley, y los que posiblemente se incluirán en un futuro, el interés derivado de ellos se caracterizará por tratarse de una ganancia material o pecuniaria. Sin embargo, en Oficio N° 440 de 2010 desarrollado por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, se señala explícitamente que si bien, los límites de lo que se debe entender por interés no están claramente definidos por la ley, el sentido común llama a interpretarlo más allá de lo meramente pecuniario, haciéndolo extensivo a lo inmaterial⁴⁹⁹. Si bien es cierto la ley no parece ser muy clara en cuanto a cómo debe ser interpretado el término “en interés o para su provecho”, parece ser que la interpretación más acorde a la puesta en marcha de la ley, apunta a una lectura más amplia del concepto, es decir, no circunscrito netamente al beneficio pecuniario, sino también al inmaterial. Lo realmente importante es lograr acreditar el provecho obtenido por parte de la persona jurídica, el cual no necesariamente puede ser perceptible en dinero, en otras ocasiones puede tratarse de ventajas comparativas en determinados negocios o en

⁴⁹⁸ Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, *Algunos comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Informe 21-2010, Pág.11, [En Línea] En:http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUusuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

⁴⁹⁹ Oficio N° 440/2010, *Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*, 23 de Agosto de 2010, de Fiscal Nacional del Ministerio Público a Fiscales Regionales y Adjuntos, Asesores Jurídicos y Abogados ayudantes de Fiscal de todo el país, págs. 6-7, [En Línea] En: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ofi440.pdf.

publicidad, que no necesariamente le implican una ganancia futura ni segura a la persona jurídica, pero si le reportan al menos un beneficio inmediato.

A mayor abundamiento, nada obsta a que el interés o provecho beneficie a la persona moral y también a la persona natural, de ahí que la diferencia radique en aquellos casos en que la ganancia obtenida es en beneficio exclusivo de la persona física o en favor de un tercero, aun cuando éste se trate de otra persona jurídica.⁵⁰⁰ Lo relevante es que la persona jurídica se vea beneficiada con el hecho ilícito y sólo en el evento de que está no lo esté se eximirá de responsabilidad, es así como expresamente lo señala el inciso final del artículo 3°. Ahora bien, considerando el provecho en términos amplios, la discusión ahora pertinente es determinar el alcance del provecho, es decir, que debe entenderse cuando se habla que la actuación de la persona física debe ser en interés o provecho directo e inmediato de la persona jurídica.

La referencia a que sea de manera directa e inmediata, fue una propuesta hecha por la comisión de constitución en segundo trámite constitucional, con la finalidad de enfatizar que la persona física debe favorecer con su actuación ilícita a la persona jurídica.⁵⁰¹ Sin embargo, no queda claro si el alcance del provecho involucra un marcado carácter subjetivo, es decir, implica probar que la persona natural al momento de actuar tuvo la intención real de beneficiar a la persona jurídica, o por el contrario, debe ser interpretado objetivamente, ante lo cual, basta con que se vislumbre la posibilidad de tal escenario, aun cuando provocar el beneficio no estuvo dentro de los planes de la persona natural. A su vez, la interpretación objetiva plantea la posibilidad de entender el provecho como la

⁵⁰⁰ La precedencia de un tercero como persona jurídica se vuelve discutible en el evento de que éste tenga algún tipo de relación con el ente moral perpetrador del hecho ilícito, por ejemplo si ambas formaran parte del mismo holding o fuesen sociedades espejo. En este contexto, la persona natural podría alegar estar beneficiando sólo al “tercero” eximiendo de responsabilidad a la persona jurídica, mientras esta resultaría indirectamente beneficiada.

⁵⁰¹ Propuesta por el Subsecretario señor Riveros y el abogado señor Chaves, *Informe Comisión de Constitución. Segundo Trámite Constitucional*, Historia de la ley N° 20.393, Pág. 240, www.bcn.cl.

constatación del efectivo beneficio o bien como la efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho⁵⁰².

Este debate se ha desarrollado en extenso en el Derecho comparad, en el que se ha señalado: “No resulta necesario que el beneficio de la empresa sea el objeto exclusivo del agente, ni tampoco es necesario que exista un beneficio efectivo. La existencia de provecho tiene sobre todo un misión procesal, en cuanto que facilita la prueba de que el agente actuó en el interés de la empresa”⁵⁰³, y haciéndose referencia al modelo de imputación norteamericano se ha sostenido que la jurisprudencia norteamericana ha entendido que no es estrictamente necesario que la empresa se haya beneficiado del hecho, basta con la intención del empleado de beneficiar a la empresa, y que “tampoco resulta necesario que el objetivo principal del empleado sea el de beneficiar a la empresa ya que muchos empleados actúan con la mente puesta en su propia ganancia personal”⁵⁰⁴. En referencia a la legislación española, al exigir que la acción u omisión se lleve a cabo en provecho de la persona jurídica, ha sido ambigua, ya que la expresión “en provecho” del artículo 31 bis, llama a equivocidad, estimándose la constatación de “la idoneidad *ex ante* de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio asociado a aquélla, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato, por ejemplo por ser una posibilidad futura que, finalmente, no acaeciese”⁵⁰⁵, o bien que el provecho se ha producido efectivamente, y excluiría la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando aquél fuese solo potencial⁵⁰⁶.

⁵⁰² GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010, pág. 85.

⁵⁰³ NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Un modelo legislativo*, Editorial Iustel, 2008, pág. 101.

⁵⁰⁴ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F, 2010, págs. 241-242.

⁵⁰⁵ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010, págs. 86 y 87.

⁵⁰⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*,

La tendencia en Derecho comparado parece inclinarse hacia la objetivación del provecho de la persona jurídica, pues lo que se pretende es excluir actuaciones ilícitas y perjudiciales para los intereses de la entidad, que no le reportan beneficio pero si le acarrearán responsabilidad penal por ser efectuadas dentro del ámbito de sus competencias⁵⁰⁷. No obstante, la expresión “en su interés o para su provecho” contenida en el artículo 3° de la ley N° 20.393 admite una lectura de marcado carácter subjetivo, lo cual supone que en nuestro país bajo la legislación actual, es necesario probar que la persona física que cometió el delito lo hizo con la intención de beneficiar a la persona jurídica, lo que evidentemente se vuelve una dificultad probatoria para el órgano persecutor. Así, en la Comisión de constitución en primer y segundo trámite constitucional se hizo mención de la inconveniencia que tenía que el interés o provecho consagrara un elemento subjetivo, y de la necesidad de modificarlo a fin de no dificultar la prueba, solo así se evitaría “vincular la prueba del provecho objetivo en favor de la persona jurídica con la de un elemento subjetivo, presente en la mente de una persona natural”⁵⁰⁸.

A pesar de lo anterior, la dificultad probatoria se vería salvada con la consagración negativa dispuesta en el inciso final del artículo 3°, el cual dispone que las personas jurídicas no serán responsables solo en el evento de que las personas físicas hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un

Editorial B de F, 2010, págs. 486 y 487. En este mismo sentido, Martínez Pardo, afirma que el provecho debe ser actual, es decir debe haberse producido efectivamente. MARTINEZ PARDO, Vicente José, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Internacional de Práctica Jurídica, N° 26, año 2011, p.70. [En Línea] En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf.

⁵⁰⁷ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F, 2010, págs. 241-242. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. Crim., Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, págs. 220-221, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

⁵⁰⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Informe Comisión de Constitución primer y segundo trámite constitucional. Historia de la ley N° 20.393*, págs. 48 y 204, www.bcn.cl.

tercero, es así, como todos aquellos casos en que objetivamente se tiende a beneficiar a la entidad cabrían dentro del presupuesto requerido por el artículo 3°.

Se observa que hay una necesaria vinculación entre la conducta de la persona física con la persona jurídica. Claramente la norma le otorga un rol protagónico a la persona natural en la comisión del hecho ilícito: es el órgano quien comete la infracción, gracias a lo cual –de configurarse el último presupuesto– puede llegar la persona jurídica a ser responsable penalmente. Analizados los presupuestos, resulta criticable que la persona jurídica sea susceptible de ser responsable penalmente por la actuación ilícita de una persona física al interior de ésta, y no por sus propias actuaciones, con absoluta independencia de las personas naturales. De ello surgen las objeciones en relación a la imputación de la responsabilidad penal del ente moral, sin mediar la culpa de éste.

Por tanto, hasta ahora, puede sostenerse la existencia de una transferencia de responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica de la cual es parte, ante lo cual se configuraría un escenario poco auspicioso dentro de nuestra tradición jurídico-penal: el de atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica por un hecho ajeno, cuestión enérgicamente criticada a nivel doctrinario, sobre todo por ser contrario a uno de los principios fundamentales dentro de la teoría del delito, como lo es el principio de culpabilidad.

Sin lugar a dudas, el rol que le cabe a la culpabilidad dentro de los sistemas de imputación ha sido uno de los aspectos más problemáticos para aquellos que defienden esta nueva responsabilidad. No obstante, tal discusión ha sido parte de un largo proceso en el derecho comparado, siendo ajeno, por la premura de los acontecimientos, a la discusión nacional. Ahora bien, del análisis que haremos del último presupuesto, quizás el más importante y controvertido, saldrá a la luz, no sólo los objetivos preventivos y de autorregulación que tiene la ley para con las empresas,

sino el punto de equilibrio de ésta, es decir, la incorporación de la culpabilidad dentro del sistema nacional de imputación penal de las empresas.

C) *Incumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión por parte de la persona jurídica*

El tercer presupuesto, ya mencionado, establece claramente que la comisión del delito debe ser consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. Lo primero a destacar hace relación a que los dos presupuestos anteriores –el hecho ilícito cometido por una persona natural y en provecho directo de la empresa– son llevados a cabo con éxito, debido a un incumplimiento o un cumplimiento imperfecto de los deberes de supervisión y dirección que tiene la empresa. Por tanto, el delito no derivaría directamente de la actuación del órgano, sino que de la falta de cuidado que tiene la persona jurídica, en relación a la prevención de eventuales delitos dentro de ella. En este sentido, se ha señalado: “La persona jurídica no responde simplemente porque un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y vigilancia”⁵⁰⁹.

Así las cosas, la perpetración de uno de los delitos del artículo 1º de la ley, vería facilitada su comisión, gracias a un defecto de organización de la empresa, esto es, una infracción a los deberes de vigilancia y dirección que permite que los órganos que la conforman, tengan el espacio suficiente para cometer el hecho ilícito, sin mediar medidas preventivas de control. La persona jurídica es erguida por la ley, como garante de vigilancia respecto de sus integrantes, incluyendo dentro de sus deberes la prevención de delitos en su interior. En este contexto, lo único que permitiría argumentar en favor de una actuación responsable de la empresa, es que

⁵⁰⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. Crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, pág. 225. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

ésta haya implementado con anterioridad a la ocurrencia del delito, un modelo de organización, administración y supervisión, que le permita prevenir en la medida de lo posible, la comisión de delitos, como expresamente lo establece el inciso 3 del artículo 3°.

El sistema de imputación que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, se gesta fundamentalmente sobre la base de la prevención, a través de la auto- regulación que facultativamente puede llevar a cabo la empresa en aras de prevenir la comisión de delitos. Sin bien es cierto, la ley no obliga explícitamente a las empresas a implementar los modelos de prevención, sí ejerce dicha coerción al consagrar que a través de la implementación eficaz de éstos, es posible eximir de responsabilidad penal a la empresa. Por ello, se ha aseverado: “el modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía autorregulación forzada (*enforced self-regulation*), esto es, imponiéndole a las empresas en cuyo seno se produce la actividad delictiva el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de programas de cumplimiento”⁵¹⁰.

A través de la implementación de los modelos de prevención del delito, la ley incorpora dentro del sistema de imputación el principio de culpabilidad. Este es entendido como equivalente funcional y no en el sentido clásico respecto de las personas naturales, sino que se configura como la infracción a los deberes de dirección y supervisión, provocando un defecto en el accionar de la entidad. Como expusiera Tiedemann, la responsabilidad penal de los entes morales se regula normativamente sobre la base de la violación del deber de vigilancia, que implica directamente, que ésta a través de sus órganos, haya omitido las medidas necesarias

⁵¹⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. Crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, pág. 218. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

para una conducción ordenada de la entidad⁵¹¹. Así la cosas, el modelo de prevención y su implementación dentro de la persona jurídica, está íntimamente vinculado al principio de culpabilidad, ya que de no mediar los controles preventivos necesarios y ante la ocurrencia de un delito, la entidad incurre en la falta del cuidado debido, configurándose bajo esta forma, la culpabilidad de la empresa por el hecho propio⁵¹².

La presencia de modelos de prevención por parte de las personas jurídicas - en atención a evitar la ocurrencia de delitos y los costos económicos y en imagen que conlleva que la empresa sea sometida a un proceso penal, aun cuando finalmente esta resultase inocente – podría convertirse rápidamente en un ejercicio habitual dentro de la práctica empresarial, entendiendo que la sola puesta en marcha actuaría como una especie de eximente de responsabilidad penal. Lo anterior no sería problema (ya que es específicamente lo que busca la ley: que la empresa se encuentre incentivada a la auto-regulación), sin embargo, no se lograría tal objetivo si consideramos que se ha dejado a instituciones externas⁵¹³ la certificación de los modelos de prevención –y aunque tal certificación es catalogada por la ley como facultativa– podría prestarse para que las personas jurídicas solo busquen la certificación y no la prevención real y eficaz de los delitos, cayendo en una auto-regulación falsa, a través de un modelo preventivo de papel.

⁵¹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Cometer y hacer cometer: Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, El autor detrás del autor, De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, págs. 1259-1260. [En Línea] En: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/64.pdf>.

⁵¹² Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, *Algunos comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Informe 21–2010, Págs.11 y 12, [En Línea] En:http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUusuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

⁵¹³ El artículo 4° de la Ley N° 20.393, establece en su número 4 letra b): ”Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador”.

Bajo este prisma, la cuestión radica en no darle a priori a la certificación, el rol de eximente de responsabilidad penal de los entes morales. De ser así, claramente se desencadenaría en una aparente prevención por parte de las empresas, sin asumir los costos de fondo que significa la implementación real de los modelos preventivos dentro del funcionamiento interno de las empresas. Lo que en realidad busca la ley, es que la certificación cumpla con servir de prueba dentro de un proceso de investigación llevado a cabo por el órgano persecutor. Así, es forzoso concluir que la validación del modelo de prevención por medio de la certificación, debe evitar ser interpretado o entendido como un eximente de responsabilidad por el sólo hecho de concurrir a la situación fáctica que se presente.

Ahondaremos acerca del rol que le cabe a la certificación, pero antes es fundamental advertir que el propio Ministerio Público en Oficio 440/2010, despeja dudas en torno a este punto de interpretación aduciendo que: "... el hecho de cumplir la empresa formalmente con todos los requisitos que el artículo 4° establece para la adopción del modelo de prevención de delitos, no implica que ésta haya implementado el modelo real, eficaz o idóneamente, lo cual será siempre objeto de investigación y prueba", en este mismo sentido es tajante en afirmar: "la empresa no se exime de responsabilidad por el sólo hecho de contar con esta certificación"⁵¹⁴.

Concluido mayoritariamente el análisis de los presupuestos copulativos que deben concurrir para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, es oportuno aseverar que el sistema de imputación que se presenta a través del artículo 3°, es de naturaleza mixta. Por una parte nos encontramos con la transferencia de responsabilidad por el hecho delictivo llevado a cabo por la persona física, pero al mismo tiempo aquella actuación es permitida por un defecto de organización en la

⁵¹⁴ Oficio N° 440/2010 del Ministerio Público, *Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas* 23 de Agosto de 2010, págs. 6-7.

persona jurídica de la cual es parte, existiendo una directa vinculación entre la vulneración de los deberes de supervisión y dirección de la persona jurídica, y el accionar ilícito del órgano. Así las cosas, el sistema de imputación logra incorporar el principio de culpabilidad, tan importante dentro de nuestro ordenamiento, por medio de la figura del defecto de organización. Consecuentemente, el punto central de este sistema de imputación de responsabilidad es que la entidad cubra los eventuales riesgos de comisión de delitos por medio de la implementación eficaz de los modelos preventivos, que la ley, a través del artículo 4º, señala como facultativos pero que sin embargo, deberá implementar con diligencia si quiere evitar ser imputado penalmente.

El sistema de imputación mixto, desarrollado por la ley N° 20.393, a través del artículo 3º, posibilita que la empresa sea responsable penalmente por la comisión de un hecho propio, derivado en un primer momento del accionar ilícito de uno o más de sus agentes. La imputación penal de la persona jurídica requiere necesariamente del acto de la persona natural, pero al mismo tiempo incorpora los presupuestos necesarios que impiden que tal sistema se transforme en vicarial, para lograr añadir el elemento preventivo y de auto regulación necesario para que la persona jurídica sea incentivada a tener capacidad de regulación, prevención y control, ejerciendo la cuota de responsabilidad de manera justa, a la luz del principio de culpabilidad, el cual ocupa un rol protagónico dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Sin embargo, el artículo 3º por sí solo no basta para la configuración acabada de un modelo de imputación de responsabilidad penal que pretenda combatir ampliamente las situaciones de criminalidad empresarial: ¿qué ocurre con aquellas situaciones en que la persona física no logra ser identificada?; ¿y aquellos casos en que resulta eximida de responsabilidad penal?, todas estas situaciones podrían llegar a transformarse fácilmente en el punto de fuga de la responsabilidad penal de las

personas jurídicas, de ahí que el artículo 5° es parte importante en la configuración de este sistema de imputación penal, el cual pasamos a analizar a continuación.

2. *Análisis del artículo 5 de la Ley N° 20.393*

Habiendo realizado ya el análisis del artículo 3° de la ley en comento, que contiene el sistema de imputación de aplicación general, es turno de revisar la disposición del artículo 5°, la que, a pesar de regular situaciones de carácter excepcionales (al menos teóricamente) incide de manera enérgica en el modelo adoptado por la ley que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, el sistema de imputación debe ser construido a partir de la conjugación de los dos artículos mencionados con anterioridad, dado que regulan situaciones fácticas diferentes. Lo anterior se manifiesta toda vez que el artículo 3° contiene normas que deben aplicarse cuando el sujeto natural que comete la infracción se encuentra identificado, y es considerado completamente capaz para transferir la responsabilidad a la persona jurídica que se benefició con el ilícito. En cambio, el artículo 5° discurre sobre la posibilidad de que esa persona no sea apta –por diferentes razones– para transferir la responsabilidad del sujeto natural a la empresa. En razón de lo anterior, el análisis de este artículo se iniciará citando la norma en comento, para posteriormente desglosarla en sus respectivos incisos, y así realizar un entendimiento parcializado, que permita una comprensión global del artículo.

“Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.⁵¹⁵

⁵¹⁵ Título V Código Penal de Chile, De la extinción de la responsabilidad penal. Artículo 93: “La responsabilidad penal se extingue: 1.° Por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria. (...) 6.° Por la prescripción de la acción penal”.

2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de él o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal”⁵¹⁶.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°”.

i) Inciso primero

La regla en comento comienza declarando que la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales. Analizando esta disposición corresponde preguntarse: ¿Cómo dos responsabilidades que nacen de un mismo hecho pueden ser independientes o autónomas entre sí? Es más, de la simple lectura del artículo 3° – que consagra las reglas generales de imputación- se entiende que la participación de la persona natural es un requisito esencial y clave para transferir la responsabilidad de la persona natural hacia la persona jurídica. No es entonces antojadizo declarar que existe contradicción entre ambas disposiciones. Así se expresó durante la discusión parlamentaria, ante la Comisión de constitución de la Cámara baja, que dio cuenta de lo siguiente: “resaltó la importancia de los artículos 3° y 5°, señalando que el primero establecía un sistema de responsabilidad heterónoma, es decir, se atribuía responsabilidad a la persona jurídico por un hecho ajeno, no por el hecho propio, y

⁵¹⁶ Código Procesal Penal de Chile: “Artículo 252. Sobreseimiento temporal. El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos: (...) b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes; c) Cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto”.

en el segundo, consagraba un sistema de responsabilidad autónoma, agregando que creía importante resolver esta diferencia⁵¹⁷. Como se puede apreciar, la incongruencia entre ambos artículos es evidente, lo que nos podría llevar a concluir que existen, al menos, dos sistemas de imputación diferentes consagrados en la misma ley. Efectivamente, ambos artículos se encuentran en franca oposición y dicha estructura se basa en la siguiente razón: ambas normas, aunque versan sobre el mismo tema – sistema de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica- regulan situaciones de hecho diferentes, y desde tal perspectiva el artículo 5° es una norma de carácter subsidiario y excepcional. En otras palabras, el campo de aplicación de la norma que establece la autonomía de la responsabilidad penal empresarial es más estrecho y selectivo: solo podrá aplicarse en los casos que ahí se enuncian. Fuera de dicha enumeración casuística, la norma que primará y por lo tanto, deberá aplicarse, es el artículo número 3°.

En síntesis, el artículo 5° contiene en sí un sistema de imputación de la responsabilidad alternativo que se caracteriza por ser una excepción a la regla general de imputación –contenida en el artículo 3° del mismo cuerpo legal– y que se construye aunando ciertos requisitos del sistema general con características particulares presentadas por las situaciones de hecho que dan lugar a la aplicación de la norma. Entonces, al consagrar una especie de responsabilidad autónoma, el inciso en comento establece que la responsabilidad de la persona jurídica “subsiste” en ciertos casos, que se encuentran contenidos en los numerales siguientes. Creemos que, a pesar de la literalidad del artículo, no se trata de una “subsistencia” propiamente tal, pues la responsabilidad viene a nacer desde un comienzo y completamente al alero del artículo 5°, y no del 3°. De lo contrario, se estaría cayendo en un absurdo: se trataría de dos responsabilidades alternativas, pero al mismo tiempo de una sola que subsiste, lo que no es dable en la práctica. Es relevante mencionar que dicha subsistencia requiere, para poder tener lugar, que se

⁵¹⁷ BOFILL GENZSCH, Jorge, *Informe de Comisión Constitución. Historia de la Ley N° 20.393*, págs. 50 y ss., www.bcn.cl.

cumplan “los demás requisitos del artículo 3°”. Es conveniente preguntarse: ¿A qué requisitos se refiere? ¿Qué parte del engranaje montado en el sistema de imputación general se entiende excluido? Como se dijo anteriormente, el gran punto de inflexión de ambos sistemas se encontraría en el trato y consideración que se le da al rol de la persona natural en la configuración del delito. En el sistema principal –artículo 3°– la concurrencia de la persona natural es fundamento necesario para el nacimiento de la responsabilidad penal, en cambio, el artículo 5° discurre sobre una situación de hecho diferente: la persona natural involucrada en la comisión del ilícito es inexistente, o bien indeterminable.

En razón de lo anterior, no queda más alternativa que concluir que, cuando el artículo 5° en su inciso primero exige que concurren “los demás requisitos” se está refiriendo a: i) que se haya cometido un delito de aquellos enumerados en el artículo 1° del mismo cuerpo legal, ii) que exista directamente interés o provecho para la persona jurídica; iii) que exista un incumplimiento, por parte del ente moral, de los deberes de dirección y supervisión.

ii) Inciso segundo: numeral primero

Establece que la responsabilidad penal que acaece sobre la persona jurídica subsistirá aun cuando la responsabilidad que pudiera caberle a la persona natural se haya extinguido:

a) Por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria (numeral 1° del artículo 93 del Código Penal Chileno) y;

b) prescripción de la acción penal (numeral 6° del artículo 93 del Código Penal Chileno).

El resto de los numerales del artículo 93 del Código Penal fueron excluidos expresamente a lo largo de la tramitación de la ley número 20.393, por considerarse inútiles en términos de política criminal, o bien inaplicables⁵¹⁸.

Previo a continuar con el análisis de la norma, es prudente dar cuenta de la razón que fundamenta la subsistencia de la responsabilidad penal de la empresa.

En el primer caso (fallecimiento del procesado) la responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste porque aún cuando no se haya dictado sentencia ejecutoria en contra de la persona natural involucrada en el delito, ésta se encuentra identificada, lo que, sumado al argumento de que la empresa responde por el hecho propio -defecto en la organización- se obtiene como resultado no sólo el nacimiento de la responsabilidad sino su perduración. Este raciocinio nos lleva a concluir que, por fundamentos de política criminal, la responsabilidad que pudiera corresponder al ente moral no debe extinguirse automáticamente, ya que de lo contrario, se estaría abriendo una puerta no menor para dar paso a la impunidad de la empresa.

El segundo numeral, que contempla que la prescripción de la acción penal respecto de la persona natural, no extingue la responsabilidad de la empresa. Dicha decisión contiene como presupuesto la siguiente lógica: En el caso que la extinción de la acción contra la persona natural acarreará automáticamente la extinción correlativa de aquella que se dirige contra el ente moral, se estaría incentivando que tanto la persona natural como la empresa invirtieran recursos para evitar el procesamiento del primero, puesto que eso conllevaría a la impunidad de ambos. A diferencia de la causal anterior de muerte del procesado, en el caso de la prescripción de la acción penal existen intereses concordantes entre persona natural procesada y

⁵¹⁸ En este sentido, BOFILL GENZSCH, Jorge, *Informe de Comisión Constitución. Historia de la Ley N° 20.393*, www.bcn.cl, hace referencia a que solo los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal son aplicables para que subsista la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Historia de la ley n° 20.393*, págs. 51-52.

empresa, razón que fomentaría dicha práctica si constituyera aún una causal de extinción de la responsabilidad penal.

A modo de breve síntesis, podemos concluir que ambas causales de extinción de la responsabilidad penal del artículo 93 del Código Penal son dejadas sin efecto por la ley número 20.393, a fin de evitar la posible elusión injustificada del proceso y de la sanción a la que arribaría.

iii) Inciso tercero: numeral segundo

Aquí se establece que el proceso penal contra la persona jurídica seguirá su curso aun cuando se decretare el sobreseimiento temporal a favor de las personas naturales con calidad de imputados, siempre y cuando dicho sobreseimiento haya sido motivado por las causales b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal⁵¹⁹.

El fundamento político criminal que se encuentra tras esta norma no es diverso de aquel que respalda el inciso anterior: La imposibilidad de seguir un proceso criminal contra la persona natural que participó del acto delictivo que contraerá consecuencias jurídico penales para la empresa recae en una situación individual que no debe transferirse a la persona jurídica ni afectar su calidad de imputado. Como ya se dijo anteriormente, la culpa de la persona jurídica se constituye por su defecto de organización que derivó en el acto anti-jurídico, de ahí que el sobreseimiento temporal respecto de la persona natural por no ser esta habida o por caer en enajenación mental, no disminuyen el defecto organizacional de la empresa, motivo principal de su inclusión en el proceso penal.

iv) Inciso cuarto

⁵¹⁹ Artículo 252 Código Procesal Penal: “Sobreseimiento Temporal. El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos: (...)

b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes.

c) Cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto (...).

A primera vista, cabe concluir que el último inciso del artículo 5° no posee ninguna diferencia esencial, desde la perspectiva de la situación fáctica regulada, con los incisos anteriores. Efectivamente dicha norma regula el destino que deberá seguir el proceso en contra del ente moral cuando la persona natural no se encuentra por alguna razón en el marco del proceso. Hasta este punto, no existe ninguna diferencia sustancial con el resto del artículo en comento. La peculiaridad de este inciso, se encuentra en la situación de hecho que regula: La ausencia de la persona natural –dentro del marco del sistema de imputación– se debe, no a razones de imposibilidad de comparecencia (como la muerte, prescripción, rebeldía y/o sobreseimiento contemplado en los casos anteriores) sino a que no se encuentra claramente determinada, es decir, un sujeto sin identidad. Como claramente dice el artículo: “También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°”. Durante la tramitación del proyecto de ley, este inciso generó discusión en dos sentidos que vale la pena mencionar. En primer lugar, y atendiendo al riesgo que significa procesar al ente moral desconociendo la identidad de la persona natural que perpetró el hecho, la ley exige que se demuestre fehacientemente que el delito se cometió dentro de las atribuciones y funciones propias de las personas que la ley considera aptas para ser sujetos capaces de transferir la responsabilidad a la empresa de la cual dependen. El adjetivo “fehacientemente” debe ser tomado en consideración durante el desarrollo del proceso puesto que su inserción no es azarosa, sino que por el contrario, tiene el objetivo de elevar la calidad del rendimiento de prueba, considerando las implicancias procesales del caso: la imputación podrá extenderse a otro sujeto –la persona jurídica– en consideración a la persona física no determinada

que se supone cometió, ordenó, toleró o incitó la comisión del delito. Así lo ha entendido el Fiscal Nacional del Ministerio Público, quien asevera: “Cabría señalar que la ley pareciera establecer un estándar de prueba superior al normal, al señalar que debe acreditarse fehacientemente que el delito se cometió en el ámbito de funciones de los altos directivos de la empresa. La delimitación de tal estándar será labor de la jurisprudencia, pero en lo que respecta al Ministerio Público los fiscales deberán poner especial atención en la recolección de medios de prueba y evidencia útil para la acreditación de esta circunstancia”⁵²⁰. Desde una perspectiva político-criminal podemos justificar la existencia de esta norma, atendiendo a que la realidad de las personas jurídicas en la actualidad es extremadamente compleja e intrincada, formando pequeñas sociedades cuyo funcionamiento y métodos de organización son difíciles de reconstruir, especialmente dentro de un proceso penal donde el mismo objeto de estudio pretende no ser inculpado. Sin embargo, y como ya se dijo anteriormente, los costos de incluir una norma como la que se encuentra en comento, son altos dado que se cae en la posibilidad de procesar a un individuo, aunque jurídico, inocente y exento de responsabilidad, razón por la cual se eleva el nivel probatorio correspondiente al fiscal. Es atinente mencionar que el abogado del Ministerio Público que inform ante la comisión Constitución del Senado, don Antonio Segovia observó que la calificación “fehacientemente” no era del todo acorde con la terminología usada en el Código Procesal Penal, y que era preferible reemplazar dicho adjetivo por la frase “más allá de toda duda razonable”, sin embargo su proposición no fue acogida en definitiva⁵²¹. En segundo lugar, y de mayor importancia a nivel de política-criminal y respeto de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico-penal, se discutió durante la tramitación la viabilidad de aplicación de esta norma, por sobre la regla general contenida en el artículo 3° del mismo cuerpo legal.

⁵²⁰ Oficio N° 440/2010 del Ministerio Público, *Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*, 23 de Agosto de 2010, pág. 11.

⁵²¹ *Historia de la ley N° 20.393*, pág. 260, www.bcn.cl.

Ciertos parlamentarios manifestaron su preocupación respecto del último inciso del artículo 5°, indicando que dicha norma abría un camino para que el Fiscal a cargo de la investigación omitiera identificar al sujeto natural, y pasara directamente a la imputación de la persona jurídica, eliminando así en la práctica un requisito que, según el planteamiento del artículo 3°, sería esencial. En ese sentido, el Senador Chadwick declara: “Al órgano persecutor le será más práctico recurrir directamente al artículo 5° demostrando que el delito no pudo haberse cometido sino a través de la empresa, liberándose de la tarea de imputar a sujetos individuales determinados”⁵²². Aunque justificada la observación, durante la misma sesión en la tramitación, se estimó que dicha posibilidad (elección del sujeto imputado, por parte del representante de la Fiscalía) no era, en la práctica, una posibilidad real ya que en la generalidad de los casos será más fácil identificar a la persona natural responsable, considerando el amplio universo de sujetos que contempla el artículo 3° de la ley N° 20.393. Además de lo anterior, y según se revisó previamente, la exigencia probatoria del órgano persecutor sería más elevada en el artículo 5°, en razón justamente de la no identificación de la persona natural que debiera transferir la responsabilidad al ente moral. El hecho de establecer exigencias probatorias diferentes podría arrojar como resultado que indirectamente, se eligiera siempre imputar vía artículo 3°, toda vez que ello sea posible, reafirmando de esta manera su carácter de artículo prioritario y de sistema de imputación general, y como contrapartida caracterizando al artículo 5° y sus disposiciones como de aplicación subsidiaria y excepcional.

Sin embargo, aun cuando la aplicación del artículo 5° es subsidiaria y excepcional, la responsabilidad autónoma que parece contener esta norma no es tal. Lo anterior se desprende del simple análisis de este artículo, el cual no contempla en esencia la posibilidad de atribuir responsabilidad a la persona jurídica sin considerar a la persona física que ejecutó el delito. Si se analizan los presupuesto de aplicación

⁵²² *Historia de la ley N° 20.393*, pág. 259, www.bcn.cl.

de la norma, es evidente que en cada uno, estuvo o debió haber estado presente la persona natural, es decir la ley se pone a resguardo de que persistirá la responsabilidad de la persona jurídica aun cuando haya ocurrido la muerte, prescripción de la acción, rebeldía y/o sobreseimiento e imposibilidad de identificar a la persona física, pero en ningún caso construye una hipótesis real de responsabilidad autónoma de la persona jurídica. En el mismo sentido, Hernández Basualto afirma: “materialmente no hay ninguna hipótesis de responsabilidad de la entidad sin persona natural responsable”⁵²³. A mayor abundamiento el autor sostiene categóricamente, que el artículo 5º sigue la misma lógica que el artículo 3º, con la diferencia de que se configuran los presuepo sin la necesidad de imponer condena a la persona natural, volviendo la responsabilidad de la persona jurídica totalmente dependiente de la responsabilidad de la persona física, y por el contrario muy alejada de la autonomía que se pretendía lograr⁵²⁴.

El debate por lograr consagrar una responsabilidad autónoma real, estuvo presente durante la tramitación de esta ley⁵²⁵, pero aquél punto fue duramente criticado por parte de la doctrina, que creían imposible responsabilizar a la persona jurídica sin tener previamente “identificada” a la persona física. Uno de los principales propulsores de no desvincular la responsabilidad de la persona jurídica de la de aquellos que cometieron la conducta manifestó en la Comisión de constitución en segunda trámite constitucional: “Considero que ello es inaceptable porque si se desconoce al autor, no se sabrá si la persona natural actuó con dolo.

⁵²³ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*. Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, pág. 221.

⁵²⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*. Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, págs. 221-224.

⁵²⁵ Así, Jorge BOFILL. En este sentido, Gonzalo Medina durante su intervención en la comisión de constitución en primer trámite constitucional, señaló estar de acuerdo con consagrar la responsabilidad autónoma de las persona jurídicas, por ser necesaria para enfrentar la irresponsabilidad organizada, pero no bajo los términos propuestos, es decir, vinculando el hecho punible por parte de la persona física con la persona jurídica. *Historia de la ley N° 20.393*, pág. 54, www.bcn.cl.

Esto último, a su vez, no permite distinguir si se trata de un resultado punible o de un hecho punible. En síntesis, en este punto el artículo 5° es inconciliable con el artículo 3°⁵²⁶.

El artículo 5° está concebido como una norma taxativa, de ahí que surge el inconveniente, advertido por la doctrina, de que en los demás casos en que este ausente la persona física automáticamente decaerá la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como se ha expresado, el caso más controvertido es el de la eximentes de responsabilidad, presente en el artículo 10 del Código Penal, que estaban contempladas en el proyecto original del Ejecutivo, pero fueron rápidamente eliminadas debido a que se consideró que era absurdo sancionar a la persona jurídica por la comisión de hechos lícitos por parte de la persona física.⁵²⁷ Sin embargo, es de toda lógica pensar que la responsabilidad penal de la persona jurídica podría haber subsistido frente a las causales N°1 y N° 9 del artículo 10, las cuales se refieren a la enajenación mental de la persona natural, en cuanto la entidad hubiera podido y debido evitar su aparición, como parte de sus labores de selección, capacitación y supervisión de personal⁵²⁸.

En este sentido la legislación italiana, por medio del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 231, construyó un modelo de responsabilidad autónoma que contiene, no solo las hipótesis en que la persona natural no logra ser identificada sino que además incluye, en término amplios, los casos en que no sea imputable. De esta manera, la persona jurídica podrá ser responsable penalmente aun cuando la persona física que cometió el delito sea declarada inimputable, es decir, las causales de justificación y de exclusión de la culpabilidad de la persona natural no impiden que

⁵²⁶ *Historia de la ley N° 20.393*, pág. 213, www.bcn.cl.

⁵²⁷ *Historia de la ley N° 20.393*, pág. 69, www.bcn.cl.

⁵²⁸ En este sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. Crim., Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, pág.224.

se siga el procedimiento penal contra el ente moral, lo cual consagra la efectiva independencia de ambos tipos de responsabilidad⁵²⁹.

En síntesis y en atención a los argumentos otorgados precedentemente, es dable afirmar que bajo los términos actuales, el artículo 5° de la ley N° 20.393 no contiene una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas. Se afirma: “la ley chilena no conoce nada que merezca llamarse “responsabilidad autónoma” de las personas jurídicas”⁵³⁰. Lo que si se evidencia es la marcada vinculación existente entre la condena al sujeto individual y la imputación a la persona jurídica, lo que sin lugar a dudas, demuestra que a pesar de los esfuerzos la responsabilidad penal de la persona jurídica está subordinada a la de la persona natural. Esto indudablemente, generará en un futuro cercano, más de alguna recomendación por parte de la OCDE⁵³¹.

a) Modelos de prevención: Artículo 4° de la ley N° 20.393

⁵²⁹ El artículo 8° del Decreto Legislativo N° 231, dispone:

1. La responsabilidad de la entidad existe cuando:

- a) El autor no ha sido identificado o no es imputable.
- b) El delito se extingue por causa diferente a la amnistía.

2. A menos que la ley disponga otra cosa, no se procederá en contra de la entidad cuando se concedió la amnistía por un delito en relación al cual está prevista su responsabilidad y el imputado ha renunciado a su aplicación.

3. La entidad pueda renunciar a la amnistía.

Decreto Legislativo N° 231, *Responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000*, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030>.

⁵³⁰ Así, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. Crim, Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, pág. 224.

⁵³¹ El Informe de evaluación fase II, emitido por la OCDE en Octubre de 2007, planteaba algunas dudas respecto al proyecto de ley, señalando sobre la responsabilidad autónoma: “2) no crea una responsabilidad legal autónoma para las personas jurídicas pues i) en cada caso debe identificarse a una persona natural como imputado; y ii) se requiere la condena de una persona natural para sancionar a la persona jurídica.” Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997 sobre la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales. (Traducción autentica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile, pág. 105). [En Línea] En: http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.php.

La ley N° 20.393 contiene una irrefutable relación entre la redacción del inciso 3 del artículo 3° y el artículo 4°, de ahí la importancia de ahondar en los modelos de prevención. Si bien es cierto, que no analizaremos a cabalidad la incidencia del modelo de prevención en nuestro sistema, sí profundizaremos en aquellos elementos, que pueden llegar a tener suma importancia dentro del sistema de imputación penal de las personas jurídicas. Específicamente el artículo 4° contiene los criterios mínimos y generales que debe implementar todo modelo de organización, administración y supervisión para la prevención de los delitos previstos en el artículo 1°. Tomando en cuenta el marcado carácter preventivo que tiene esta ley, llama la atención que la adopción de los modelos de prevención, se establezcan de manera facultativa y no obligatoria. En relación a la voluntariedad del modelo, se ha argumentado expresamente –dentro de la postura contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas– que “como el modelo no es obligatorio, la acusación no podrá argumentar que la persona jurídica carecía de él, lo cual significa que no podrá utilizar sin más el esbozo del art 4° para demostrar que, como el ente moral no se ajustó a él, entonces violó sus deberes”. De haberlo pretendido así, la ley debió haber señalado que la adopción del modelo preventivo es obligatoria y no facultativa⁵³².

Lo cierto es que, al momento de discutir la ley, se presentó cierta oposición a imponer los modelos de prevención como obligatorios, ya que la adopción de estos implicaría grandes costos a empresas que difícilmente podrían ser cubiertos, en este escenario la ausencia del modelo de prevención enfrentaría a la empresa con una presunción legal en su contra, de ahí que se prefirió optar por el carácter voluntario, para no encarecer los costos de las pequeñas y medianas empresas⁵³³. En este sentido, lo que se busca a través de la implementación de estos modelos de

⁵³² VAN WEEZEL, Alex, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 3. pág. 139, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf.

⁵³³ Historia de la ley N° 20.393, pág. 249, www.bcn.cl.

prevención, es beneficiar a las personas jurídicas con la presunción de que está dando cumplimiento a las disposiciones que establece esta ley, para luego poder eximirse de responsabilidad penal.

Sin embargo, la historia de la ley es clara en señalar que la presunción es simplemente legal, por lo que puede ser destruida por la investigación que lleve a cabo el Ministerio Público⁵³⁴. En este sentido, la interpretación que ha querido dar la Fiscalía, hace relación a que, más allá de que se adopte o no el modelo preventivo propuesto en el artículo 4º, lo que debe estar presente en la empresa es un modelo eficaz e idóneo, por lo que, si la empresa no adoptó un modelo como el propuesto en el artículo 4º, ello no significa *a priori* el cumplimiento del tercer presupuesto del artículo 3º, sino que éste necesariamente debe ser acreditado durante la investigación⁵³⁵. A saber el artículo 4º establece los siguientes elementos básicos que deben estar presentes en todo modelo de prevención.

La designación de un encargado de prevención: éste tiene por misión la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos. El cargo tiene una duración de tres años, y es renovable. En cuanto a la autonomía que debe tener este encargado dentro de la persona jurídica, la ley establece una diferencia en relación al tamaño de la empresa: si ésta tiene ingresos superiores a cien mil unidades de fomento, necesariamente el encargado de prevención deberá ser una persona que goce de autonomía⁵³⁶ respecto de la administración de la persona jurídica, así como de sus dueños, socios, accionistas o controladores. No obstante, la ley permite que el encargado de prevención pueda ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

⁵³⁴ Historia de la ley N° 20.393. Pág. 250, www.bcn.cl.

⁵³⁵ Oficio N° 440/2010 del Ministerio Público, *Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*, 23 de Agosto de 2010, pág. 7.

⁵³⁶ Oficio N° 440/2010 del Ministerio Público, *Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*, 23 de Agosto de 2010, pág. 8, establece que: “La “autonomía” del encargado de prevención dependerá de la organización y estructura interna de la empresa, y finalmente también será objeto de investigación y prueba”.

Por otro lado, si la empresa tiene ingresos inferiores a las cien mil unidades de fomento, la ley permite que el dueño, socio o accionista controlador puedan asumir el rol de encargado de prevención, con el fin de no encarecer los costos de las medianas y pequeñas empresas.

Definición de medios y facultades del encargado de prevención: la Administración de la persona jurídica⁵³⁷ debe proveer a los encargados de prevención los medios y facultades necesarias para el desempeño de sus funciones, lo que se traduce al menos, en los recursos y medios materiales necesarios, considerando el tamaño y capacidad económica de la entidad, además del acceso directo a la administración para informarla oportunamente de las medidas y planes implementados en el cumplimiento del modelo, así como para rendir cuenta de su gestión.

Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos: el encargado de prevención, junto a la administración de la persona jurídica, debe establecer un sistema de prevención de los delitos contemplados en el artículo 1º, para ello la ley contempla elementos mínimos que debe cumplir para dicho cometido:

- Identificación de procesos en que se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos.
- Establecimiento de protocolos, reglas y procedimiento que permitan que las personas que intervenga en el punto anterior, tenga conocimiento para lograr ejecutar sus labores de manera que prevenga la comisión de los hechos ilícitos.
- Identificación de procedimiento de administración y auditoría de recursos financieros para prevenir su utilización en delitos.

⁵³⁷ Como “Administración de la persona jurídica”, la ley entiende al directorio, socio administrador, gerente, ejecutivo principal, administrador, liquidador, representantes, dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la entidad. Ley N° 20.393. Artículo 4º N°1 letra a).

- Existencia de sanciones administrativas internas contra quien no cumpla el sistema de prevención de delitos.

La ley dispone expresamente que la normativa interna que contiene el sistema de prevención de delitos, deba ser incorporada en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de los trabajadores, empleados, incluyendo a los máximos ejecutivos de la persona jurídica. Asimismo, estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deben contenerse en los reglamentos internos y comunicarse oportunamente a todos los trabajadores.

Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos: establece primeramente una supervisión interna por parte del encargo de prevención y de la administración de la persona jurídica, para el establecimiento efectivo del modelo de prevención, la corrección de sus fallas y su actualización de acuerdo al cambio de circunstancias que experimente la entidad.

Seguidamente, contempla la posibilidad de validar, por medio de la certificación, el modelo de prevención de delitos desarrollado por la persona jurídica. Al igual que la implementación del modelo preventivo, la certificación de éste es voluntaria, y podrá llevarse a cabo por medio de empresas auditoras externas, clasificadoras de riesgo y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros.

La función de la certificación, radica en acreditar la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos. En ésta constarán los requisitos contemplados en los numerales 1) 2) y 3) del artículo 4º, en relación a la situación, tamaño, giro y nivel de ingresos de la persona jurídica. Por lo tanto, no existirá un certificado estándar, sino que dependerá de cada persona jurídica.

El rol que le cabe a la certificación dentro del modelo preventivo, como posible eximente de responsabilidad penal, es un aspecto que ha generado

ciertas aprehensiones, debido fundamentalmente a su carácter facultativo. La historia de la ley, es tajante en señalar las motivaciones que hicieron de la certificación algo voluntario: no hacer incurrir en gastos a empresas que no pudieran solventar dicha inversión. Sin embargo, la ley no es lo suficientemente clara en determinar el valor que debe darse a la certificación. Primeramente ésta podría parecer innecesaria, ya que gracias a la sola adopción del modelo preventivo, podría constituirse la presunción legal y eximir a la empresa de responsabilidad, luego de haberse llevado a cabo la investigación y prueba por parte de la Fiscalía, la que podría concluir que aun en ausencia del mencionado certificado se cumple con los requisitos exigidos por el artículo 4°.

Sin embargo, lo que se busca indudablemente a través de la certificación es acreditar un cierto estado de situación de la persona jurídica. Además, según la práctica común en los ordenamientos jurídicos, es de la esencia de cualquier certificado dar fe de ciertos hechos. Se indica a este respecto que se deben diferenciar dos momentos: por un lado la adopción del modelo de prevención, y luego la efectiva implementación de éste. El Ejecutivo propuso, en segundo trámite constitucional a la Comisión de Constitución del Senado, la redacción de un nuevo numeral 4, dentro del cual se hacía cargo de la verificación del cumplimiento eficaz del modelo preventivo⁵³⁸. Así las cosas, lo que se pretendía era que la persona jurídica no sólo certificara que adoptó un sistema de prevención de delitos, sino que fuera posible auditar el funcionamiento del modelo a través del tiempo, es decir que éste está siendo utilizado y aplicado adecuadamente, con el fin de evitar fraudes⁵³⁹.

⁵³⁸ Así, BOFILL GENZSCH, Jorge, *Informe de Comisión Constitución*. Historia de la Ley N° 20.393, págs. 248 y 249, www.bcn.cl.

⁵³⁹ Al respecto Jorge BOFILL explica que el beneficio de la auditoría radica en que la empresa no se amparará en la certificación original para utilizarla como presunción legal respecto de lo que ocurra con posterioridad al otorgamiento del certificado. El seguimiento del sistema, equivale al a revisión técnica a que se someten cada cierto tiempo los vehículos motorizados. BOFILL GENZSCH, Jorge, *Informe de Comisión Constitución*, Historia de la Ley N° 20.393, pág. 253, www.bcn.cl.

El rechazo de esta propuesta de debió a motivos económicos, a la Comisión le pareció en un primer momento redundante volver a certificar un determinado modelo preventivo, pero por sobre todo consideraron que sería sumamente oneroso para la empresa, considerando que esta auditoría tenía una validez de dos años. Así las cosas, el artículo 4° fue aprobado considerando la certificación voluntaria, dentro de la cual se incluye la adopción e implementación del modelo preventivo. En este sentido se indica que “como el sistema es voluntario y auto regulativo, cada empresario decidirá si certifica la adopción de su sistema y, luego, su puesta en práctica”, y señala que “no podría ser de otra manera pues, de lo contrario se entregaría una verdadera “carta en blanco” al empresario. Por ejemplo, si se certifica un sistema el año 2009, no parece razonable que el juez dé valor a la presunción el año 2013”⁵⁴⁰.

Lo que hemos venido señalando se configura como uno de los principales problema dentro de la interpretación del modelo preventivo, ya que para muchos la letra de la ley llama a confusión. Lo anterior debido a que la certificación de la adopción del modelo preventivo en un primer momento puede interpretarse como suficiente, es decir, actuaría como una presunción de cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión en favor de la entidad, lo que se estima, podría llegar a desencadenar el abandono posterior, por parte de la empresa, del reglamento interno de prevención. En este sentido, tanto la historia de la ley como el Oficio 440/2010 de la Fiscalía, han sido claros: la empresa no se exime de responsabilidad por el sólo hecho de contar con la certificación. Este punto, es a ojos de la Fiscalía, uno de los más desafiantes, ya que implica llevar a cabo una investigación mucho más compleja y acabada con miras a desvirtuar la presunción que la empresa tiene a su favor. Así las cosas, mediante el proceso de investigación y prueba que lleve a cabo el Ministerio Público, luego de la ocurrencia de un delito, éste podría llegar a probar que la empresa no tenía realmente un modelo de prevención eficaz e idóneo,

⁵⁴⁰ Historia de la Ley N° 20.393, Pág. 256, www.bcn.cl.

o si lo tenía, este era más bien un modelo formal, que aparentaba el cumplimiento de un sistema preventivo⁵⁴¹, pero que realmente no implicaba una política preventiva real por parte de la entidad.

En cuanto a la calidad de la certificación, en enero de 2010, la Superintendencia de Valores y Seguros dictó una norma de carácter general en referencia a las pautas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere la Ley N° 20.393. Concretamente, entre otras cosas, contiene la información básica que debe tener cualquier certificado emitido por la entidad correspondiente. A saber:

- Fecha de emisión del certificado.
- Periodo de vigencia del certificado, en la que la opinión de la entidad certificadora, resulta razonable volver a pronunciarse respecto de la existencia e implementación del modelo de prevención de delitos, para constatar que éste posee en todos sus aspectos significativos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4° de la Ley N° 20.393, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. En todo caso, este periodo no podrá ser superior a 2 años, pudiendo subordinarse dicho periodo, a condiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios de certificación correspondiente.
- Razón social, RUT y número de inscripción en el Registro de Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos, de la entidad certificadora.

⁵⁴¹ Oficio N° 440/2010 del Ministerio Público, *Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*, 23 de Agosto de 2010, págs. 9-10.

- Razón social y RUT de la persona jurídica para la que se está emitiendo el certificado.

- Que la persona jurídica cuenta con un modelo de prevención de delitos, que éste se encuentra implementado y que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4° de la Ley N° 20.393, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica, de conformidad a los dispuesto en la letra b) del número 4 de dicho artículo.

- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de quien suscribe el certificado.

- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de las persona a cargo de la dirección del proceso de certificación correspondiente.

- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de las persona a cargo de la evaluación del modelo de prevención de delitos.

- Indicación del hecho de que la misma entidad que emite el certificado, o un relacionado a ésta, no ha asesorado a la persona jurídica que ésta siendo certificada o a una entidad del grupo empresarial a la que ésta pertenece, para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos.

- Indicación del hecho de que la entidad que emite el certificado, no pertenece al grupo empresarial de la persona jurídica que está siendo certificada.

- El certificado deberá ser emitido en medios físicos o electrónicos que garanticen su fidelidad e integridad, por un periodo de al menos 10 años a contar de la fecha de su otorgamiento⁵⁴².

Aspecto clave a destacar, de entre los requisitos contemplados por la Superintendencia de Valores y Seguros, es el haber incluido un periodo de vigencia del certificado, el cual no podrá exceder de 2 años, sin perjuicio de lo cual antes del vencimiento de este periodo, la entidad certificadora, podrá constatar la correcta implementación del modelo preventivo. Con ello se evidencia, que la certificación da fe de ciertas circunstancias fácticas presentes en determinado momento, y que por tanto debe estarse constatando y corrigiendo su vigencia e implementación cada cierto tiempo.

Por otro lado, el marcado carácter voluntario del modelo preventivo presente en el artículo 4º, obliga a interpretar que no puede presumirse el incumplimiento de los deberes de prevención y supervisión por el sólo hecho de no contar con la certificación, o incluso, por no contar con el modelo de prevención en los términos establecidos en la ley, de ser así, será la empresa la que deberá probar su diligencia. En este sentido se ha señalado: “Será tarea jurisprudencial precisar cuándo las medidas de prevención delictiva adoptadas por una entidad sin modelo de prevención en los términos del art. 4º pueden considerarse equivalentes a la adopción de dicho modelo y, en consecuencia, liberan de responsabilidad”⁵⁴³.

Lo que sí está claro es que la adopción de los modelos de prevención en conjunto con la certificación de la adopción y posteriormente de la implementación de éste por parte de la persona jurídica es, sin lugar a dudas, una presunción legal que libera a la empresa de tener que probar que ha cumplido con los deberes de

⁵⁴² Superintendencia de Valores y Seguros, *Norma de Carácter General, N° 302*, de 25 de Enero de 2010, págs. 7-8, [En Línea] En: http://www.svs.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf.

⁵⁴³ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, pág. 226.

dirección y supervisión que le impone la ley, invirtiendo la carga de la prueba a su favor, por lo tanto servirá como un valioso método de defensa ante un eventual juicio, configurándose como una herramienta de mitigación de riesgos. Sin embargo, lo que debe concluirse, es que la tarea no es meramente formal, sino que de fondo, no sólo la presencia del modelo es lo que será puesto a prueba por parte del Ministerio Público, sino que es la idoneidad del modelo – entendida como la implementación de medidas eficaces que obstaculicen la comisión de delitos - lo que será objeto de investigación y prueba.

A mayor abundamiento diremos que, los objetivos preventivos y de auto regulación incorporados por medio de esta ley, pueden llegar a ser cuestionables si se considera que es deber del Estado velar por la fiscalización, prevención e investigación de los hechos ilícitos dentro de nuestra sociedad. Típicamente se ha entendido así, por tanto, lo que hace enfáticamente esta ley, es romper estos esquemas, traspasando dichos deberes a las entidades morales, dentro de las cuales se desarrolla el defecto de organización que desencadena el delito.

Sin embargo, lo que parece una carga injusta impuesta por la ley, no es más que el resultado de la obligación correlativa que tiene toda persona jurídica al ejercer su libertad, esto es, la responsabilidad que le cabe en el ejercicio de sus actividades. La empresa, al igual que las personas naturales, debe hacerse responsable de su libertad, y por tanto velar para que sus acciones no den lugar a delitos que perjudiquen bienes jurídicos relevantes dentro de nuestra sociedad⁵⁴⁴. Dentro de este contexto, los fines específicos de esta ley, apuntan no sólo a la prevención, como se ha venido reiterando, sino que son también reactivos, es decir, la ley se hace cargo de prevenir, en la medida de lo posible, la ocurrencia del hecho ilícito, y además se ocupa de que si llega a suceder, la persona jurídica sea incentivada a ser parte del

⁵⁴⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. Crim., Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, pág. 219.

proceso de investigación⁵⁴⁵. Concretamente, la empresa es llamada a colaborar, primero, con la prevención del delito, de lo contrario corre el riesgo de ser, a lo menos, imputada penalmente, y en segundo lugar la ley incita a la persona jurídica a colaborar, una vez cometido el delito, dentro de la investigación si quiere configurar atenuantes que la beneficien dentro del proceso.

La puesta en marcha de los modelos de prevención en las empresas es a todas luces el principal objetivo que pretende alcanzar esta ley. La búsqueda por frenar la comisión de delitos por parte de las personas jurídicas, se inicia con que éstas se encuentren incentivadas sino obligadas, a la adopción de políticas internas preventivas, que desde el punto de vista específico, les propicien una presunción legal a su favor que impida que sean responsables penalmente, y que, desde el punto de vista general, sean capaces de colaborar con el aparato estatal en la lucha contra la criminalidad empresarial. Ahora bien, probablemente en un futuro cercano, con la inevitable ampliación del catálogo de delitos, podrá hacerse una lectura más certera acerca de la incidencia práctica de los modelos de prevención en el combate delictivo al interior de las personas jurídicas, ya que actualmente por lo restringido del catálogo y la inexistencia de entidades imputadas penalmente, aquel análisis resulta imposible.

⁵⁴⁵ Artículo 6º Ley N° 20.393.

CAPÍTULO VII

PENAS Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I.- Situación en Chile

1. Penas aplicables a las personas jurídicas en Chile

Artículo 8°.- “Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

- 1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- 2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- 3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
- 4) Multa a beneficio fiscal.
- 5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ Cfr. art. 129 del CP español que establece las llamadas *consecuencias accesorias*, entre ellas las siguientes: - Clausura de la empresa, locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de 5 años. La clausura definitiva equivale al cierre de la empresa, pero no implica su disolución ni la prohibición de realizar actividades en otros locales o establecimientos. - Disolución de la sociedad, asociación o fundación. Tiene siempre el carácter de definitivo e implica la desaparición de la sociedad, asociación o fundación. Es la consecuencia más grave que puede imponerse a una persona jurídica, por ello su ámbito de aplicación es restringido. - Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación. Sólo tiene el carácter de temporal y no podrá superar los cinco años. - Prohibición de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios determinados. Puede ser definitiva o temporal, en cuyo caso no podrá exceder de cinco años. - Intervención de la empresa. Tiene siempre el carácter de temporal y sólo podrá durar el tiempo necesario para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores, con un plazo máximo de cinco años. *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ

Pasemos a analizar las penas que establece nuestro sistema en los artículos 8 y sgts. de la ley.

A) Disolución de la persona jurídica

Es la pena más grave que establece nuestro sistema y tiene el carácter de definitiva. La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica, y en iguales condiciones les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y

3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la Ley N°18.046.

Rosario, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa*, en “Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional”, octubre-diciembre 2002, Colombia, págs. 59 y sgts.

Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Ésta deberá efectuarse ante el propio juez.

Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código procesal penal.

Además, también se aplica esta pena en el caso del artículo 294 bis del Código penal que dispone: “Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica”.

Finalmente, el artículo 8 prescribe: “Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que preste un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena”.

B) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contatos con los organismos del Estado

Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado. La prohibición puede tener el carácter de perpetua o temporal, en cuyo caso su duración se graduará del siguiente modo:

- a) En su grado mínimo: de dos a tres años.

- b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.
- c) En su grado máximo de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de compras y contratación pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena. Esta pena llama la atención, puesto que puede no resultar disuasiva para personas jurídicas cuyo giro no contempla la contratación con organismos del Estado⁵⁴⁷.

C) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un periodo determinado

Se entenderá por beneficios fiscales aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes y servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza. Esta pena se graduará:

- 1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.
- 2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.

⁵⁴⁷ SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora, *Un asunto criminal contemporáneo: rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2010, pág. 125.

3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

En caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada. El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley N° 19.862 les encomienda administrar.

Se ha considerado esta pena⁵⁴⁸ como una de llamadas *sanciones interdictivas*, que constituyen un conjunto de sanciones que implican la inhabilitación de la empresa. Se asimila a la inhabilitación como una suerte de privación de libertad para personas jurídicas, en cuanto que restringe su libertad de movimientos en el mercado. Dentro de las medidas de interdicción recogidas en Derecho comparado encontramos:

a) Interdicción de participar en subastas y concursos públicos o de contratar con la administración (ésta existe en el modelo italiano, francés, español y ahora también en el chileno).

b) La prohibición de captar ahorro público (Francia).

c) La prohibición de recibir subvenciones y ayudas públicas o la revocación de las ya existente (Italia, España y Chile).

d) La prohibición de emitir cheques o utilizar tarjetas de crédito (Francia).

⁵⁴⁸ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 299 y sgts.

e) La revocación o suspensión de autorizaciones, licencias o concesiones que han sido funcionales a la comisión del delito (Italia).

D) Multa a beneficio fiscal

Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.

2) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.

3) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.

El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social. El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.

La diferencia de esta pena con la del entero en arcas fiscales del dinero utilizado por la persona jurídica para cometer el delito estriba en que la multa está concebida como pena principal, mientras que el entero en arcas fiscales es una pena accesoria. La multa no establece presupuestos para su aplicación; el entero en arcas fiscales comprende que el delito cometido suponga la inversión de recursos superiores a los ingresos que genera, y la cantidad equivalente a la inversión es la que debe enterarse en arcas fiscales. La multa es una pena graduada; no así, el entero en arcas fiscales. Respecto de la multa, la ley señala modalidades de pago; lo que no hace con la otra pena.

E) *Penas accesorias (art. 13)*

1) *Publicación de un extracto de la Sentencia*

El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. La publicación de la sentencia condenatoria supone un efectivo y real daño a las personas jurídicas por la grave pérdida de prestigio causada por la publicación de la sentencia que puede llevar a reacciones negativas de los clientes y, con ello, a fuertes pérdidas financieras. Mediante la publicación de la sentencia condenatoria en periódicos oficiales u otros medios de comunicación se trata de afectar la estimación social del sujeto y restringir su capacidad criminal en el tráfico económico⁵⁴⁹.

2) *Comiso*

El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados. Se entiende por *instrumentos* los medios materiales que se han empleado para la comisión del hecho delictivo, y por *efectos*, tanto el producto del delito como los objetos sobre que recae⁵⁵⁰. La ley no señala el tratamiento que debe darse a los efectos e instrumentos que pertenezcan a un tercero, lo que sí hace el art. 31 del Código penal. La ley tampoco señala el destino de los bienes objeto de comiso, pero en virtud de lo señalado en el artículo 1º inciso segundo de la ley, que aplica supletoriamente las disposiciones del Libro I del Código penal, debemos entender que el destino es el señalado en

⁵⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa*, en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, octubre-diciembre 2002, p. 69.

⁵⁵⁰ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª. ed., 2001, pág. 310.

el artículo 60 del Código penal⁵⁵¹. Para fijar su cuantía respectiva se adoptará la base establecida en el artículo 25, y en cuanto a su aplicación a cada caso especial se observará lo que prescribe el artículo 70.

El producto de las multas, ya se impongan por sentencia o resulten por Decreto que conmute alguna pena, ingresará en una cuenta fiscal, especial, contra la cual sólo podrá girar el Ministerio de Justicia, para alguno de los siguientes fines, y en conformidad al Reglamento que para tal efecto dictará el Presidente de la República:

1° Creación, instalación y mantenimiento de establecimientos penales y de reeducación de antisociales;

2° Creación de Tribunales e instalación, mantenimiento y desarrollo de los servicios judiciales, y

3° Mantenimiento de los servicios del Patronato nacional de reos.

La misma regla señalada en el inciso anterior, se aplicará respecto a las cauciones que se hagan efectivas, de los dineros que caigan en comiso y del producto de la enajenación en subasta pública de las demás especies decomisadas, la cual se deberá efectuar por la Dirección de Aprovisionamiento del Estado.

Las disposiciones de los dos incisos anteriores no son aplicables a las multas señaladas en el artículo 483-b. El producto de las multas, cauciones y comisos derivados de faltas y contravenciones, se aplicará a fondos de la Municipalidad correspondiente al territorio donde se cometió el delito que se castiga. El Reglamento a que se refiere este inciso fue aprobado por Decreto N°

⁵⁵¹ Art. 60. La multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales.

1.810, de 26 de Septiembre de 1969, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 18 de Noviembre del mismo año.

3) *Entero en arcas fiscales del dinero utilizado por la persona jurídica para cometer el delito*

En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

2. *Escala general de penas para personas jurídicas*

Este tema está tratado en el artículo 14 de la ley que señala, que la pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1º, de conformidad a la siguiente Escala general de penas para personas jurídicas:

1. Penas de crímenes.

a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo.

c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.

d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

2. Penas de simples delitos

a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.

b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.

c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

3. *Determinación legal de la pena aplicable al delito*

Esta materia es regulada en el artículo 15 de la ley, que dispone:

“A los delitos de cohecho de funcionario público regulados en los artículos 250, 251 bis y 456 bis a del Código penal y el delito de financiamiento al terrorismo regulado en el artículo 8 de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los *simples delitos*, de conformidad a las escala de penas del artículo 14. Al delito de lavado de activos contemplado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913 le serán aplicables las penas de *crímenes*, de conformidad a la escala de penas del artículo 14”.

4. *Circunstancias modificativas de responsabilidad*

Se refiere a ellas el artículo 16 de la ley, cuyo contenido podemos resumir en la tabla siguiente:

	Simple delitos	Crímenes
--	-----------------------	-----------------

<p>Concurre una Circunstancia atenuante y ninguna agravante.</p>	<p>Se aplican sólo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo.</p>	<p>El tribunal aplicará sólo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su mínimo, si procediere.</p>
---	---	---

Concorre circunstancia agravante de esta ley y ninguna atenuante.	Tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo.	Debe aplicar las penas en su máximo, si procediere, o la disolución o cancelación.
Concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante.	Tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su	Deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos.
Concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley.	Compensación racional.	Compensación racional.

En relación a la compensación racional, la profesora Sanhueza⁵⁵² señala que es un concepto que también utiliza nuestro Código penal en los artículos 66, 67 y 68, cuando concurren tanto atenuantes como agravantes, que el juez debe compensar racionalmente *graduando* el valor de unas y otras.

La literatura siempre se ha esmerado en recalcar que tal graduación es racional y no matemática, aun cuando en la práctica los tribunales tienden a emplear un criterio aritmético. Existiendo dos atenuantes y una agravante eliminan la agravante y dejan una atenuante, sin entrar mayormente a precisar si una de ellas tiene o no un mayor valor que las otras.

Consideramos que en caso de la concurrencia de una sola agravante de responsabilidad en esta ley, la valoración tomará en consideración al momento de determinar judicialmente la pena la extensión del mal causado con el delito.

⁵⁵² SANHUEZA ROMERO, Juana del Carmen, *Las penas*, Fondo de Publicaciones, Universidad de Concepción, 2010, p. 38.

5. *Reglas de determinación judicial de la pena*

La ley establece, en su artículo 17, que para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito. Su importancia para determinar la pena se expresa, por ejemplo, en la aplicación de la pena accesoria relativa al entero en arcas fiscales de una cantidad *equivalente* a la inversión realizada.

2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.

3) La capacidad económica de la persona jurídica.

4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual. Esto dice relación con el hecho de que la persona moral nace en la vida jurídica para el cumplimiento de sus fines sociales, dentro de los cuales no debe contemplarse el ejercicio de actividades ilícitas, por lo que un incorrecto cumplimiento de la ley implicaría facilitar la comisión de delitos dentro del ámbito de la persona jurídica.

5) La extensión del mal causado por el delito. Para fijar el castigo exacto dentro del grado se debe tomar en consideración el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y la mayor o menor extensión del mal ocasionado por el delito. Aquí se toman en cuenta aspectos como,

la magnitud de la lesión o peligro para el bien jurídico, la magnitud del hecho punible y los demás efectos perjudiciales que deriven de él⁵⁵³.

6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública. En relación a este criterio es necesario hacer notar que, este no es el único momento en que tiene relevancia. La pena de disolución o cancelación de la responsabilidad jurídica, por disposición expresa de la ley, no es aplicable a este tipo de empresas. Además, en materia de suspensión de la condena, tratándose de estas empresas el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia. Creemos que, si bien se trata de empresas que juegan un rol social importante, la ley les otorga un tratamiento demasiado benigno y deja vacíos en algunos aspectos que no especifica, por ejemplo, en la suspensión de la condena, queda a criterio del juez establecer cuando la interrupción de un servicio pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad; más aún, si la pena impuesta en la sentencia es la pena de multa a beneficio fiscal, el tribunal podría suspenderla si a su criterio la empresa cumple con aquellas características. Consideramos que un tratamiento en tales términos facilita que empresas que presten servicios al Estado, se aprovechen de esta situación para cometer los delitos señalados en esta ley teniendo la convicción de que la pena máxima no les será aplicada y que se considerará para efectos de fijar la penalidad y que una vez fijada la pena, es posible disponer su suspensión.

6. *Transmisión de responsabilidad penal de la persona jurídica*

La ley en el artículo 18 se pone en el caso de que la persona jurídica cambie su forma jurídica o económica o de administración de empresas, para evadir

⁵⁵³ SANHUEZA ROMERO, Juana del Carmen, *Las penas*, Fondo de Publicaciones, Universidad de Concepción, 2010, pág. 39.

su responsabilidad penal. Ante esta situación, la ley señala que la responsabilidad penal se transmite. Para que ello proceda se requiere la concurrencia de ciertos requisitos:

a) Que se trate de una persona jurídica que haya incurrido en uno o más de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) Que se trate de alguna de las operaciones mercantiles de cambio de forma, tales son transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica.

c) Que los delitos se hayan cometido con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos.

Concurriendo dichos requisitos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos actos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe:

1. Si se impone la pena de *multa*, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.

2. En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.

3. Si se trata de cualquiera *otra pena*, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia. Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

4. Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil⁵⁵⁴.

7. *Extinción de la responsabilidad penal*

El artículo 19 de la ley señal que la responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código penal, salvo la prevista en su número 1°. El artículo 93 dispone lo siguiente:

“La responsabilidad penal se extingue: (...)

2° Por el cumplimiento de la condena.

3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. La amnistía junto con el indulto, es una forma de perdón para el responsable de un delito. Se denomina *propia* cuando se dirige a hechos no enjuiciados todavía, impidiendo la condena por los mismos; e *impropia*, cuando sólo afecta penas ya impuestas⁵⁵⁵. Sólo puede ser ejercida por ley, en la forma y con las limitaciones contempladas en la Constitución (artículo 63 n° 16 y artículo 9)⁵⁵⁶. Respecto a los delitos contemplados en esta ley, para conceder amnistía respecto de los delitos de lavado de activos y cohecho a funcionario público, se requiere que

⁵⁵⁴ Art. 559 del Código civil: “Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia”.

⁵⁵⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio: *Cometer y hacer cometer: Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [En Línea] En: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/64.pdf>, pág. 574.

⁵⁵⁶ Artículo 63: “Sólo son materias de ley:

Las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia.

Las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quorum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9°”.

dicte una ley de quórum calificado, esto es, aprobación de la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores en ejercicio (art. 66, inciso 3º, de la Constitución Política de la República). Respecto del delito de financiamiento al terrorismo, el quorum requerido para la aprobación de la ley es dos terceras partes de los Diputados y Senadores en ejercicio.

4º Por indulto. La gracia del indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes. Respecto al procedimiento para concederlo se aplica lo mismo dicho para la amnistía.

5º Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada. Esta causal de extinción nos parece un poco dudosa de aplicar a la persona jurídica, puesto que para otorgar el perdón, debe existir una víctima y en estos delitos no es posible precisar quién es la víctima, son delitos que afectan el interés social. Se trata más bien de delitos de contenido patrimonial, salvo el cohecho en que el bien jurídico protegido es la recta administración pública.

6º Por la prescripción de la acción penal. Artículo 9º: “Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad.” (inciso segundo primera parte). Esta ley de quórum calificado a que se refiere es la Ley 18.314, de 17 de mayo de 1984.

7º Por la prescripción de la pena, a la que se refiere el artículo 97 del Código Penal que señala los plazos de prescripción de la pena.

Art. 97: “Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben:

La de presidio, reclusión y relegación perpetuos, en quince años. Las demás penas de crímenes, en diez años.

Las penas de simple delito, en cinco años. Las de falta, en seis meses”.

Art. 98. Respecto a la fecha en que comienza a correr la prescripción, el artículo 98 dispone: “El tiempo de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse”.

No queda claro cuándo se entiende que una persona jurídica quebranta la condena. Quizás sólo en la pena de multa podría suceder cuando la persona jurídica no paga el monto impuesto en la sentencia. Pero respecto de la pena de disolución, prohibición de celebrar contratos con el Estado o la pérdida de beneficios fiscales, constituyen actuaciones en que intervienen otros organismos y no la persona jurídica solamente.

Finalmente, en relación a la interrupción de la pena, el artículo 99 dispone: “Esta prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo, durante ella, cometiere nuevamente crimen o simple delito, sin perjuicio de que comience a correr otra vez”.

II.- Penas a personas jurídicas en España

1. Penas

El Código penal español cuenta con un amplio abanico de penas que pueden imponerse a las personas jurídicas (art. 33.7): a) multa, b) disolución, c) suspensión de actividades, d) clausura, e) prohibición de realizar actividades en el futuro, f) inhabilitación para obtener subvenciones y g) intervención judicial. Las penas de la (c) a la (g) pueden acordarse, además, como medidas cautelares.

En líneas generales se advierte que muchas de ellas cuentan con una naturaleza claramente interdictiva y, por ello, resulta fundamental para una

imposición coherente que se atienda a los criterios que el legislador español ha establecido al respecto.

2. *Criterios de determinación de la pena*

En efecto, en cuanto a los criterios de determinación de la pena, debe distinguirse entre la pena de multa y el resto. Respecto de la primera su regulación se encuentra en los art. 50 y ss. del Código penal, y en principio no existe ninguna referencia específica a parámetros de individualización de la pena de multa. En este ámbito internacional se puede constatar los siguientes:

1) La necesidad de que la sentencia refleje la gravedad del delito, promueva el respeto del Derecho, proporcione un castigo justo, permita una disuasión adecuada, y proteja a la sociedad de futuros delitos de personas jurídicas;

2) El rol que la persona jurídica ha desempeñado en el delito;

3) Cualquiera consecuencia colateral de la condena, incluida las obligaciones civiles que deriven del comportamiento de la persona jurídica;

4) Cualquier perjuicio no patrimonial causado o que amenace con causar el delito;

5) El hecho de si en el delito se vio involucrada una víctima especialmente vulnerable;

6) Cualquier registro de antecedentes penales previos de individuos que pertenecen al personal de alta dirección de la persona física o de la unidad organizativa que participaron en, condonaron o ignoraron deliberadamente el comportamiento delictivo;

7) Cualquier conducta antijurídica previa de índole civil o penal;

8) Cumplimiento parcial pero incompleto de atenuantes;

9) El hecho de si la organización no tenía, el momento de cometerse el delito, un programa de cumplimiento de la legalidad.

En general, constituye un referente básico en Derecho penal que la pena tiene que ser adecuada a la culpabilidad. De ahí que resulte fundamental una lectura conjunta de las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis) y la determinación de la pena concreta de multa que se impondrá a éstas. En el caso de concurrir varias circunstancias atenuantes o una muy cualificada se tendría que rebajar considerablemente la cuantía de la misma. Adicionalmente se establecen dos importantes novedades – no obstante también referidas en la legislación norteamericana⁵⁵⁷.

3. *Parámetros base*

Por un lado, si en los casos de multa proporcional no se pudiera calcular ésta, se establecen una serie de parámetros base (art. 52). Dichos parámetros son los siguientes:

“4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el juez o tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

⁵⁵⁷ S 8C3.2 de las Directrices estadounidenses para imponer sentencias a organizaciones: “Deberá requerirse el pago inmediato de la multa a menos que el tribunal considere que la organización no puede asumir financieramente el pago inmediato o que dicho pago supondría una carga injustificada para la organización. Si el tribunal permite otro tipo de pago que no sea el inmediato, deberá exigir el pago completo en una fecha lo antes posible, ya sea exigiendo el pago en un día concreto, ya sea estableciendo un calendario de pago”.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”.

Este requisito muestra ante todo la inadecuación del sistema de la responsabilidad penal del ordenamiento español en esta materia. Ciertamente, trata de guardar un criterio de proporcionalidad estableciendo unos parámetros razonables entre pena de multa (persona jurídica) y pena de prisión (persona física). Sin embargo, un sistema adecuado en este campo no debería establecer este tipo de paralelismos difícilmente justificables, sino que debería basarse exclusivamente en la coherencia interna del propio sistema citado. La nota positiva es que este sistema permitirá su control por vía de recurso, ya que la imposibilidad de fundamentar el cálculo de la multa deberá motivarse expresamente en la sentencia, lo que obligará a un esfuerzo adicional por parte del juzgador a la hora de imponer la condena concreta. Por otro lado, se podrá fraccionar su pago atendiendo a determinadas circunstancias y, si se incumplen los plazos, se podrá acordar la intervención judicial. En efecto, establece el art. 53.5:

“Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”.

Esta circunstancia se debe, principalmente, a las dificultades que puede implicar para las personas jurídicas el pago de la pena de multa. La relevancia social de las personas jurídicas es la razón que subyace a la concesión de este beneficio a las personas jurídicas, mientras que les está vedado a las personas físicas. Sin embargo, ello comporta el riesgo de una facilitación de la imposición de la pena de multa a la personas jurídica con la excusa de la facilidad de pago que se les posibilita, obviando totalmente la dimensión simbólico-comunicativa de la pena que, con o sin fraccionamiento, sigue siendo la misma, y que, en última instancia, puede traer aparejados efectos devastadores para aquellas empresas que tengan una fuerte

presencia en la sociedad; especialmente aquellas que cotizan en el mercado como, en su día mostrara el caso *Andersen*⁵⁵⁸.

Finalmente, en el marco de la determinación final de la pena de multa, la legislación española prevé que, cuando resulten condenadas por los *mismos hechos* personas físicas y jurídicas, se modulen “las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”. La redacción de la misma apunta más a una confusión respecto de los fundamentos de la responsabilidad que a una comprensión de lo que verdaderamente late en el fondo de este tipo de regulaciones, como se puede observar fundamentalmente en la estadounidense⁵⁵⁹.

En este sentido, el fundamento auténtico de estas previsiones radica en la identidad que se produce entre socios (persona física) y sociedad (persona jurídica) en aquellas empresas de tamaño reducido que no pueden considerarse organizaciones empresariales complejas. El lenguaje no obstante contenido en el Código Penal español centra dicha modulación en la posible desproporción a la luz de la gravedad de los hechos. De manera un tanto sorprendente *no se trata de una facultad* concedida al juzgador, sino de una obligación que se impone al mismo.

⁵⁵⁸ Dicha empresa auditaba las cuentas de la mercantil *Enron*, cuya espectacular bancarrota fue uno de los primeros escándalos empresariales de la oleada que azotó el panorama empresarial mundial –especialmente el estadounidense– a comienzos del siglo XXI. Como consecuencia del proceso judicial en el que se vio inmersa la empresa auditora, ésta prácticamente dejó de existir a nivel internacional, redujo al mínimo su actividad en EE.UU., con la consiguiente pérdida de trabajo de miles de personas, un proceso concursal para pago de acreedores y afectación a un sinnúmero de accionistas. En general, BRICKEY, Kathleen, “Andersen’s Fall from Grace”, *Wash, U.L.Q.* 81 (2003), págs. 947 y ss., 852 y ss.

⁵⁵⁹ S 8C3.4 de las Directrices para imponer sentencias a organizaciones: “El tribunal podrá compensar la multa impuesta a una pequeña organización cuando se haya impuesto a uno o a más individuos –siempre y cuando cada uno de ellos posean al menos el cinco por ciento de la organización– una multa en un procedimiento penal federal por la misma conducta delictiva por la que se ha condenado a la organización. La cuantía de esta compensación no podrá exceder la cuantía que resulte de multiplicar el total de las multas impuestas a dichos individuos por el porcentaje total que dicho individuos son los propietarios de la organización”.

No se descubre nada nuevo si se indica que la pena de multa es la pena por excelencia en los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este planteamiento no sólo deriva del hecho de que los costes estatales asociados a la ejecución de dicha pena son menores, sino de que, en términos generales, se ha considerado que las empresas calculan escrupulosamente los costes y beneficios derivados de su actuación y en consecuencia pueden ser disuadidas de manera sumamente eficaz –más que los propios individuos– mediante la imposición de multas u otras sanciones⁵⁶⁰.

No en vano, de esta reflexión surge la teoría de las sanciones óptimas (*optimal penalties theory*) que analiza el tipo y la extensión de las sanciones que deben imponerse a las corporaciones para disuadirlas de manera más eficaz y, como contrapartida, se indica los “efectos perversos” (*perverse effects*) que se generan como consecuencia de un régimen de auténtica responsabilidad penal. Precisamente a raíz de estas consideraciones diversos autores del análisis económico del Derecho proponen diferentes modelos que combinen distintos tipos de sanciones⁵⁶¹, pero que, en todo caso, propone la exclusión de aquellas sanciones que exijan una determinada imputación subjetiva –sc. *mens rea*–, puesto que la reprochabilidad que se asocia a dicho tipo de imputación y la consiguiente estigmatización constituyen un factor de supradisuasión⁵⁶².

⁵⁶⁰ Se basa en gran parte sobre reflexiones llevadas a cabo en la eficiencia de la teoría de la agencia (*agency theory*), de la cual es tributaria la responsabilidad vicaria (*vicarious liability*). Cfr. SYKES, Yale, L. J. 93 (1984), págs. 1233 y ss.

⁵⁶¹ Incluso se ha propuesto sustituir las sanciones penales por las civiles (en este sentido, KADISH, *U.Ch. L. Rev.* 30 (1963), págs. 423 y ss., ya que éstas cuentan con un *ratio* de eficiencia más adecuado.

⁵⁶² Uno de los principales problemas que, según esta concepción, plantea la responsabilidad penal empresarial es el profundo impacto que la *estigmatización penal* tiene sobre las corporaciones. En efecto, el hecho de que las corporaciones desarrollen su actividad en un mundo de consumidores inteligentes e informados conlleva que tanto el procesamiento como la condena de índole penal tengan un profundo efecto en las preferencias de los consumidores y en sus decisiones de compra; en este sentido son muy esclarecedoras las reflexiones de FISSE, S. *Cal. L. Rev.* 56 (1983), págs. 1152 y ss., quien también apunta, acertadamente, que la buena reputación empresarial es valorada por la empresa como un beneficio, por lo cual debería introducirse igualmente en el

4. *Otros criterios legales de determinación de la pena*

Por lo que al resto de las penas se refiere, se incluyen tres criterios genéricos de determinación y dos presupuestos específicos para cuando la pena a imponer sobrepase los dos años (art. 66 bis). Así, la extensión de la pena se determinará en función de: 1) la necesidad de prevenir la continuidad delictiva; 2) las consecuencias económicas y sociales de la pena; 3) el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control.

En cuanto a la *primera circunstancia*, el hecho de que se trate de medidas interdictivas hace que resulte coherente su orientación hacia la prevención de la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos. Parece bastante evidente que el legislador español tiene en mente la necesidad de establecer una corresponsabilidad entre persona jurídica y Estado a la hora de prevenir la comisión de delitos en el seno de las mismas y de ahí que, dependiendo del grado de riesgo que se perciba en éstas en el momento de dictar sentencia, la determinación de la pena se verá seriamente afectada.

La *segunda circunstancia*, tal y como se ha referido anteriormente, está íntimamente relacionada con la relevancia social de las personas jurídicas. Pese a que el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas implica desatender el argumento de la personalidad de las penas como elemento determinante en contra de aquél, en última instancia existe una preocupación por el importante impacto que las penas a personas jurídicas pueden tener sobre multitud de personas físicas dependientes de las mismas.

cómputo total. En definitiva, el análisis económico del Derecho considera que dentro del “potencial” disuasorio debe incluirse la estigmatización penal como un coste, y de hecho, se considera que ese coste añadido puede conllevar una supradisuasión que no es en absoluto recomendable.

Evidentemente, a mayor relevancia social de la empresa, menor tenderá a ser la pena interdictiva.

La *tercera circunstancia* es una consecuencia derivada en parte del principio de identificación o *alter ego doctrine* que se trasluce en la regulación española. Cuanto más elevada sea la posición de las personas físicas que han desencadenado la responsabilidad de las personas jurídicas, más se considera que éstas se identifican con la conducta delictiva perpetrada. Expresado con un ejemplo: no es lo mismo que el presidente de la empresa esté directamente involucrado –por omisión de sus deberes de supervisión– en la conducta delictiva que se trate de un mando intermedio o *middle management*.

5. *Límites punitivos*

Adicionalmente, para la imposición de penas interdictivas de más de dos años será necesario que concurra alguno de los siguientes presupuestos: 1) que la persona jurídica sea reincidente; 2) que sea utilizada instrumentalmente para la comisión de delitos. En este ámbito se establecen una serie de garantías para evitar la imposición arbitraria de penas tan graves como la disolución de la persona jurídica. En el marco de la idea directriz de que las penas para personas jurídicas no pueden ser más graves que las existentes para personas físicas, se establece: “Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”. De nuevo las penas para personas físicas son tomadas como referencias.

Las dos garantías fundamentales, no obstante, para proscribir la arbitrariedad son la reincidencia y la instrumentalidad. En este sentido, no se podrá acortar penas interdictivas de más de dos años si las personas jurídicas no son reincidentes o no han sido utilizadas como instrumento. En la práctica se plantea una cuestión en relación con la suspensión y sustitución de las penas que deberá atender la

jurisprudencia. En efecto, la regulación española sobre la suspensión y sustitución de las penas de menos de dos años de prisión implica que dichas penas podrán ser suspendidas o sustituidas si el reo no es reincidente. Pese a que los arts. 80 y 88, respectivamente, del Código penal no establecen expresamente su posibilidad de aplicarse a personas jurídicas, la lógica subyacente en la nueva regulación de no tratar peor a las personas jurídicas que a las físicas parece obligar a conceder a las personas jurídicas el beneficio de la suspensión y sustitución en caso de penas interdictivas menores de dos años⁵⁶³.

A) Delitos de la Parte especial cometidos por personas jurídicas

En lo que a la Parte especial se refiere, el Código penal contiene igualmente un sistema de *numerus clausus* respecto de los delitos que generan esta responsabilidad para las personas jurídicas. En líneas generales son los siguientes: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis); trata de seres humanos (art. 177 bis); delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis); delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197); estafas (art. 251 bis); insolvencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264); delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288); blanqueo de capitales (art. 302); delito contra hacienda pública y seguridad social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis); delitos de construcción, edificación y urbanización (art. 319); delitos contra el medioambiente (arts. 327 y 328); delitos relativos a la energía nuclear (art. 343); delitos contra la salud pública (art. 369 bis); falsedad de medios de pago (art. 399 bis); cohecho (art. 427); tráfico de influencias (art. 430); corrupción de funcionario público extranjero

⁵⁶³ En este sentido puede proponerse el siguiente argumento: al igual que la *libertad personal* es el derecho fundamental más preciado para las personas físicas y pueden sustituirse las penas cortas de prisión por considerarse que los efectos negativos sobre dicho derecho no son compensados por los positivos, en el caso de las personas jurídicas debe considerarse que la *libertad de empresa* es el derecho fundamental más preciado por las personas jurídicas y que, al resultar las penas interdictivas de corta duración más negativas que positivas, éstas deberían poder sustituirse por penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

(art. 445); corrupción de funcionario público extranjero (art. 445); delitos de organización (art. 570 quáter); financiación del terrorismo (art. 576 bis).

En términos generales, ha constituido una discusión centenaria si las personas jurídicas pueden cometer todo tipo de delitos o si, por el contrario, sólo su responsabilidad penal se puede referir a un tipo de delitos. El criterio tradicional ha sido que las personas jurídicas sólo pueden cometer delitos mala prohibita y no mala *in se*. De ahí que constituya una evolución natural que en todos aquellos sectores regulatorios en los cuales las personas jurídicas ya son sancionadas administrativamente, se considere posible que puedan ser condenadas penalmente. La discusión adquiere tintes especialmente problemáticos en el ámbito del homicidio puesto que en ciertos casos, su vinculación con delitos regulatorios clásicos es más que evidente, por ejemplo, los delitos contra la seguridad de los trabajadores o contra los consumidores. No en vano, el Código penal español ha excluido los delitos contra la seguridad de los trabajadores del ámbito de sanción del art. 31 bis.

En el caso español, no obstante, se produce cierta mezcla de mala prohibita y mala *in se*. La mayor parte de los delitos referidos anteriormente se corresponden con los delitos recogidos en aquellos instrumentos comunitarios –principalmente Decisiones Marco– que prevén la responsabilidad (sin más) de las personas jurídicas por la comisión de delitos. Por tanto, en la medida en que surjan nuevas necesidades político-criminales nacionales o europeas, probablemente se produzca una ampliación del catálogo de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de las personas jurídicas, confirmándose así la tendencia a la expansión del Derecho penal tan presente en nuestro tiempo.

B) Atenuantes específicas de la responsabilidad penal de la persona jurídica, posteriores a la comisión del delito (art. 31 quater CP)

El art. 31 quater CP establece un régimen específico de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, que comparten la

característica común de concurrir “con posterioridad” a la comisión del delito, y se inspiran en la finalidad asimismo común que en su conjunto sustentan de disminuir los afectos del delito cometido. Tales circunstancias que, concurriendo *ex post* de la comisión del delito, consisten en la realización de determinadas actividades, son constituidas por las siguientes legalmente previstas⁵⁶⁴:

a) Atenuante de arrepentimiento: haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Atenuante de colaboración: haber colaborado en la investigación, en cualquier momento del proceso, aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Atenuante victimológica: haber procedido en cualquier momento del proceso y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Atenuante de prevención: haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 62. Cfr., sobre las atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, MORILLAS, David, “*El sistema de atenuación de la responsabilidad penal en las personas jurídicas*”, en: PALMA HERRERA (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2014, págs. 89 ss.; GOMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª. ed., 2015, pp. 181 ss.; ORTIZ DE URBINA, Iñigo, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (coord.), *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa*, 2011, pp. 174 y 175.

⁵⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 62.

C) *Exoneración de responsabilidad penal a las entidades públicas*
(art. 31 quinquies CP)

“El art. 31 quinquies CP sigue manteniendo un régimen de relativo privilegio punitivo en el tratamiento jurídico de las conductas delictivas realizadas en el ámbito corporativos de determinadas personas jurídicas, por el carácter público de su naturaleza (entidades de la Administración pública) o por el carácter público de su actividad (aun tratándose de Sociedades mercantiles). Tal sistema de relativo privilegio punitivo en el ámbito de validez de la ley penal a las personas jurídicas en relación a las personas físicas revela la persistencia en un inveterado criterio de discriminación ante la ley penal, por virtud del cual se proclama la indemnidad o inviolabilidad de determinados sujetos de delito que son amparados con la impunidad de sus actos por incapacidad jurídica personal de responsabilidad penal. Tal tratamiento de privilegio punitivo encuentra un doble sentido de manifestación legal:⁵⁶⁶

“a) Indemnidad absoluta ante la ley penal. Esta inviolabilidad jurídica de índole absoluta ante la ley penal (que sólo hará a sus detentadores responder ante Dios y ante la historia) afecta a muy diversas entidades corporativas: el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos reguladores, las Agencias y Entidades públicas empresariales, los Organismos internacionales de Derecho público, y aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. Aunque ciertamente las autoridades y los funcionarios públicos están en sí mismos sujetos a responsabilidad penal por las conductas delictivas que realizaren, incluso mediante la comisión de delitos especiales propios legalmente cualificados por su carácter funcional de sus sujetos activos, el sistema

⁵⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 62.

legal de la instauración de la responsabilidad penal de la persona jurídica debiera ser consecuente con su modelo normativo y desasirse de aquellos anacronismos históricos que resultan incompatibles con el respeto del principio punitivo supremo de la igualdad ante la ley penal”.⁵⁶⁷

“b) Indemnidad parcial ante la ley penal. Tal manifestación de inviolabilidad jurídica parcial ante la ley penal se establece respecto de la comisión de delitos por aquellas Sociedades mercantiles a las que legalmente se confiere el carácter de públicas en la medida en que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general. En realidad, se trata de Sociedades que cuentan con la dotación de fondos públicos para la constitución de su objeto social en orden a la propia institución de la sociedad o a efectos del fomento de su actividad social disponen de la vía de subvenciones con cargo a fondos públicos. La parcial inviolabilidad penal de estas sociedades se manifiesta en su exclusiva sujeción legal a las penas previstas en los apartados de letra a) y letra g) del art. 33.7 CP. En todo caso se prevé –como no podría ser menos, aunque debería ser más- la exclusión de tal indemnidad penal parcial, cuando el juez o tribunal aprecie una forma jurídica creada (por sus promotores, fundadores, administrativos o representantes) con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal: al ser la propia constitución de la sociedad una asociación ilícita, los actos delictivos cometidos con la actuación de la misma no podrían acogerse (lamentablemente por esta vía excepcional) a la indemnidad penal parcial con carácter general establecida para estas sociedades mercantiles públicas”.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, págs. 62 y 63.

⁵⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 63.

D) *La extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica*

La extinción de la persona jurídica provoca su desaparición de la faz de la tierra, de modo que deja de ser sujeto de derechos y obligaciones, como ocurre tras el fallecimiento de las personas físicas. De este modo se entiende, en principio, que la «muerte» de una persona jurídica impide cualquier persecución penal contra ésta, de forma que se extingue la responsabilidad penal. Sin embargo, aunque debe partirse de esta premisa, el Legislador ha introducido en el artículo 130.2 CP una previsión para evitar que los socios o personas físicas que se hallen detrás de la sociedad la disuelvan, y así eviten la responsabilidad penal que debiera irrogarse⁵⁶⁹. Afirma el citado artículo que «no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica». Se establece además una presunción *iuris et de iure* de que existe siempre tal «disolución encubierta» cuando continúe la persona jurídica su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. En definitiva, con independencia de la extinción formal de la personalidad jurídica, si el sustrato empresarial guarda una «identidad sustancial» con la persona jurídica originaria, deberá extenderse la responsabilidad⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Art. 130.2. CP: “La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

⁵⁷⁰ Según GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos, en: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Editorial B de F, 2010, pág. 509 (= Diario La Ley, p. 11), “da la impresión de que a partir de este momento las *Due Diligence* en fusiones y adquisiciones deberán incluir un apartado penal inexistente hasta el momento. Es decir, en cualquier operación de fusión o adquisición de una

De igual modo, el art. 130.2 CP contempla la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión, de modo que se traslada tal responsabilidad a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada, absorbida o resulten de la escisión. Se busca, de nuevo, evitar que se evadan responsabilidades recurriendo a distintas técnicas que otorga el Derecho mercantil. Algún autor ha criticado, sin embargo, el precepto, afirmando que pueden plantearse problemas de constitucionalidad, por las dificultades que entraña atribuir la responsabilidad a una sociedad distinta de la autora del delito o a una persona jurídica distinta de la condenada⁵⁷¹. Por último, el artículo 130.2 CP señala que el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella, introduciendo un criterio de proporcionalidad que deberá ser valorado por el juzgador.

sociedad, hay que analizar internamente la persona jurídica para evaluar el riesgo de imputación en un procedimiento y eventual condena, dado que el mismo se transmite a las ulteriores sociedades”.

⁵⁷¹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2011, pág. 36: “esta previsión parece provocar una nueva vulneración del principio de personalidad de la pena, al trasladar la responsabilidad penal a otro ente distinto”.

CONCLUSIONES

Superación del principio ‘societas delinquere non potest’. Como parte de los principios básicos de la doctrina jurídica clásica encontramos aquel que establece que las personas jurídicas no son capaces de delinquir. Es decir, en un principio, y por mucho tiempo se entendió que, si al alero de una persona jurídica se cometía un crimen o un delito, la investigación debía dirigirse a “levantar el velo” del ente moral que permitía a la persona natural la comisión de la acción típica. En un comienzo, dicho raciocinio resultaba no sólo práctico, sino además acertado: el funcionamiento de las empresas no constituía el universo complejo y amplio que se ve hoy en día. En otras palabras, la persona jurídica era una estructura más básica y sencilla de entender, no pudiendo interpretarse nada de su actividad, reglamento o decisiones corporativas. No existía lo que hoy se ha denominado “cultura corporativa” o bien “*ethos* corporativo”, puesto que la constitución de los entes morales no dejaba lugar para eso: eran creaciones sencillas, acotadas y con objetivos primordialmente claros. Si dentro de sus funciones se cometía un delito, era notablemente más fácil identificar la persona natural-autora que en la actualidad. Sin embargo, el principio *societas delinquere non potest* se volvió insuficiente en un momento. ¿Qué cambio produjo su derrocamiento? La evolución natural de las sociedades desembocó en el aumento de las transacciones económicas, no sólo dentro de un marco nacional, sino que también internacional: se eliminó la figura de la persona natural como principal comerciante y actor de la vida del intercambio y los negocios jurídicos, para dar paso a una era protagonizada por las personas jurídicas, realidades del mundo del derecho cada vez más complejas, grandes e intrincadas, con rubros multifacéticos y poder de negociación a niveles insospechados.

Como principales actores de la vida jurídica, al cambiar el tamaño, alcance de negociación y patrimonio de las personas jurídicas, surge el riesgo de la falta de control de los entes morales ante la comisión de conductas descritas como delito que podrían quedar casi impunes. La única sanción que podía tomar lugar era aquella dirigida a la persona natural, autora inmediata del hecho constitutivo de delito. Dicha sanción es a todas luces insuficiente, dado que desde la perspectiva de la empresa, las personas objeto de la sanción penal se transforman rápidamente en seres fungibles, reemplazables por otros de similares características, eliminando así el vínculo del condenado con la persona jurídica que podría haber aprovechado los resultados del hecho dañoso. Los legisladores comenzaron a notar que, de no regular efectivamente el área criminal dentro de las organizaciones sociales, se estaría abriendo y dejando un amplio nicho de impunidad para delitos de relevante impacto social. La respuesta instantánea no fue la sanción penal: primero trataron de crearse estamentos que combinaran la tradición jurídica clásica con el endurecimiento de las sanciones para los entes morales, vía derecho civil y administrativo. Sin embargo, se terminó concluyendo que la sanción de naturaleza penal es irremplazable, en cuanto a sus efectos, respecto de la persona jurídica.

La teoría de la función de la pena en de desincentivo y castigo por violación de la ley también produce los efectos deseados cuando el condenado es un ente moral. Desde esta premisa se vuelve irrevocablemente necesario crear un estatuto penal aplicable a las empresas. Distintas teorías justificaron su inclusión dentro de la categoría de seres “penalmente imputables” pero en las reflexiones más modernas ha predominado la idea de reestructurar los conceptos de “culpa” y “acción” a fin de volverlos apropiados para los entes colectivos, y así lograr una teoría sólida y congruente para deponer de manera eficiente y legal el principio *societas delinquere non potest*.

Tendencia internacional predominante es la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta postura globalizada contrae puntos a favor y también ciertas divergencias. No podemos dejar de entender como una ventaja el hecho que la responsabilidad penal empresarial sea un efecto global. El campo de actuación de las personas jurídicas hoy en día excede por mucho el límite nacional, estableciendo relaciones de diversa naturaleza, con agentes de cualquier parte del mundo. Así las cosas, y en la hipótesis de que la responsabilidad penal fuera una postura poco acogida, el nicho de impunidad seguiría existiendo: bastaría modificar las reglas de contratación, o cambiar el lugar donde deberá producir efectos el contrato para esquivar la responsabilidad penal que pudiera haberle. Pero en realidad, se trata de una tendencia relativamente generalizada entre los países líderes de la innovación jurídica, lo que permite que la responsabilidad penal empresarial encuentre su asidero en no pocas jurisdicciones, y que, en el mediano plazo sea una reforma aceptada a cabalidad. Sin embargo, la multiplicación celeré de los ordenamientos abiertos a acoger y poner en práctica un régimen penal para las personas jurídicas, tiene un efecto que podría ser entendido como indeseado: la diversidad de formas para justificar y crear la estructura sobre la cual se basará la imputabilidad de los entes morales. Existen un sinfín de teorías y esquemas que pueden adoptarse a fin de tratar de manera legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así las cosas, al variar el ordenamiento, varían también los requisitos legales exigidos para construir y determinar la existencia de dicha responsabilidad. Esto puede volverse un inconveniente, toda vez que la ilegalidad de una acción trasciende las fronteras políticas de un país, debiendo el mismo hecho cumplir con diferentes requisitos.

A pesar de lo anterior, y de las diferencias que puedan existir entre un ordenamiento jurídico y otro (no sólo el sistema de imputación puede ser un hecho divergente: el catálogo de delitos contemplados, las sanciones y el procedimiento en

sí mismo también podrían variar), entendemos que el hecho de la consagración de la responsabilidad penal empresarial representa un cambio extremadamente positivo para cualquier legislación, y que eventualmente con el tiempo, será una institución consagrada en la totalidad de las naciones. Lo anterior se ve reforzado empíricamente cuando miramos de manera particular el caso chileno: en nuestro país se destituyó el *societas delinquere non potest*.

Esto debe ser interpretado como un signo de superación y desarrollo a nivel nacional, hecho que sólo puede ser impulsado en un ambiente donde la criminalidad de la empresa se encuentre lo suficientemente regulada, prohibida y desincentivada. Podemos clasificar su sistema de imputación como uno mixto. Ello quiere decir que posee rasgos de la corriente de transferencia y al mismo tiempo de aquellos sistemas que se construyen sobre la base de la culpabilidad de la empresa. El beneficio de este tipo de esquemas radica en lo siguiente: a) Gracias a los rasgos de la transferencia de la responsabilidad, se permite establecer un vínculo directo entre el hecho delictivo y la persona jurídica, a través de la identificación del ser físico responsable. De esta manera se justifica la inclusión de la empresa en el proceso criminal. A lo anterior se agrega que es necesario que el beneficio que nace del delito sea en pro de la persona jurídica. b) La corriente de la culpabilidad de la empresa trae consigo otro beneficio inexistente en los modelos puramente de transferencia: la internalización de los costos y la solución a la pugna con el principio de culpabilidad. El rasgo de culpabilidad de la empresa se manifiesta en la exigencia para la entidad de tener un sistema de control y prevención de delitos dentro de su ámbito organizativo. Así las cosas, es responsabilidad del ente probar la debida diligencia empleada en evitar acciones delictivas. Esto no sólo alivia la carga de la prueba para el órgano persecutor, sino que logra la internalización de los costos de prevención, asumiéndolos finalmente el ente moral. En cuanto al principio de culpabilidad, esta orientación también es beneficiosa: se justifica el nacimiento de la

responsabilidad de la empresa, basándose en un hecho propio, este es, la culpa que radica en la negligencia o falta de diligencia para prevenir el suceso delictual.

Nuestro modelo de responsabilidad penal de las empresas encuentra su directriz en el modelo italiano en primer lugar, y posteriormente en el sistema de *Guidelines* imperante en Estados Unidos. Del sistema italiano hemos heredado el sistema bifásico: en primer lugar, requerir la actuación de una persona tal que, por su cargo dentro de la persona jurídica, sea capaz de transferir su responsabilidad al ente moral, y en segundo lugar, el incumplimiento de los deberes de control y supervisión por parte de la persona jurídica. Del modelo estadounidense hemos incorporado las circunstancias modificativas de la responsabilidad –que en el sistema anglosajón reciben el nombre de *Guidelines*–, que tienen por objeto la determinación de una pena justa y proporcional para el ente moral envuelto en el hecho delictual. Respecto a este último punto hemos mantenido una opinión diferente: si bien las *Guidelines* son una parte fundamental del cuerpo legal que trata la responsabilidad penal de las personas jurídicas, creemos que dicha sección no forma parte del sistema de imputación propiamente tal. Definimos modelo de imputación como “pauta que define y utiliza el legislador para atribuir responsabilidad penal a un individuo, en este caso, un ente moral”. Si entendemos que las circunstancias modificativas de la responsabilidad no son parte de la pauta que determina el legislador para atribuir responsabilidad a un ente moral, sino que son directrices o reglas que aumentan o disminuyen la sanción de un sujeto, y por lo tanto, entran a operar *ex post* a la determinación de la existencia y consecuente atribución de la responsabilidad penal, nos es forzoso concluir que dichas normas no forman parte de las reglas de atribución de la responsabilidad penal de los entes morales, según lo regulado por la ley N° 20.393. En síntesis, Chile se ha unido a la tendencia internacional de acoger la responsabilidad de la empresa en sede penal, con el objeto de sellar un posible nicho de impunidad para los “macro-actores” que existen hoy a nivel social y económico. Lo ha hecho a través

del seguimiento de ordenamientos que tienen mayor experticia y antigüedad en el tema, como lo es Italia y Estados Unidos. Sin embargo, y aún cuando el progreso nacional es evidente, es hora de hacer un análisis del sistema seleccionado, a fin de determinar sus aciertos y debilidades, las que deben ser claramente enunciadas antes de realizar propuestas innovadoras sobre la materia.

Paradigma chileno: ventajas y desventajas. Chile se ha posicionado dentro de los países vanguardistas en lo que a responsabilidad penal de la empresa se refiere. A grandes rasgos, debemos rescatar no sólo la iniciativa de legislar sobre el tema, sino además el completo sistema de imputación seleccionado y la inclusión de circunstancias modificatorias de la responsabilidad, siguiendo en este aspecto al modelo norteamericano. Creemos que la estructura del sistema sobre el cual descansa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, si bien es perfectible, se encuentra bien cimentada, lo que permitirá en el futuro un desarrollo más prolijo de las normas que se incluirán en la misma materia. Sin embargo, no todo el sistema está exento de debilidades y las consecuentes embestidas que las situaciones fácticas podrían ocasionar. Es importante mirar atenta y críticamente el método creado por el legislador para perfeccionarlo y llevarlo a su auge en cuanto a aplicación y resultados exitosos.

Deficiencias del sistema legal de imputación. Hemos examinado aquellas que hacen referencia: a la falta de responsabilidad autónoma de la persona jurídica; la posibilidad de incluir subsistemas de imputación que hagan la diferencia entre las personas físicas en altos cargos y aquellos que se encuentran subordinados; la necesidad de esclarecer el alcance del presupuesto de imputación sobre el interés o provecho en beneficio de la persona jurídica, el cual es equivoco; en menor medida, la poca claridad que se tiene respecto de cómo deben aplicarse e interpretarse los modelos de prevención y evidentemente la nula aplicación que tiene la ley en la actualidad, provocado fundamentalmente por el catálogo restringido de tipos penales que contempló el legislador. Efectivamente, respecto a este último problema al que

se hace referencia, se ha presentado ya una iniciativa modificatoria legal signada como el Boletín N° 7265-07, el que discurre única y exclusivamente sobre la ampliación del listado de delitos que pueden derivar en responsabilidad penal respecto de un ente moral. A fin de dar una síntesis completa, antes de la realización de propuestas personales, comentaremos brevemente el contenido de esta propuesta reforma. Propuesta de reforma a la Ley N° 20.393. Con fecha 13 de Octubre de 2010 se ingresa el proyecto de reforma a la ley N° 20.393, moción que se originó en la Cámara de Diputados de nuestro Congreso. El mismo día se da cuenta del proyecto ante la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, no habiendo hitos significativos en su tramitación desde esa fecha. La moción tiene por objetivo único y exclusivo la ampliación del catálogo de delitos que pueden originar la responsabilidad penal de una persona jurídica, arguyendo como fundamento lo siguiente: “Si bien es cierto que, como lo reconoce el propio mensaje de la Ley, aquella tuvo por objeto adecuar nuestra normativa a ciertos estándares internacionales (como la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE), también se tuvo en consideración la pretensión que la normativa generara "un verdadero aliciente para que las empresas adopten medidas de autorregulación, logrando de esta forma armonizar los principios de libertad empresarial y económica, con el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público”. La existencia de esta responsabilidad y los objetivos concretos que se persiguieron con ella justifican el que se amplíen los efectos de la ley a otros delitos de similar o mayor grado de afectación o significación social (de bienes jurídicos individuales o sociales), respecto de los cuales la empresa puede, y en principio debiera, operar como un buen ciudadano corporativo. Se trata de una razón que se justifica desde la misma perspectiva político-criminal, y que permite fundar la necesidad de ampliar el catálogo de delitos que generaran dicha responsabilidad”. El restringido catálogo de delitos transformaba en impracticable a la ley de responsabilidad penal para las personas jurídicas, contrayendo dos consecuencias

altamente negativas para tal innovación legal: falta de puesta a prueba que impide ver si la ley funciona correctamente en el plano práctico, y en segundo lugar, no se logra el objetivo primordial del método de imputación elegido por el legislativo: incentivar a la persona jurídica a auto-regularse, creando un sistema garante y alerta de las posibles filtraciones de seguridad que dentro de sus operaciones podrían existir. Es lógico que, si la misma ley que impone la sanción y ordena la auto-regulación, no es en la realidad puesta en práctica, que su contenido se transformaría en letra muerta. Concretamente, la Cámara de Diputados sugiere en el mencionado boletín reemplazar el actual artículo 1° de la ley N° 20.393, por el siguiente: “Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en la ley 19.223, en los artículos 79, 80, 81 de la ley 17.336, en los artículos 59, 60, 61 y 63 de la ley 18 045, en el artículo 134 de la ley 18.046, en el artículo 97 del Código Tributario, en el artículo 27 de la ley 19.913, en el artículo 8 de la ley 18 314, en los artículos 250 y 251 bis del Código penal y por los delitos contra la salud pública y contra las personas. En resumen, se agregan los siguientes tipos penales: a) Delitos previstos en la ley N° 19.223: Ley relativa a delitos informáticos. b) Delitos previstos en los artículos 79, 80 y 81 de la ley 17.336: Relativos a la propiedad intelectual. c) Delitos previstos en los artículos 59, 60, 61 y 63 de la ley 18.045: Referente a Mercado de Valores. d) Delitos previsto en el artículo 134 de la ley 18.046: Relativa a Sociedades Anónimas. e) Delito previsto en el artículo 97 del Código Tributario: que sanciona infracciones tributarias por parte del contribuyente.

Hay dos maneras de reaccionar frente a este propuesta legislativa: la primera y más pacífica, sería asumir que la inclusión de los tipos penales indicados representa a todas luces un avance en términos de responsabilidad penal empresarial, puesto que extiende considerablemente el campo de sujeción de los entes morales a la ley. La segunda, y más realista, es entender que, aun cuando esta

reforma es positiva, es insuficiente para lograr los resultados que se pretenden obtener. Efectivamente, cabe referirse a los delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas invirtiendo la regla general, en el siguiente sentido: las personas jurídicas son capaces de ser responsables de todos y cada uno de los delitos que contempla el ordenamiento jurídico chileno, salvo aquellos para los que no cuentan con lo mínimo necesario para dar lugar a su ejecución, por ejemplo: delito de violación. De acoger esta última alternativa, la ley estaría siempre un paso adelante en lo que a evasión de la responsabilidad penal empresarial se refiere. Así, lograrían evitar casos intencionados de impunidad: la persona jurídica podría cometer otros delitos respecto de los cuales la ley no la considera apta para ser imputada, y evitar la sanción exclusivamente por una traba legal que carece de fundamento político-criminal. En efecto, es importante preguntarse ¿Cuáles son los beneficios de tener un catálogo cerrado y estricto de delitos que pueden cometerse por los entes morales? Sin duda, las únicas beneficiadas serían las mismas personas jurídicas, dejando de lado todos aquellos bienes de connotación social que se tuvieron presentes al legislar sobre esta materia en primer lugar. En síntesis, creemos que es necesario ampliar el catálogo de delitos a fin de lograr a cabalidad todos y cada uno de los objetivos planteados por la ley N° 20.393, y por sobre todo lograr una real implementación de métodos de seguridad y auto-control, reforzando así la intención preventiva que caracteriza positivamente a este cuerpo legal.

Formulación de propuestas legislativas.

- Como propuestas generales a la ley se menciona el Sistema preventivo obligatorio, diferenciado y de revisión periódica. Creemos que el modelo preventivo regulado en el artículo 4° de la ley N° 20.393 es la piedra angular para el resultado eficiente de los objetivos de dicho cuerpo legal. Para volverlo un real instrumento de disuasión y por sobre todo, de prevención, creemos necesario hacer las siguientes modificaciones: a) El modelo preventivo debe ser obligatorio. Su existencia no debe

estar supeditada a la cantidad de ingresos que tenga el ente moral, o a su cantidad de empleados. Entendiendo que es un gasto significativo, y que no puede tratarse de igual manera a todas las personas jurídicas, proponemos las siguientes distinciones con el objeto de distribuir dicha carga legal. b) Los requisitos del modelo de prevención deben ser diferenciados según el poder económico que tenga la persona jurídica en cuestión. En este punto es donde se equiparan las cargas, y se hace la diferencia necesaria y correspondiente entre las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas. Es lógico que se exija un sistema de prevención más completo y que provea mayor seguridad. c) Revisión periódica del sistema instaurado. El plazo de la revisión variará según la peligrosidad que pueda representar el ente moral. Por ejemplo, si existen formalizaciones o condenas anteriores, el certificado de cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 4° de la ley tendrá un período menor de vigencia. En caso contrario, de no existir registros o cargos de ningún tipo, dicho período podrá prolongarse, y así disminuir el costo que dicho modelo significa para la empresa.

- Ampliación genérica del catálogo de delitos y ampliación de la responsabilidad penal a entes sin personalidad jurídica. Creemos importante que las entidades que aún no gocen de personalidad jurídica puedan ser igualmente procesadas en caso de cumplir con los requisitos estipulados en el artículo 3° de la ley N° 20.393, y en su defecto, aquellos consignados en el artículo 5°. Esta propuesta se fundamenta en tendencias de derecho comparado (Estados Unidos y Australia contemplan normas de ésta naturaleza, asimismo lo hace España, a través del artículo 129), y en el interés que existe por disminuir al mínimo posible los vacíos legales que puedan derivar en situaciones de impunidad.

- Propuestas relacionadas específicamente con el sistema de imputación. En relación al sistema de imputación nos limitaremos a hacer propuestas de tipo más general, dado que, a falta de jurisprudencia, no es fácil predecir como operará este sistema en la realidad de un proceso. En primer lugar, creemos que podría ser un

cambio positivo para nuestra legislación cambiar el fundamento de la culpabilidad de la empresa que gatilla, hoy en día, el nacimiento de la responsabilidad jurídica para el ente moral. En la actualidad, el sistema radica la culpabilidad en el defecto de organización, siendo esta la sub-corriente más popular en el área doctrinal. Sin embargo, si recordamos el contexto espacio-temporal que dio origen a la ley número 20.393, podremos fácilmente asumir que dicho período de discusión legislativa careció de observaciones dogmáticas sobre la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas. Por la urgencia con la que había que sacar adelante el proyecto, se omitió discutir sobre cuál sería la mejor forma de fundamentar dicha responsabilidad, haciendo un mejor intento por no violentar el principio de culpabilidad. En esa línea, proponemos remitirnos al modelo australiano, que fundamenta la culpabilidad de la empresa no en un defecto organizacional de la misma, si no que se apoya en el concepto de “cultura corporativa”, el que como se recordará, era definido por la ley. Como primera propuesta, entonces, creemos que sería positivo para el ordenamiento chileno incluir el concepto de “cultura o *ethos* corporativo” a fin de precisar con mayor acuciosidad la conducta en la que debe incurrir la empresa para ser considerada penalmente imputable por un hecho propio. Dicho fundamento no sólo coopera de manera más armónica con el principio de culpabilidad tan violentado por la derogación del “*societas delinquere non potest*”, sino que además permite distinguir entre aquellas personas jurídicas de alta peligrosidad, de aquellas que se han visto involucradas en procesos criminales en virtud de hechos particulares que no representan la actitud empresarial general. Así, la cultura corporativa desviada de una entidad permitiría justificar de mejor manera la intencionalidad que ésta tuvo en la comisión del hecho delictivo, amparándose derechamente en un hecho propio de la persona jurídica, y no en el error cometido por uno de sus agentes. En este mismo sentido, actualmente, se está librando una nueva discusión en referencia a la conveniencia de considerar a todas las personas jurídicas penalmente imputables. En segundo lugar, y siguiendo también el modelo australiano, creemos que sería útil clasificar los delitos susceptibles de ser cometidos

por un ente moral, entre culposos y dolosos, y modificar el sistema de imputación atendiendo a dicha característica. Al encontrarnos ante un tipo penal doloso, el sistema de imputación se veía más influido por la tendencia de la teoría de la identificación. Una vez determinada la conexión entre la persona natural y el ente ficticio, se pasaba a una segunda etapa dentro del mismo proceso de imputación, el que entraba a sopesar la real culpabilidad de la empresa, en función de su “cultura corporativa deficiente”.

Creemos que la distinción entre los delitos basándose en su elemento subjetivo sería positiva no sólo para agudizar el sistema de imputación en sí mismo, sino para nuevamente distinguir entre empresas que representen un real factor criminógeno y aquellas que por mera negligencia o circunstancias puntuales se vieron involucradas en un hecho delictual.

Asimismo, creemos que el artículo 3° de la ley N° 20.393 debiera distinguir, para objeto de imputar la responsabilidad entre altos directivos de la empresa y aquellos empleados o dependientes de los primeros. Podemos mencionar como ejemplo el caso italiano, el que altera la carga de la prueba dependiendo del sujeto natural que haya estado involucrado en la comisión del delito. El objetivo de dicha norma es obligar a la persona jurídica a tener un modelo de prevención eficaz y previa a la comisión del delito. El resultado de esta medida radica en que, no existe una obligación propiamente tal de tener vigente un modelo de prevención, pero en la eventualidad de que se llegue a cometer un delito por un alto directivo, no existe posibilidad de reclamar la exclusión de la responsabilidad penal que le podría caber a la empresa, en razón de la falta de dicho sistema de prevención.

Por último, es de la mayor importancia que el modelo chileno de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas logre contar con un artículo que verdaderamente contemple la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en determinados casos. La ley N° 20.393 no fue capaz de consagrar

expresamente la responsabilidad autónoma de los entes morales, sino que en la actualidad éstos siguen estando subordinados a la imputación de las personas naturales involucradas, lo que supone dar cabida al perfeccionamiento, por parte de las empresas, de la irresponsabilidad organizada para finalmente, con ello, lograr su impunidad.

Hoy más que nunca, no sólo basta que se pretenda y se logre ampliar el catálogo de delitos, a aquellos que tienen una real incidencia práctica, sino que significa aceptar a la persona jurídica como un actor social relevante, con todo lo que aquello implica. Así la cosas, es de toda lógica afirmar, que mientras nuestra legislación no acepte, a cabalidad, a las personas jurídicas como sujetos penalmente imputables, será difícil perfeccionar un modelo de imputación, que no tenga vacíos legales o que no se encuentre en constante contradicción con nuestra tradición jurídica penal. El sistema de imputación tal como está, es absolutamente perfectible, siempre y cuando sus falencias puedan ser identificadas y reinterpretadas.

La intención de la presente investigación, fue justamente servir de instrumento para el fortalecimiento de una discusión que necesita ser revivida por parte de la doctrina y nuestros legisladores, a fin de poder perfeccionar el modelo de imputación construido sobre la base del defecto de organización de la persona jurídica. Se hace evidente la inutilidad que a la fecha ha tenido la Ley N° 20.393. De continuar así, sospechamos que llegará a transformarse en una ley en desuso, cuestión que le significaría a nuestro país, dar un paso atrás en la batalla contra la criminalidad empresarial, y peor aun –de acuerdo a los objetivos iniciales pretendidos por el Poder Ejecutivo en la presentación de la ley N° 20.393– una pérdida importante en cuanto a credibilidad, respeto e imagen internacional se refiere.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMANN, Brunhilde, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Europäische Hochschulschriften / 02, Rechtswissenschaft; vol. 362, Frankfurt a. M., 1984.

ACHENBACH, Hans, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (Achenbach, Ransiek, Hrsg.), 2 Auf., 2008.

ALVARADO REYES, Yesid, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, N° 25 Octubre – Diciembre 2008.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno*, Diario La Ley, n° 7541, 2011.

- *Curso de Derecho Penal Económico. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Marcial Pons, 2005.

- *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas*, En: *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, 2005.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Bosch, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»*: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009, Diario La Ley, n° 7442, 2010.

- *Manual de Derecho penal, Parte general*. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, Tercera reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996.

- “*Teorías de la pena y responsabilidad de las personas jurídicas*” en *Cursos de Derecho penal económico*, Marcial Pons, 2005.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal*, 2ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 2016.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*, en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D.M., (Ed.), *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, 1996.

- BAL FRANCES, Edmundo, Abogacía del Estado.
- BALMACEDA LAZCANO, Carlos, *El estatuto de las personas jurídicas*, tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Santiago, Universidad de Chile, 1943.
- BARCIA LOPEZ, Arturo, *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos, Evolución histórica y derecho moderno*, Buenos Aires, 1922.
- BARÓN, Julius, *Die Gesamtrechtsverhältnisse im Römischen Recht*, Marburg y Leipzig, 1864.
- BESELER, Gerard, *Die Lehre der Erbverträgen*, tomo I, Göttingen, 1835.
- BEKKER, Ernst Immanuel, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung: Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen*, Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbuch), vol. XII, Jena, 1873.
- *System des heutigen Pandektenrechts*, tomo I, 1889.
- BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 1. Aufl. Leipzig, 1857; 17 Aufl., Leipzig, 1985.
- BESELER, Georg, *Die Lehre der Erbverträgen*, tomo I, Göttingen, 1835.
- BINDER, Julius, - *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907.
- *Philosophie des Rechts*, Berlin, 1925.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Über das Erforderniß einer rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, 1843.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Deutsches Privatrechts*, Berlin, 1866.
- BOCKELMANN, Paul, *Studien übers Täterschaftrecht*, 1. Teil, Berlin, 1939; 2. Teil, Berlin, 1940.
- BOFILL GENZSCH, Jorge, *Informe de Comisión Constitución*, Historia de la Ley N° 20.393.
- BOLEA BARDON, Carolina, *Deberes del administrador y prácticas de kick-back*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos ISSN 1695-0194. RECPC 17-17 (2015) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194
- BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO N°7265-07, que modifica la ley nro. 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas ampliando el catálogo de delitos.
- BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO N° 152, 23 de Junio de 2010, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.
- BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, N° 152. Miércoles 23 de Junio de 2010, Sec.1, pp. 54825, [En Línea] En <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>.
- BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002.

BRENDER, Markus, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Freiburg*, 1989.

BRICKEY, Kathleen, - *Rethinking Corporate Liability Under The Model Penal Code*, En: Rutgers Law Journal [Vol. 19:593] Pág. 593. [En Línea] En: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/rutlj19&div=33&id=&page=>.

- *“Corporate criminal Liability: A treatise on the criminal Liability of corporations, Their Officers and agents*, Tomo I, a. Ed., 1992, Tomo II, 1984, Tomo III, Callagan & Co., Wilmette, 1984.

BRINZ, Alois, *Lehbuch der Pandekten*, 1. Aufl., Erlangen, 1860.

BUSCH, Richard, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, MORALES PRATS, Fermin y DOPICO GOMEZ-ALLIER, Jacobo, *“Personas jurídicas: art. 31 bis CP»*, en comentarios a la reforma penal de 2010.

CASTRO MORENO, Abraham: *El delito societario de administración desleal*, 1998.

CEREZO MIR, José, *Derecho penal, Parte general*, Lecciones 26-40, UNED, 1997.

- *Derecho penal, Parte general II*, diversas ediciones.

Contraloría General de la República de Chile, en Dictamen N° 24.101, de 1993.

Circular 1/2011 de la FGE (Fiscalía General del Estado).

Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre *la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por ley orgánica 1/2015*, https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/home!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFszcDBzdPYOdTD08jINdjYAKIoEKDHAARwNC-sP1o_ApsQgygSrAY0VBboRBpqOiIgD-HNNY/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/.

CISTERNAS, Lamberto; LARRAIN, Patricio y ZAMORA, Luis, *Las asociaciones gremiales*, Santiago, Nenum, 1980.

Código Penal de Chile.

Código Penal Francés. [En Línea] En: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm.

COLVIN, Eric, *Corporate Personality and Criminal Liability*, 6 Crim. L. F. 1, 1995.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, 1999.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *“Ley de inclusión escolar y nuevas formas de personas jurídicas sin fines de lucro”*, Derecho y Academia, Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/ley-de-inclusion-escolar/>, 2015.

CORREA FUENZALIDA, Guillermo, “*Procede otorgar personalidad jurídica a las asociaciones destinadas a proporcionar a los asociados beneficios económicos indirectos de carácter colectivo*”, *RDJ*, Vol. XXXIX, Santiago, 1942.

Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Informe 21 – 2010, *Algunos Comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Abril de 2010. [En Línea] En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

CRAMER, Peter, *Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten*, Stuttgart, 1971.
- Comentarios al Código Penal Alemán, 28ª. edición.

CRIMINAL CODE ACT. 1995, Sección 12, [En Línea] En: www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00590.

CUADRADO RUIZ, María Angeles, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?*, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 12, Abril 2007. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>.

DAHM, Georg, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Untersuchungen über die Beziehung zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XVI Jahrhundert*, Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtslehre, Berlin/Leipzig, 1931.

DANNECKER, Gerhard, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, GA, 2001.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español*, En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2013.

- *Una nueva línea de intervención penal, El Derecho penal de las personas jurídicas*, En: La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio, Buenos Aires, 2001.

DE MAGLIE, Cristina, «*Models of Corporate criminal liability in comparative Law*», 4 Buffalo Law Review 641, 2000.

DE VERO, Giancarlo, *La responsabilita penale delle persone giuridiche*, Milan, 2008.

DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa*, en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, octubre-diciembre 2002.

Decreto Legislativo N° 231, *Responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000*, n° 300, [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030>.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998.

- «*Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa*», en Diario La Ley, n° 7670, 2011.

DÍAZ CORTES, Lina Mariola, *Societas delinquere potest, Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico*, Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. N° 17. 2006.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, 2002.

Dirección del Trabajo de Chile (1995).

Dirección del Trabajo de Chile (2003).

DONALDSON, Megan & WATTERS, Rupert, for “Allens Arthur Robinson”: *Corporate Culture, as a basis for the criminal liability of corporations*. Australia, Febrero 2008. Pág.10. [En línea] extraído de: <http://198.170.85.29/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>.

EHRHARDT, Anne, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischen Recht*, Berlin, 1994.

ENTRENA RUIZ, Daniel, *El empleo de información privilegiada en el mercado de valores, un estudio de su régimen administrativo sancionador*, Civitas, 2006.

EYZAGUIRRE GUTIERREZ, Jaime, *Historia del Derecho*, 6ª ed., Santiago, Editorial Universitaria, 1983.

FAJARDO GARCIA, Gemma, *La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Revista de Derecho Mercantil, Vol. 288, Madrid, 2013.

FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios, Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FEIJOO ANCHEZ, Bernardo, *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?*, en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

- “*Empresa y Delitos contra el medio ambiente*” La Ley, N° 5550, 2002.

- *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho pena, contra las empresas*, Madrid, Civitas, 2002.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, 1998.

- *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Dickinson, 2003.

Von FEUERBACH, Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, (mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen)*, 14 Aufl., Aalen, 1973, 1. Aufl., Gießen, 1801.

FOMT GALAN, Juan Ignacio, PINO ABAD, Manuel, *La relevante causa negocial de la sociedad, Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad*”, Revista de Derecho Mercantil, Vol. 239, Madrid, 2011.

FUENTES NAHARRO, Mónica, *Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades, Gobierno corporativo y crisis empresariales*, 2006.

FUEYO LANERI, Fernando, *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno*, Madrid / Santiago, Editorial Revista de Derecho Privado, II, 1952.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal, Derecho penal de la empresa* (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.).

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico, Parte general*, Piura, 2003.

- *Derecho penal económico, Parte general*, 2004.

- *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999.

GARCÍA MOSQUERA, Marta, *Estudios penales y criminológicos*, Dialnet, Nro.33, 2013.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Ed., 2001

von GIERKE, Otto, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.

- *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo III, Berlin, 1881.

- *Deutsches Privatrecht*, tomo I, Leipzig, 1895.

- *Das Wesen der menschlichen Verbände*», Sonderausgabe MCMLIV, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, Reihe «Libelli», Band xv, 1902

- *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neusten Staatsrechtstheorien*, tomo XXX, 1874.

- *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, tomo IV, Berlin, 1881.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La omisión impropia en la dogmática alemana, una exposición*, RDPCr. 1997.

- *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, En RDPCr. 2 (2004).

- «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios Penales y Criminológicos X*, Santiago de Compostela, 1987.

- «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP* 1994.

GOBERT, James y PUNCH, Maurice, *Rethinking corporate crime*, **Editor**, Butterworths, Nueva edición Ed. (1 Mar. 2003)

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, ¿Imputabilidad de las personas Jurídicas?, *Homenaje al Profesor Dr. D Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.

- *Auto-organización empresarial y autorresponsabilidad empresarial, Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 8, 2006.

- *La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica, reto para la teoría, necesidad para la práctica*, en Silva Sánchez, J. Ma./ Miro Llinares, F./ Dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2014.

- *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

- *La culpabilidad penal de la empresa*, Tesis doctoral UAM; Marcial Pons 3/2005.
- *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*, RECPC 08-05, En los Estados Unidos.
- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*.
- *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006, [En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>.
- *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial B de F, 2010.
- *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Propuestas Globales Contemporáneas, Aranzadi, 2006.
- *¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel*. *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (Diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455-475. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf.
- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*», Diario La Ley, n° 7534, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª edición, Navarra, 2015.

- *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador, Parte general*, 2ª ed., Aranzadi, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.) y varios autores, *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2015.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo, *La imputación penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, 2014.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás y JUANES PECES, Ángel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor*, en Diario La Ley, n° 7501, 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro*, tomo II, Zaragoza, 1986.

- *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, Cuadernos de Derecho judicial, 1994.
- *Las consecuencias jurídicas del delito, El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, 2015.
- *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en Act. Penal, N° 39, 1993.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código Penal*, Valencia, 2004.

GUILLAMON SENENT, José Vicente, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal y el principio societas delinquere non potest*, Revista del Ministerio Fiscal, n° 12, Ministerio de Justicia, 2004.

HAEUSERMANN, Axel, *Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubject*, Freiburg i. Br, 2003.

- HAFTER, Ernst, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, 1903.
- *Lehrbuch des schweizischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1946
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1992.
- HEINE, Günter, *Modelle originärer rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen*, en Hettinger (Ed.), *Reform. des Saktinsrechds*, t. III, Verbandsstrafe, 2002.
- *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen*, En OJZ, 1996.
- HEINITZ, Ernst, *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?*, en *Verhandlungen zum 40. Deutschen Juristentag*, tomo I, Tübingen, 1954.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, Polít. Crim., Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.
- HIRSCH, Hans-Joachim, *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, ADPCP 1993.
- Historia de la Ley N° 20.393, (Chile), en www.bcn.cl
- HOLDER, Eduard, *Über Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1905.
- HONEYMAN, Ryan, *Manual para empresas B, Negocios como fuerza positiva para mejorar el mundo*, (trad.) Trans-language, Santiago, El Mercurio/ Aguilar, 2015.
- HUERTA TOCILDO, Susana, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997.
- Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional y en Segundo Trámite Constitucional*, Historia de la Ley N° 20.393, 2 de diciembre de 2009, Biblioteca del Congreso Nacional.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, 1994.
- JAKOBS, Günther, *¿Punibilidad de las personas jurídicas?*, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, 2006.
- “Strafbarkeit juristischer Personen?”, in: Prittwitz, Cornelius u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002
- Prólogo a la 1ª ed. de *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*.
- Clase Magistral, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, octubre de 2014.
- *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, 5ª edición (Traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände*”, ZStW 65 (1953).

- “Zur Frage der Strafbarkeit von Personenverbänden”, DÖV, 1953, Conferencia.

JHERING, Rudolf von, *Das Geist des romischen Rechts auf den verchiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. III, Abschnit 2.

KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl., 1786.

- *Methaphysik der Sitten (Mathaphysische Anfangsgründeder Rechtslehre)*, 1. Aufl., 1797.

LAMPE, Ernst, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, traducido por GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Propuestas globales contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

LASSON, Adolf: *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlín, 1871.

LATORRE CHINER, Nuria, *Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008* (RJ 2664), *Revista de Derecho de Sociedades* 32, 2009.

Ley de Sociedades de Capital (LSC), Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Publicado en BOE núm. 161, de 03/07/2010.

Ley N° 18.575, LOCBGAE. (Chile).

Ley N° 4.058, (Chile)

Ley N° 2004-204 de 9 de Marzo 2004 sobre la adaptación a los cambios en el crimen legal. [En Línea] En: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249995>.

LONDOÑO, Fernando y MATUS, Jean, *Historia de la Ley N° 20.393*, en www.bcn.cl

LORENZO MORILLAS, David, *El sistema de atenuación de la responsabilidad penal en las personas jurídicas*, en PALMA HERRERA (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2014.

LOZANO SAIGÍ, Miriam, *Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho*, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4-2005.

LOZANO CUTANDA, Blanca, *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/91)*, *RAP* 129, 1992.

LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1995

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1996.

LYON PUELMA, Alberto, *Personas jurídicas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal*, Revista Penal, N° 1/98.

MARTINEZ, José Agustín, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, La Habana, 1928.

MARTINEZ DE VICENTE, Rosario, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, consecuencias accesorias*, Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo, N°1, Ed. Legis, Bogotá, octubre- diciembre 2002.

MARTINEZ PARDO, Vicente José, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Internacional de Práctica Jurídica, N° 26, año 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico, Sobre las consecuencias accesorias del art. 129 como sanciones penales*, Tirant lo Blanch, 2015.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delitos societarios, administración desleal y demás figuras delictivas*, Empresa y Derecho penal (B. del Rosal, dir.), Madrid, 1999

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Informe Comisión de Constitución primer y segundo trámite constitucional*, Historia de la ley N° 20.393, www.bcn.cl

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general I*, trad. I. Boffill GENZSCH y E. Aimone GIBSON, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

MESTRE, Aquiles, *Las personas morales y su responsabilidad penal*, 1930, Traducción de Q. SALDAÑA.

- *Las personas morales y su responsabilidad penal*, Pamplona (Navarra), 2005.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, reimpresión de la 14. Ed., 1847, *Scientia Verlag*, Aalen, 1973.

MILITELLO, Vincenzo, *La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y sus órganos en Italia*, En: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, 1995.

MIR PUIG, Santiago, *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal*, Revista Jurídica de Catalunya, 3, 2001.

- *Derecho penal, Parte general*, 10ª ed., Barcelona, 2015.

- *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2008.

- *Derecho penal, Parte general*, 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.

- *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [En Línea] En: MIR PUIG, Santiago, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. [En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

MORALES PRATS, Fermín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, perspectivas de reforma en el Derecho penal español*, Estudios jurídicos, ISSN-e 1888-7740, N° 2011, 2011

MORON LERMA, Esther, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, nuevas estrategias político criminales*, en TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

NEVARES MUÑIZ, Dora, *Estudios comparados de Códigos penales de la Parte general*, [En Línea] En: http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_details/1538-estudios-comparados-de-codigos-penales.

NIETO GARCIA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Tecnos, 2012

NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Esquema de un modelo de responsabilidad*, Madrid, 2008. [En Línea] En: http://www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf.

- *La responsabilidad Penal de las personas jurídicas, Un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008.

- *Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español, Relaciones en el presente y en el futuro*, AP 34, 1995.

- *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (et alt.), *Curso de Derecho penal, Parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*. Revista jurídica galega, ISSN 1132-6433, Nº. 63, 2009.

- *Fraudes comunitarios (Derecho penal económico europeo)*, 1996.

- *Manual de cumplimiento penal de la empresa*. Tirant lo Blanch. 2015.

Norma UNE-ISO 19600-2015 Sistemas de gestión de compliance, Directrices, (Compliance management systems, Guidelines), Fecha de edición 2015-04-15.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- *Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial*, Revista de estudios de la justicia, Seminario Internacional, Nº 10, 2008.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal, Parte general, Teoría jurídica del delito*, 2ª ed. Madrid, 1987.

Oficio Nº 440/2010, *Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*, 23 de Agosto de 2010, De Fiscal Nacional del Ministerio Público a Fiscales Regionales y Adjuntos, Asesores Jurídicos y Abogados ayudantes de Fiscal de todo el país, [En Línea] En: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ch1_ofi440.pdf.

ORTIZ DE URBINA, Iñigo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (coord.), *Memento práctico, penal económico y de la empresa*, 2011.

PANTOJA BAUZA, Rolando, *La organización administrativa del Estado*, en Revista de Derecho Administrativo Económico 2 (Julio-Diciembre 2000).

PERDICES HUETOS, Antonio, *El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en el Derecho mercantil, Derecho penal de la empresa* (2002) (M. CORCOY BIDASOLO, dir.).

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Actualidad Penal, 2, 1995.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Manuel COBO DEL ROSAL (Director), Ed. Edersa, Madrid, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo I, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

POLAINO NAVARRETE, Miguel *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Cometer y hacer cometer, Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, El autor detrás del autor, De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [En Línea] En: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/64.pdf>.

POLLACK, Barry J., *Time to stop living vicariously: a better approach to corporate criminal liability*, Revisión del Derecho penal americano, Lexis Nexis, 2009.

PRADEL, Jean, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*, [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf.

Presentación de la Cámara de Comercio de Santiago, año 2010. [En Línea] En: http://www.ccs.cl/html/eventos/2010/doc/0615_presentacion_rppj_ccs.pdf.

Presentations of participants of the Seminar on Liability of Legal Persons for Criminal Offences and Tracing, Confiscation and Recovery of Assets, Liability of Legal Persons for Criminal Offences, October, 2009.

Proyecto de Código penal de 1884. (Chile)

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho penal*, Aranzadi, 2010.

RADRIGAN RUBIO, Mario, BARRIA KNOPF, Cristina, *Situación y proyecciones de la economía social en Chile*, en José María PÉREZ DE URALDE (ed.), *La economía social en Iberoamérica, Un acercamiento a su realidad*, Madrid, Fundibes, 2006.

RANSIEK, Andreas, *Unternehmensstrafrecht: Strafrecht – Verfassungsrecht – Regelungsalternativen*, Heidelberg, 1996.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

REBMANN-ROTH-HERMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Band 1, Stand 2005.

REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *Comentario a la Ley general de subvenciones*, 2005.

Revista Chilena de Derecho Vol. 29 N° 2, Pág. 441 – 459, Año 2002, Sección estudios.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *El hecho propio de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008*, [En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>.

. *¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos*. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>.

RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político criminal y dogmática*», en Otrosí, n° 6, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Societas delinquere potest, Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*, Anuario de Derecho Penal (Asociación Peruana de Derecho Penal), Núm. 1996, disponible en <http://www.unifr.ch/derechopenal>.

ROMAN RODRIGUEZ, Juan Pablo, *Cooperativas*, Santiago, Legal Publishing / Thomson Reuters, 2012.

ROMANO, Mario, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, Riv. soc., 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos, *Los delitos de comisión por omisión, delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal*, *Política criminal y reforma penal*, 1993

ROSENKÖTTER, Günter, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 6. Auf., Stuttgart, 2002.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Civitas, 1997.

RUIZ VADILLO, Enrique, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Europeo*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, UNED, 1991.

SALDAÑA, Quintiliano, *Capacidad criminal de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1927.

- *Proyecto de ley de bases para la reforma del Código penal*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 139.

- *La historia del Derecho penal español*, Madrid, 1914

SALKOWSKI, Carl, *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig, 1863.

SANHUEZA ROMERO, Juana, *Las penas*, Fondo de Publicaciones, Universidad de Concepción, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo I, Berlin, 1840.

- *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. II, Veil & Comp., Berlin, 1840; Bd. IV, Berlin, 1840.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, Reimpresión de la edición de 1930-1932, Aalen, 1973.

SCHMITT, Richard, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände. Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, Stuttgart, 1958.

- *Grundriß des deutschen Strafrechts – Zugleich eine Einführung in das Studium der beiden Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs von 1919 und 1925*, Leipzig, 1925; 2. Aufl., Leipzig, 1931.

SCHNORR von CAROSFELD, Ludwig, *Geschichte der juristischen Person*, Bd. I, München, 1933.

SCHÜNEMANN, Bern, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*. En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedmann, Estudios Jurídicos, 1995.

- *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der verantwortlichheit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln Berlin Bonn München, 1979.

SCHÜTZE, Theodor, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuch*, Leipzig, 1874.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*, en *Derecho Penal Económico*, Manuales de formación continuada, 14, CGPH, 2001.

- *El nuevo Código penal, cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

- *El delito de omisión, Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad, Cuadernos de Derecho Judicial 9*, 2002.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español*, En: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Coordinador: Percy GARCÍA CAVERO, Editorial ARA, 2002.

SOHM, Rodolfo, *Historia e instituciones del Derecho privado romano*, Madrid, La España Moderna, 1899.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Las sociedades del Estado*, Revista de Derecho administrativo económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, Vol.2, no. 2 (jul.-dic. 2000)

SSAP de Albacete (Sección 1ª) 1/2014 de 7 de enero (estafa); de Barcelona (Sección 8.º), 155/2014, de 19 de febrero (medio ambiente); de Madrid (Sección 3.º) 742/2014, de 17 de diciembre (estafa impropia), casada por la STS 514/2015, de 2 de septiembre, STS 480/2009, de 22 de mayo (caso Ekin).

Superintendencia de Valores y Seguros, *Norma de carácter general*, N° 302, de 25 de enero de 2010, págs. 7-8. [En Línea] En: http://www.svs.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf.

SZCZARANSKI CERDA, Clara, *Un asunto criminal contemporáneo, rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2010.

TEMME, Jodocus Donatus Hubertus, *Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1876.

TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico comunitario, español, alemán*, PPU, Barcelona, 1995.

- *Die "Bebüssung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Neue Juristische Wochenschrift 19 (1988).

- *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Anuario de Derecho penal 1996 (<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_ozpdt>).

TITTMANN, Karl August, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Halle, 1822.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, *El concepto individual de culpabilidad*, ADPCP 1985.

- *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, Estudios Penales y Criminológicos X, Santiago de Compostela, 1987.

Tribunal de Milán, 27 de abril de 2004, [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all>.

Tribunal de Milán, 28 de abril de 2008, en el Foro Ambrosiana de 2008, 3, 329, [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%205%20Responsabilit%C3%A0%20dell%27ent>.

Tribunal de Milán, G.I.P. E. Los novillos, 17 de noviembre de 2009, [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all>.

Tribunal de Milán, sez. XI, 26 de junio de 2008, en el Foro Ambrosiana de 2008, 3, 335, [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%205%20Responsabilit%C3%A0%20dell%27ent>.

TRÜG, Gerson, *Zu den Folgen des Einführung eines Unternehmensstrafrechts*, Wistra 7, 2010.

von BAR, Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. II, Berlin, 1905.

- *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. II, Berlin, 1907.

von FERNECK, Alexander Hold, *Die Rechtswidrigkeit: eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes*, G. Fischer, 1903.

von FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Rechts*, 1. Aufl., Gießen, 1801, 12 ed., 1836.

von LISZT, Franz, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin und Leipzig, 1881.

- *Lehrbuch des deutschen Reichsrechtes, Das deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin und Leipzig, 1881.

- *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23. Aufl. Berlin und Leipzig, 1921.

von MALBLANC, Julius Friedrich, *Opuscula ad ius criminales spectantia*, Erlangen, 1793.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.) y VV.AA., *Comentario a la reforma del Código penal de 2015*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015.

VAN WEEZEL, Alex, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Política criminal, Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 3, [En Línea] En: http://www.politica-criminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *Anatomía del lucro (para una tipología jurídica"*, en Susan Turner Saelzer, Juan Andrés Varas Braun (eds.), *Estudios de Derecho civil IX*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

VARGAS VASSEROT, Carlos, *La actividad cooperativizada y las relaciones de las cooperativas con sus socios y con terceros*, Cizur Menor, Thomson/ Aranzadi, 2006.

VÁSQUEZ ÚBEDA, Luis Guillermo, JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho del tercer sector: corporaciones, fundaciones y cooperativa*, Santiago, Legal Publishing / Thomson Reuters, 2014.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el Derecho chileno, Revisión desde una perspectiva comparada*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, Santiago, 2014.

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Derecho civil, Parte preliminar y parte general*, 5ª ed., Santiago, Ediar-Conosur, 1991.

VOLK, Klaus, *Zur Bestrafung von Unternehmen*, JZ, 1993.

WEIGEND, Thomas, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, J. Int. Criminal Justice (2008) 6 (5): 927-945, DOI:<https://doi.org/10.1093/jicj/mqn069>. Published:30 January 2009

ZITELMANN, Ernst: *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.), Ed. Edersa, Madrid, 2000.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español. El nuevo Derecho penal español*, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001.

- *Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*, CPC, 1994.

- *Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*, Cuadernos de Política Criminal, ISSN 0210-4059, N° 81, 2003.

- *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas*, [EnLínea]. En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf.

- *Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2000.

- *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105° CP, a más de quince años de su vigencia*. En: *Problemas fundamentales de la Parte general del Código*

penal (José HURTADO POZO, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo, Lima, 2009.

- Criminalidad Organizada, Unión Europea y sanciones a empresas. [EnLínea] En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf.