



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**PROBLEMAS JURÍDICO PENALES QUE PLANTEA LA
CRIMINALIDAD DE EMPRESA Y RESPONSABILIDAD
PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO POSIBLE
MODELO DE SOLUCIÓN**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA FRANCISCA JIMÉNEZ KRZEMINSKI

Profesor Guía: Alfredo Etcheberry Orthusteguy

Santiago, Chile

2008

**A mi padre, José Miguel,
por su constante apoyo y paciencia.**

ÍNDICE GENERAL

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
1. EXPOSICIÓN DEL TEMA: IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD.....	1
2. OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA.....	4
3. DELIMITACIÓN DE CONTENIDOS.....	8
CAPÍTULO I	
ÁMBITO DEL PROBLEMA: DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA	
EMPRESA. CONCEPTO DE DELITOS ECONÓMICOS.....	12
CAPÍTULO II	
CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA EN LA	
SOCIEDAD ACTUAL.....	17
1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA COMO CRIMINALIDAD ECONÓMICA	
Y DE CUELLO BLANCO.....	17
3. LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL ES DE CARÁCTER COMPLEJO.....	19
4. CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA FRENTE AL	
FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTEGRACIÓN SUPRA-	
NACIONAL. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA DELINCUENCIA	
ECONÓMICO –EMPRESARIAL.....	21
5. CRIMINALIDAD DE EMPRESA EN LA “SOCIEDAD DE RIESGOS”.....	25

CAPÍTULO III

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA AL

SISTEMA PENAL..... 28

1. PROBLEMÁTICA GENERAL QUE PLANTEAN LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD PARA EL DERECHO PENAL..... 28

2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS QUE PLANTEA LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA FRENTE AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL..... 30

CAPÍTULO IV

MODELOS DE SOLUCIÓN..... 33

1. INTRODUCCIÓN. RESPUESTAS A NIVEL DE SISTEMAS DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL Y RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA..... 33

2. SOLUCIONES POSIBLES DENTRO DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL..... 35

2.1. Introducción..... 35

2.2. Autoría mediata. Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales. Autoría funcional..... 36

2.3. Responsabilidad por delito de comisión por omisión..... 47

2.4. Responsabilidad por infracción del deber de vigilancia. Parágrafo 130 OWiG alemán..... 55

2.5. Actuaciones en lugar de otro. Modelos español y alemán..... 58

3. INSUFICIENCIA DE LOS SISTEMAS DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL PARA RESOLVER LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA..... 66

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDAD PENAL PROPIA DE LA PERSONA JURÍDICA.....	73
1. PROBLEMAS DOGMÁTICOS QUE PLANTEA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	73
1.1. Introducción.....	73
1.2. Problema de la capacidad de acción de la persona jurídica.....	74
1.3. Problema de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica.....	80
2. POSIBLES SOLUCIONES ANTE LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS QUE PLANTEA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	87
2.1. Introducción.....	87
2.2. Culpabilidad por defectos de organización. Tiedemann.....	89
2.3. Nueva perspectiva a partir de la re-normativización del sistema de Derecho Penal. Tesis de Silvina Bacigalupo: Nuevo concepto de sujeto del Derecho Penal en base al modelo de Jakobs.....	91
2.4. Sistema especial de responsabilidad penal de las personas jurídicas “Sistema de doble imputación y acción institucional” de David Baigún....	96
3. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ANTE LAS GARANTÍAS DEL SISTEMA PENAL. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	107
3.1. Planteamiento del problema: principio de responsabilidad personal e Imputación subjetiva.....	107
3.2. Posibilidad de conciliar el principio de culpabilidad con la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal y de la exigencia de imputación subjetiva.....	111
3.3. Flexibilización o prescindencia del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Penal de entidades colectivas.....	120

3.3.1. Introducción.....	120
3.3.2. Críticas de Schünemann al concepto social de culpabilidad como base de las propuestas de Jakobs y Tiedemann.....	122
3.3.3. Flexibilización de los principios garantistas y de los principios de imputación. Derecho Penal a dos velocidades. Silva Sánchez.....	125
3.3.4. Aplicación de medidas de seguridad a las personas jurídicas.....	129
3.3.5. Nuevo principio de legitimación: Estado de necesidad del bien jurídico Schünemann.....	134

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN.....

1. INTRODUCCIÓN.....	142
2. INJUSTO PENAL E INJUSTO ADMINISTRATIVO. CRITERIOS PARA DECIDIRSE A FAVOR DE LA VÍA PENAL O LA VÍA ADMINISTRATIVA...	144
3. ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL SISTEMA PENAL.....	155

CAPÍTULO VII

EL PRINCIPIO “*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*” EN EL DERECHO COMPARADO.....

1. DIFERENCIAS ENTRE LOS PAÍSES DE TRADICIÓN EUROPEO CONTINENTAL Y LOS PAÍSES DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA.....	163
2. PAÍSES DEL <i>COMMON LAW</i>	167
3. PAÍSES DE TRADICIÓN EUROPEO CONTINENTAL.....	170
3.1. Holanda.....	170

3.2. Francia.....	174
3.3. Alemania.....	177
3.4. España.....	178
3.5. Italia.....	184
4. DERECHO COMUNITARIO.....	186

CAPÍTULO VIII

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE.....

202

1. FUNDAMENTOS LEGALES DE LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	202
2. DISCUSIÓN DE <i>LEGE FERENDA</i>	203
3. PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	206

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES.....

217

1. SOBRE LAS RAZONES E IMPORTANCIA DEL DEBATE. VIGENCIA DEL TEMA EN CHILE.....	217
2. NECESIDAD DE ESTABLECER SANCIONES CONTRA LA PROPIA PERSONA JURÍDICA. NATURALEZA JURÍDICA Y FRAUDE DE ETIQUETAS.....	220
2.1. Necesidad de establecer sanciones contra la propia persona jurídica y fines que éstas persiguen.....	220
2.2. Posibilidad de reconocer a nivel dogmático la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre la naturaleza de las sanciones que se aplican a las empresas y el fraude de etiquetas.....	222

2.3. Necesidad político criminal de reconocer una responsabilidad propia penal de las personas jurídicas. Ventajas de la opción por la vía penal o la administrativa.....	227
2.4. Rol de la Administración.....	231
3. ASPECTOS QUE DEBE CONSIDERAR UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	232
3.1. Presupuestos de imputación.....	232
3.2. Proceso penal: Sujeto y garantías del imputado.....	234
3.3. Causales de justificación.....	236
3.4. Sanciones en particular.....	237
BIBLIOGRAFÍA.....	240
NÓMINA DE LEYES.....	250

INTRODUCCIÓN

EXPOSICIÓN DEL TEMA: IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD.

“Es una guerra silenciosa. Un conflicto ahogado por el ruido de la cruzada del Bien contra el Mal que se lleva acabo desde el 11 de septiembre de 2001. Sin embargo, las víctimas son numerosas: no hay muertos ni heridos, sino desempleados, inválidos por el trabajo, y excluidos de la sociedad. Los fundamentos mismos de la sociedad se ven afectados. Las empresas constituyen los principales actores de esta guerra económica en la cual se enfrentan con o sin la complicidad de los Estados. Guerreros de cuello blanco sin fe ni ley que se olvidan de las leyes comerciales, se burlan de la ética y sólo tienen una religión: el aumento de los márgenes de ganancia. En este conflicto, todos los golpes están permitidos, hasta los peores...”¹.

Casos como el de empresa energética norteamericana Enron, revelan oscuras prácticas, una desviación total de las reglas de transparencia y de integridad que supuestamente aseguran la credibilidad en los mercados financieros. “Se observa a la vez a una dirección de empresa que huye con decenas de millones de dólares en el bolsillo; a asalariados que pierden todo, incluso el dinero invertido para sus jubilaciones; a clientes a los que se condena a cortes de electricidad; a responsables políticos corruptos; a agencias de calificación tanto más benevolentes cuanto que las empresas que auditaban las retribuyen a veces como consejeros; milicias patronales, burbujas bursátiles que un día estallan”².

¹ LAÏDI, ALI., “La guerra económica, el eterno drama de las grandes potencias”, En: “Empresas y Estafas”, Selección de artículos de Le Monde Diplomatique, N° 50, Editorial AÚN Creemos en Los Sueños, Santiago, Chile, 2006, pág. 45.

² FRANK, TOM, “Las mil y una estafas de Enron”, En: “Empresas y Estafas”, Selección de artículos de Le Monde Diplomatique, N° 50, Editorial AÚN Creemos en Los Sueños, Santiago, Chile, 2006, pág. 36.

La empresa, como principal agente del tráfico económico, no sólo es protagonista de esta guerra solapada por la obtención de ganancias, el propio desarrollo de los procesos de producción y el uso de medios tecnológicos la transforman, a su vez, en el principal agente generador de riesgos para bienes jurídicos colectivos. Los delitos contra el medio ambiente, contra los trabajadores, contra la salud pública (responsabilidad por el producto) se cometen principalmente en el seno de empresas. Por ello, entre las numerosas víctimas del daño que puede provocar su actividad cuentan, también, muertos y heridos.

Un caso particularmente ilustrativo de este hecho y especialmente atingente, si se considera que actualmente en Chile se evalúa la factibilidad de producir energía nuclear, es el accidente de la central nuclear de Chernobyl el 26 de abril de 1986 cerca de Kiev, Ucrania. Un experimento no autorizado y un cúmulo de errores de seguridad produjeron explosiones que liberaron enormes cantidades de material radioactivo que se extendieron por gran parte de Europa. Miles de kilómetros cuadrados contaminados, centenares de miles de refugiados, heridos, enfermos y víctimas mortales son algunas de sus consecuencias.

Otro tanto puede decirse de los casos más emblemáticos sobre productos defectuosos en el Derecho Comparado.

En mayo de 1981, en la provincia de Madrid, aparecieron los primeros brotes del llamado "síndrome tóxico". Un grupo de industriales de había concertado para importar desde Francia aceite colza desnaturalizado desviando su uso industrial al consumo humano. Unas 15 personas resultaron intoxicadas, más de trescientas murieron y muchas otras quedaron inválidas o con graves secuelas.

En 1980, Alemania, diversas personas sufrieron trastornos respiratorios, tos, náuseas, fiebre y en algunos casos, edemas pulmonares, tras rociar algunos artículos de piel con *Lederspray*. A la vista de las primeras reclamaciones, se

modificó la composición del producto, pero los daños siguieron produciéndose. La empresa fabricante encargó una serie de investigaciones a expertos, sin que pudiera determinarse la toxicidad del spray. A la vista de los resultados, en mayo de 1981 la junta de accionistas de la sociedad decidió no retirar el producto y continuar su comercialización. Cabe destacar que en este caso el Tribunal Federal Alemán resolvió que la distribución del producto peligroso no es una acción humana sino de la empresa que finalmente se imputa a las personas naturales bajo puntos de vista normativos y no a la inversa.

Por otra parte, atentados como los del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y 11 de marzo de 2004 en Madrid, dejan en evidencia que el terrorismo y la criminalidad organizada tienen como denominador común la comisión de delitos por parte de organizaciones férreamente estructuradas. En muchos casos, tales organizaciones requieren utilizar empresas lícitas ya sea para su financiamiento, ya sea para el blanqueo de los capitales provenientes de su actividad. Se entrecruza así un conglomerado económico y criminal difícil de deslindar.

Estos ejemplos no vienen sino a demostrar el impacto y el daño macrosocial que puede estar ligado a la actividad de los sujetos económicos más relevantes de nuestra era. Así, en un mundo globalizado, marcado por la ideología del libre mercado y el desarrollo tecnológico, el auge del fenómeno asociativo y el incremento del poder económico y político de las empresas ha dado origen a una nueva forma de criminalidad económica y transnacional que responde a formas de comportamiento colectivo.

De ahí la importancia de preguntarse si, en este escenario, es posible aún sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal dejándolas al margen del mecanismo de control social más enérgico con que cuenta el Estado para neutralizar su comportamiento criminal.

El resurgimiento de este tema se relaciona con una discusión más general relativa a las funciones que en la actualidad le competen al Derecho Penal el

que, de mecanismo de control retrospectivo de conductas individuales, ha devenido en mecanismo de control de las disfunciones sociales. De este modo, el centro de preocupación de la política criminal actual son la criminalidad económica y organizada, la responsabilidad por productos defectuosos y la protección penal del medio ambiente. Todos ellos, son ámbitos marcados por modelos de conducta colectiva, siendo las empresas sus principales agentes.

Por esta razón, parte de la doctrina del derecho penal, con un criterio principalmente de política criminal, comenzó a presentar objeciones a la aplicación tajante del principio *societas delinquere non potest*. Se afirma, entre otras cuestiones, que las personas jurídicas son utilizadas para lograr la impunidad en determinados tipos de delitos pues al interior de organizaciones complejas donde impera el principio de jerarquía y de división del trabajo, la toma de decisión de cometer el ilícito se despersonaliza, o bien, instada la persecución penal, resulta muy dificultoso detectar al verdadero sujeto responsable, con lo que se generan importantes lagunas de punibilidad.

OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA.

En esta investigación se expondrá el estado actual de la discusión jurídico penal relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, abordando las tres preguntas esenciales que plantea este tema. Según SCHÜNEMANN la cuestión central es determinar si es político-criminalmente imprescindible, dogmáticamente construible y constitucionalmente legitimable un Derecho Penal de entidades colectivas bien desarrollado³.

En primer lugar, habrá que indagar cuáles son los ámbitos de mayor incidencia de la llamada “criminalidad de empresa”. Se podrá constatar que la

³ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 565.

mayoría de los delitos socio-económicos son cometidos en el contexto de actuaciones que se realizan en interés de una empresa, por lo que se trata de un tema fundamentalmente asociado al Derecho Penal económico (Capítulo I).

Luego, exponiendo cuáles son las características fundamentales de la criminalidad empresarial, definidas por la complejidad de las relaciones sociales de la moderna sociedad postindustrial (Capítulo II), se podrá identificar cuáles son los problemas concretos que ésta plantea para el sistema penal y el por qué de los altos índices de impunidad que se constatan en este ámbito (Capítulo III).

Ante los problemas de imputación que esta nueva realidad criminológica genera para el sistema penal surgen dos posibles modelos de solución.

En el Derecho Penal liberal, construido sobre la noción de individuo (persona humana), las respuestas se dan a nivel de sistemas de imputación individual, es decir, se demanda una adecuada configuración del modelo de responsabilidad penal individual que permita la identificación de los sujetos responsables de los ilícitos cometidos en el seno de una empresa. Este es el modelo tradicional seguido por casi todos los países del sistema eurocontinental de tradición germánica, donde se reconoce el principio *societas delinquere non potest* (Capítulo IV).

Una segunda alternativa, como modelo paralelo o complementario al primero, es considerar sujeto de imputación penal a la propia persona jurídica, o sea, sancionar a la empresa misma. Los criterios para atribuirle responsabilidad en el Derecho Comparado son básicamente dos. En el primero, el acto del órgano de la persona jurídica es considerado como falta de la empresa, el hilo conductor es la clásica teoría de la identificación, es decir, una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella. En el segundo, la responsabilidad por un determinado ilícito se funda en una organización deficiente de la corporación (Capítulo V).

Si bien se podrá apreciar que, hoy en día, el enfoque político criminal tiende, sin dudas, a favorecer la aceptación del principio *societas delinquere potest*, la dogmática tradicional y, principalmente, el principio de culpabilidad, aparecen inconciliables con la postura de que personas jurídicas puedan ser sujetos activos de delito.

A pesar de ello y contrariamente a lo sostenido por la mayoría de la doctrina chilena, el objetivo de este trabajo será dar una respuesta afirmativa a las preguntas planteadas por SCHÜNEMANN.

Primero, procurando probar que la nueva realidad criminológica y la insuficiencia de los sistemas de imputación individual para resolver la problemática planteada por la criminalidad de empresa hace político criminalmente imprescindible un Derecho Penal de entidades colectivas bien desarrollado. Los modelos de responsabilidad individual ponen en evidencia sus deficiencias porque no sólo no atacan la actitud criminal de grupo o los defectos de organización que ponen en riesgo bienes jurídicos, sino que tampoco colman los efectos preventivos esperados por la norma penal dada su escasa aplicabilidad.

A su vez, será imprescindible determinar si las necesidades político criminales de prevención y represión de la criminalidad de empresa se satisfacen reconduciendo este fenómeno delictual al Derecho Administrativo sancionador. Ello exige establecer los criterios de diferenciación entre injusto penal e injusto administrativo y dilucidar si es efectivo que la aplicación de una sanción administrativa no está sujeta al mismo marco garantista que caracteriza a la sanción penal permitiendo sortear las dificultades de una responsabilidad propiamente penal de la empresa (Capítulo VI).

Frente a los obstáculos dogmáticos y de legitimidad constitucional, no se pretenderá plantear que la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas esté justificada lisa y llanamente por las imposibilidades probatorias del sistema de responsabilidad individual sino evidenciar que tales

dificultades provienen de los inconvenientes de la dogmática desarrollada desde la responsabilidad individual para solucionar los problemas ocasionados por grupos organizados. Las soluciones dogmáticas deben pasar, necesariamente, por dar cabida a problemas de orden político criminal.

Como señala BARBERO, “la cuestión sigue abierta, pese a su enorme trascendencia, ya que, al contrario de otros temas que hace pocos años planteaban dudas y que hoy están claramente resueltos en un determinado sentido, ya sea en el terreno doctrinal, en el político criminal o en ambos, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede seguir formulándose como pregunta”⁴.

Por ello, en este trabajo no se pretende formular una propuesta novedosa ni dar una respuesta concluyente a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino, a partir del análisis de las diversas propuestas y modelos teóricos diseñados por la moderna doctrina y las soluciones ofrecidas por el Derecho Comparado europeo y comunitario (Capítulo VII), extraer los elementos que permitan construir un modelo especial diseñado a partir de las especiales características de estos entes colectivos.

Considerando que la evolución a nivel internacional, marcada por la larga experiencia de los países anglosajones en la materia, muestra una clara tendencia a favor de la sanción penal de las personas jurídicas, resulta esencial finalizar este trabajo haciendo referencia al tratamiento de este tema en la legislación y doctrina nacional (Capítulo VIII).

⁴ BARBERO SANTOS, M., citado por RODRÍGUEZ ARIAS, A. M., “Derecho Penal y protección del medio ambiente”, Ed. Colex, Madrid, 1992, pág. 205.

DELIMITACION DE CONTENIDOS

El replanteamiento histórico del asunto normalmente ha venido de la mano de consideraciones relativas a la naturaleza ficticia o real de las personas jurídicas. No obstante, la moderna doctrina y los aportes más significativos en esta materia como los de TIEDEMANN y SCHÜNEMANN, prescinden de dicha discusión.

Como bien señala COUSIÑO, “toda discusión en torno a la consideración jurídica de la personalidad de los entes morales, en sede de Derecho Penal, es ociosa e inútil, al menos en lo que se refiere a su posibilidad de actuar como sujeto activo de los delitos: el hecho humano –base fundamental de cualquier concepto de delito- no puede llevarse a cabo por una persona jurídica, aún en el caso en que se admita que tiene una existencia real”⁵.

Por esta razón, los modernos estudios analizan la noción de persona jurídica como organización y a ésta como un sistema social.

Es característico de una organización estar encaminada hacia fines u objetivos específicos, poseer una estructura diferenciada horizontal y vertical, un sistema de roles individualmente asignados y la racionalidad, es decir, la manera como la organización define su objetivo. Por su parte, la concepción de la organización como sistema social es dominante hoy en la teoría de las organizaciones. Se trata de una formación social continente de diversos subsistemas (grupos, individuos, etc) y contenido a su vez en sistemas más amplios (Comunidad, Sociedad, etc).

No es posible aquí hacer un análisis detallado sobre las teorías de la organización y los sistemas autopoyéticos de LUHMANN, ya que ello excedería con creces los fines de este trabajo, sólo cabe precisar que tales concepciones evidencian que grupos organizados como la empresa vienen a ser un sistema

⁵ COUSIÑO MAC IVER, L., “Derecho Penal chileno: parte general”, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975, pág. 277.

propio, distinto de sus componentes, con una filosofía y un comportamiento de grupo.

Como puede observarse, el objeto de estudio es la persona jurídica como empresa. La empresa puede ser concebida como una entidad que se caracteriza por su función económica: producción, distribución y prestación de servicios. Constituye una unidad económica y sujeto del tráfico económico y jurídico a través de su personería jurídica⁶.

Lo habitual, será que la mayor parte de los empresarios (personas jurídicas) desplieguen su actividad bajo la forma de una sociedad mercantil. Y en este sentido, como señala MUÑOZ CONDE “la frecuencia y facilidad para cometer delitos económicos en el ámbito de las sociedades mercantiles, especialmente de responsabilidad limitada y anónimas, explica que se haya pedido, por lo menos para este sector, la abolición del clásico principio *societas delinquere non potest*”⁷.

Si bien es cierto que la forma paradigmática que asume la persona jurídica en el tráfico económico es la de una sociedad mercantil, en particular, como sociedad de capital (lo que le permite a los socios limitar su responsabilidad), las restantes formas societarias con personalidad jurídica de Derecho Privado no quedan excluidas de las consideraciones de este trabajo. Aún las personas jurídicas distintas a las mercantiles, que no tienen por fin desarrollar una actividad empresarial -corporaciones y fundaciones- pueden desarrollarla de manera instrumental para los fines de la asociación. Precisamente es en el desarrollo de actividades no enmarcables propiamente entre los fines de la asociación, donde ocasionalmente pueden darse actividades ilícitas.

⁶ ZÚÑIGA, L., “Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”, 2º edición, Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pág. 43.

⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 277.

Cabe tener presente que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las asociaciones sin personalidad jurídica, como las sociedades de hecho, es un hecho particularmente discutible. Existen ordenamientos jurídicos como el holandés que hacen extensiva la responsabilidad penal a éstas y otros, como el francés, que las excluyen expresamente. Nuestro estudio se enfoca en las asociaciones con personalidad jurídica porque el que posean este reconocimiento jurídico resulta relevante para concebirlas como sujetos de imputación, es decir, titulares de derechos y obligaciones.

Otro aspecto controvertido es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de Derecho Público. No se discute que éstas puedan cometer las mismas infracciones que las entidades privadas, principalmente en el ámbito de la actividad empresarial del Estado y que en ellas se plantean los mismos problemas jurídico penales para la individualización de responsabilidades. Tampoco puede dudarse que ante los ilícitos cometidos por éstas, la exclusión de su responsabilidad penal implicaría un tratamiento privilegiado contrario al principio de igualdad.

Por ello, no han sido excluidas del debate y se han incorporado como sujetos activos de delito en algunas de las legislaciones que contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como la francesa. También en el Derecho Comunitario de la libre competencia, el tratamiento de las empresas privadas y públicas es el mismo. No obstante, en esta investigación, no se abordarán los problemas específicos que éstas podrían plantear, como es la objeción de que, al pertenecer a la Administración estatal, si la sancionamos, estaríamos sancionando al Estado mismo, lo que inevitablemente repercutiría en toda la sociedad.

Tampoco se desarrollará en particular el tema referente a la responsabilidad penal del Estado, propio del Derecho Internacional Público. Como señala VERVAELE, “El argumento de la igualdad ante la ley (penal) puede difícilmente ser considerado como determinante en materia de responsabilidad penal del

Estado... El Estado se pagaría a sí mismo una multa. El Estado no puede ser privado de sus derechos. En caso de confiscación, los bienes obtenidos regresan al Estado... En conclusión, la aceptación de la responsabilidad penal y de la posibilidad de perseguir al Estado, conduciría a nuevos problemas”⁸.

⁸ VERVAELE, J, “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Historia y desarrollos recientes”, En: Revista Nueva Doctrina Penal 2003/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, noviembre 2003, pág. 508.

CAPITULO I. ÁMBITO DEL PROBLEMA: DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA. CONCEPTO DE DELITOS ECONÓMICOS

Ante la criminalidad de la marginalidad y la miseria que –en palabras de SCHÜNEMANN- ha constituido el primero y más duradero objeto de la institución estatal que se denomina “Derecho Penal”⁹- surge, a fines de los años treinta, un nuevo foco de preocupación científica originada por la categoría criminológica acuñada por SUTHERLAND: “la delincuencia de cuello blanco”, cuya principal manifestación se produce en el ámbito económico.

Si bien hoy, desde el punto de vista de la dogmática penal, la definición de delito económico no se centra exclusivamente en las características específicas del autor sino, ante todo, en la determinación del bien jurídico digno de protección penal -como señala BAJO- “el mérito del descubrimiento de SUTHERLAND, estriba en presentar a la delincuencia como algo no privativo de una clase social, y demostrar la existencia de una delincuencia en las clases superiores y dirigentes de la sociedad”¹⁰. Además, es a partir de entonces que la Ciencia del Derecho Penal vuelca su atención al estudio de la delincuencia económica¹¹.

En términos muy generales se puede definir el Derecho Penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico¹².

⁹ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 568.

¹⁰ BAJO FERNANDEZ, M, “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, Ed Civitas, Madrid, 1978, pág. 47.

¹¹ BAJO FERNANDEZ, M, “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 32.

¹² BAJO FERNANDEZ, M, “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 36.

No es pacífica la doctrina a la hora de elaborar un concepto más preciso de Derecho Penal económico y es evidente que, siendo las modalidades de esta clase de delincuencia tan variadas y heterogéneas, se presentan las mismas dificultades a la hora de definir el delito económico y de identificar qué figuras pueden ser reconducidas a esta categoría.

No es el objetivo de este trabajo fijar los contornos precisos de lo que debe entenderse incluido bajo la denominación de “delito económico” ni abordar los diversos problemas que plantean las particulares características del Derecho Penal económico, salvo aquella que es atinente a esta investigación, cual es la referida a la autoría y participación. Por ello, para los fines de esta investigación se partirá de un concepto amplio que si bien pierde en precisión, gana en extensión para permitir abarcar las más diversas formas de delincuencia que pueden verificarse en la actividad empresarial, dado que es la criminalidad de empresa la que constituye nuestro centro de atención.

Desde una perspectiva conciliadora -explica TIEDEMANN- el concepto de delito económico comprende, en primer término, las trasgresiones en el ámbito del Derecho Administrativo Económico, o sea contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Abarca también las infracciones en el campo de los demás bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la vida económica, los cuales, por necesidad conceptual, trascienden los bienes jurídicos individuales. E incluye, finalmente, los delitos patrimoniales clásicos (estafa, extorsión, defraudación, cohecho, etc) cuando éstos se dirigen contra patrimonios supraindividuales (como los casos de obtención fraudulenta de subvenciones o créditos estatales) o cuando constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica (como en las hipótesis de un cheque en descubierto o un falso balance)¹³.

¹³ TIEDEMANN, K, “Poder económico y delito”, Ed Ariel, Barcelona, 1985, pág. 12.

Lo que interesa aquí resaltar es que la cuestión relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha puesto nuevamente en debate por el Derecho Penal Económico. Entre las características particulares que se predicen respecto a éste, a nivel de Parte General, está la constatación de que esta clase de figuras delictivas se cometen ordinariamente por personas jurídicas, especialmente empresas y, en ciertos casos, exclusivamente por éstas, como es el caso de los delitos contra la libre competencia¹⁴. Tanto es así, que dentro de los criterios que se discuten para configurar la categoría de delitos económicos esta la consideración de éstos como delitos empresariales.

Por esta razón, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un asunto central en el Derecho Penal económico y concretamente en el Derecho Penal de la empresa¹⁵.

Sin embargo, es importante aclarar que los conceptos Derecho Penal económico y Derecho Penal de la empresa, no son enteramente coincidentes.

¹⁴ También lo afirma, BAJO FERNANDEZ, M., "Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial", op. Cit., pág. 110: "En una parte sustancial de los delitos económicos media la actividad de una sociedad mercantil. Resulta difícil que no aparezca implicada una sociedad de esta clase en actividades tales como la quiebra, competencia desleal, espionaje industrial, acuerdos cartell, actividades monopolísticas, delitos monetarios, usura, etc. Dicho de otro modo, nos encontramos ante delitos cometidos a través de entidades colectivas organizadas.

¹⁵ Estudios científicos han demostrado que una gran cantidad de delitos que se perpetran en la sociedad han sido cometidos en el seno de una empresa económica, de los cuales muchos de ellos permanecen en la cifra negra. En este sentido, ACHENBACH, H., "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", En: "Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal" Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 381, destaca que un estudio hecho por el *Max-Planck Institut* en Alemania demostró que el 80% de los delitos económicos que se cometieron en ese país durante los años 1974 y 1985 se habrían cometido en relación con una actividad del principal inculpado dentro de una empresa. También, BARBERO SANTOS, M., "¿Responsabilidad penal de la empresa?", En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 28: "Las personas jurídicas, o mejor, los entes colectivos, ocupan en la vida económica y social de nuestros días un puesto preeminente...A ello se une la constatación de que el 75% de los casos más graves de delincuencia económica se realiza bajo la cobertura (*Deckmantel*) de un ente colectivo, tenga o no responsabilidad jurídica".

Los delitos económicos no son siempre, y necesariamente, cometidos por empresas, pero se advierte que en la mayor parte de los casos, y sin duda, en los más importantes, éstos se llevan a cabo en el seno de una empresa. Los delitos económicos cometidos por éstas son los que producen efectos más lesivos por la cuantía de sus efectos y por el número de personas afectadas.

Por otro lado, los delitos empresariales -como afirma DE FARIA- no se circunscriben exclusivamente al ámbito descrito por el llamado Derecho Penal económico, por cuanto las tensiones sociales, los conflictos que se generan a través de la empresa, se extienden a otros campos bien diferenciados (v. gr, Derecho del medio ambiente, seguridad del trabajador en la empresa), aún cuando -como reconoce el citado autor- es indiscutible que fue la fenomenología atinente a la criminalidad económica, sustentada en la empresa, la que suscitó los primeros estudios, no sólo criminológicos, sino también de naturaleza dogmática¹⁶.

Así, conductas como el tráfico de drogas y el tráfico ilegal de armas, entre otras, llevadas a cabo por organizaciones empresariales, no siendo delitos económicos propiamente tales cabrían en la calificación de delitos empresariales. No obstante, en esta clase de ilícitos, como manifestaciones de la moderna criminalidad organizada, la empresa puede ser tratada como asociación ilícita en la mayor parte de los casos. Por ello, el verdadero problema respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se presenta respecto de aquellos delitos cometidos en el seno de empresas que persiguen fines lícitos.

¹⁶ DE FARIA COSTA, J., "La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos", En: "Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal", Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 429.

Este es el caso, por ejemplo, de los daños ocasionados al medio ambiente en el contexto de toda actividad industrial y muy especialmente en el caso de aquellas empresas que manipulan sustancias altamente peligrosas. En este ámbito, los infractores no suelen ser individuos aislados (salvo en los supuestos de incendio, por ejemplo) sino sociedades mercantiles, muchas de ellas multinacionales de gran poder económico.

En resumen, se ha destacado que gran parte de los delitos económicos y los de mayor impacto y dañosidad social, son cometidos a través o en beneficio de una empresa (persona jurídica), fenómeno que se denomina “criminalidad de empresa”. En este sentido, es preciso –como plantea SCHÜNEMANN¹⁷- distinguir entre “criminalidad de empresa” y “criminalidad en la empresa”. Esta última expresión alude a aquellos delitos que se llevan a cabo por los operarios de una empresa contra el propio establecimiento empresarial o contra otros operarios de éste, los cuales pueden ser reconducidos sin dificultad a las reglas generales de los delitos comunes.

Nuestro interés es la “criminalidad de empresa”, entendida como todos aquellos delitos socioeconómicos (en sentido amplio) cometidos en el ámbito de las actividades del tráfico jurídico y económico de una empresa. Ello porque es aquí donde se presentan problemas específicos de imputación penal, que derivan de la compleja organización empresarial. En concreto, en palabras de MARTINEZ-BUJÁN: “tales problemas son debidos fundamentalmente a la escisión que se produce en el seno de la empresa entre los sujetos que ejecutan inmediatamente la conducta delictiva (que en ocasiones ni siquiera serán criminalmente responsables) y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal que han trazado el plan ejecutivo”.¹⁸

¹⁷ Citado por MARTINEZ – BUJÁN, C., “Derecho Penal Económico: parte general”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 68.

¹⁸ Op. Cit, pág. 193.

CAPITULO II. CARACTERISTICAS DE LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA EN LA SOCIEDAD ACTUAL

INTRODUCCION

Es indispensable exponer cuáles son las características de la llamada “criminalidad de empresa” para comprender los desafíos que está suponiendo para un sistema penal que se ha mostrado insuficiente para enfrentar las nuevas formas de criminalidad. Esto resulta de especial relevancia, si se tienen presentes los costes económicos y sociales que esta delincuencia genera, los que, sin duda, desplazan en importancia a la llamada “criminalidad clásica”.

CRIMINALIDAD DE EMPRESA COMO CRIMINALIDAD ECONOMICA Y DE CUELLO BLANCO.

En sus aspectos más elementales, este tipo de criminalidad se caracteriza, en primer lugar, por tener como móvil esencial el afán de lucro, lo que explica que se le dé a esta delincuencia un carácter predominantemente económico y, en segundo lugar, por corresponder, desde el punto de vista de sus agentes, a lo que SUTHERLAND denominó “criminalidad de cuello blanco”. Desde esta última perspectiva, conviene apuntar que –como SUTHERLAND anticipó- el delito de cuello blanco debía ser considerado un delito organizado, producto de la cooperación entre varios actores y generado en el seno de estructuras colectivas. No por nada uno de los desarrollos más significativos de su teoría – como el de CLINARD y YEAGER- se deslizó hacia el *corporate crime* o delito corporativo, en tanto era evidente que si, en general, los delitos de cuello blanco se cometen mediando una organización, alguna forma de coordinación entre

varias personas o una cierta preparación, ésta era mucho más visible en el terreno de las corporaciones¹⁹.

Siendo la delincuencia económica el terreno más fértil de la criminalidad empresarial, conviene comenzar apuntando las particularidades de ésta desde el punto de vista de su importancia y efectos.

Estos delitos deparan a su autor beneficios financieros cuantiosos que son correlativos a los enormes perjuicios materiales que ocasionan para el propio sistema económico²⁰.

Si bien, los daños característicos de la delincuencia económica son los financieros, más importantes que éstos son los atentados contra la vida, la integridad física y la salud como puede observarse, especialmente, en el ámbito de los productos defectuosos y en materia medio ambiental. A esto debe sumarse el impacto causado por los efectos “inmateriales” para la economía de mercado. Deforman los mecanismos legales de fijación de precios, restringen o eliminan la libre competencia y, en definitiva, desacreditan y perjudican el sistema mismo que descansa en la confianza en el recto funcionamiento del tráfico de las fuerzas económicas. Como señala BAJO: “Estos efectos no se producen, la mayor parte de las veces, de forma inmediata, sino remota. Por ejemplo, quien elude sus obligaciones fiscales para cubrir más cómodamente los gastos de amortización de una moderna maquinaria, realiza una infracción cuyos efectos sufre directamente la Hacienda pública. Pero de manera mediata afecta al equilibrio del mercado, ya que se procura una ventaja económica

¹⁹ Sobre el delito corporativo, VIRGOLINI, J., “Crímenes excelentes: (Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción)”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 78 a 84.

²⁰ Así, por ejemplo, TIEDEMANN, K, “Lecciones de derecho penal económico”, PPU, Barcelona, 1993, pág. 255, señala que, en septiembre de 1983 el Ministro de Economía y Hacienda español, Boyer, estimó que la cifra que como consecuencia de la evasión fiscal, dejaba de percibir el Estado era un billón de pesetas anuales. En Alemania, la Oficina Federal de investigaciones Criminales valoró hace años en 10 mil millones de marcos los daños en las licitaciones públicas como consecuencia de acuerdos sobre precios en la industria de la construcción.

frente a los concurrentes y consumidores que facilita el logro de una situación monopolística”²¹.

La especial gravedad de los delitos económicos se acentúa si se consideran ciertos efectos característicos de ellos. El “efecto de resaca o espiral” supone que un comportamiento desleal en materia de libre competencia forzaría al competidor a actuar del mismo modo, generándose así la comisión de nuevos delitos en una suerte de efecto de contagio. También se habla de la “reacción en cadena” para significar que de las víctimas inmediatas de un delito económico de elevados daños materiales, se suceden nuevas potenciales víctimas porque se transmiten de unos a otros las dificultades de pago, las crisis, las quiebras, sobre todo en periodos de recesión económica. Y a estos dos fenómenos se suma el hecho de que los delitos económicos reclaman, complementariamente, otros delitos secundarios (como la falsificación de documentos, por ejemplo) y el alto poder corruptor que esta delincuencia ejerce sobre la Administración pública²². En este último sentido, se hace patente porque la delincuencia económica empresarial se concibe como la “criminalidad de los poderosos” dada sus vinculaciones con el poder político.

LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL ES DE CARÁCTER COMPLEJO

Además de su naturaleza eminentemente económica, la criminalidad empresarial se caracteriza por su carácter complejo. Esto es consecuencia obvia de la propia complejidad de la organización empresarial que ha desplazado a la tradicional figura del empresario unipersonal. Como señala ZÚÑIGA, “La criminalidad organizada, la criminalidad económica, la criminalidad

²¹ BAJO FERNANDEZ, M, “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit, pág. 51.

²² BAJO FERNANDEZ, M, “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit, pág. 50 a 53.

del poder tiene como núcleo común la organización. Pero debe decirse que la forma de organización predominante es la empresa, pues al producirse un proceso de interdependencia por la globalización, se ha originado una suerte de estandarización de las organizaciones hacia formas de estructura y fines de tipo empresarial”²³.

En la empresa, como organización, estructurada racionalmente hacia la consecución de ciertos fines específicos e integrada por un número importante de miembros, se hará indispensable, en primer lugar, la división del trabajo. La división de funciones, supone la distribución de competencias y la definición de roles al interior de la organización, lo que puede verificarse en el plano vertical (organizaciones estructuradas jerárquicamente) o en el plano horizontal (organizaciones estructuradas democráticamente). La coordinación de las diversas funciones requiere la existencia de un sistema de toma de decisiones y un sistema de control y vigilancia del cumplimiento de esas decisiones. Y en este plano, tratándose de organizaciones de carácter complejo en que las funciones y las decisiones se reparten, se producirá normalmente una fragmentarización tanto en las decisiones como en la ejecución de las diversas actividades que requiere realizar la empresa para la consecución de sus fines. Con respecto al deber de vigilancia y control, se encuentra como contrapeso el principio de confianza.

Mientras mayor sea el número de integrantes de la organización, más indispensable se hará la división del trabajo, una reglamentación, la delimitación de competencias, definición de roles y delegación de autoridad. En esa medida la organización se hará independiente de sus miembros y las relaciones se harán más objetivas e impersonales. “Cuando la organización se independiza de sus miembros, cuando se despersonaliza y se institucionaliza, es cuando podemos hablar de organizaciones complejas. Y es en estos casos en que la

²³ ZÚÑIGA, L, op. Cit, pag 74.

responsabilidad individual propia del Derecho Penal va a plantear problemas para su determinación y donde se puede considerar la posible criminalidad de grupo”²⁴.

Esto es especialmente claro ante los grandes grupos económicos y empresariales, las uniones de empresas –*trusts, holdings, etc*- son fenómenos en creciente auge que acentúan la especial complejidad de la actividad empresarial.

CARACTERISTICAS DE LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA FRENTE AL FENOMENO DE LA GLOBALIZACION Y LA INTEGRACION SUPRANACIONAL. INTERNACIONALIZACION DE LA DELINCUENCIA ECONOMICO-EMPRESARIAL

Ciertos fenómenos propios de las sociedades postindustrializadas le atribuyen nuevos rasgos a esta clase de criminalidad. Me refiero al fenómeno de la globalización económica y la integración supranacional.

La globalización es un fenómeno multidimensional (cultural, tecnológico, social, etc.) que desde una perspectiva económica, se caracteriza por la liberación y la apertura de las economías a nivel mundial y que- como indica SILVA- se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados²⁵. Este es el resultado de la creciente integración comercial y financiera que vive el mundo después de la segunda guerra mundial y constituye hoy un proceso que ha llevado a una creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países a tal punto que ha llegado a erosionar inexorablemente el concepto de soberanía nacional.

²⁴ ZÚÑIGA, L, op. Cit, pág. 67.

²⁵ SILVA SANCHEZ, J. M., “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Ed. Civitas, 2º edición, Madrid, 2001, pág. 85.

Ante la liberación económica y la apertura de los mercados, la necesidad de eficiencia y la fuerte competitividad internacional producen cambios organizacionales al interior de la empresa que puede alcanzar una mejor posición competitiva al ganar flexibilidad a través de su expansión territorial. En definitiva, la globalización de los mercados trae como efecto el fenómeno universal de la internacionalización de las empresas. La creación de grandes transnacionales es decir, firmas de gran tamaño en los sectores industriales, financieros y de servicios que actúan en países diversos a aquél de donde proviene el capital y donde se encuentran sus directivos, es una evidencia de ello.

A la transnacionalización de las empresas deben sumarse las características de concentración de mercado, esto es, el auge y la velocidad con que se nuclean las compañías, se fusionan y absorben, creando verdaderas macro empresas y gigantes económicos. Estas circunstancias, junto con los progresos de las comunicaciones y sistemas informáticos, procuran el marco adecuado para imponer un ritmo a sus actividades, que las mantiene muy lejos del control del Estado²⁶.

Desde el punto de vista político criminal, resulta difícil mantener el control de dichas entidades porque sus formas jurídicas y su internacionalización se prestan fácilmente para la corrupción y la intervención en redes ilícitas ya que, en ellas, se diluyen las responsabilidades individuales de sujetos concretos, se propagan las conductas delictuales más allá de las fronteras del Estado mediante una serie de filiales repartidas por el mundo que en muchas ocasiones no son más que herramientas o instrumentos de la empresa madre que es la que diseña las políticas generales del grupo y que puede propiciar el desarrollo de actividades ilícitas. En este sentido, se habla del “velo” de las

²⁶ CATANIA, A. J., “Delitos económicos, responsabilidad de la persona jurídica, ley penal tributaria, delitos de daños, necesidad, medios y problemas”, En: Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho? N° 2, Ed. Fabian J. Di Pacido, Buenos Aires, diciembre 2001, pág. 168.

sociedades transnacionales, como “un impedimento de orden jurídico formal, subsiguiente a la presencia de una sociedad multinacional (caracterizada por ser una empresa única desde el punto de vista económico y múltiple desde el punto de vista jurídico), gracias al cual la sociedad-madre puede no responder de la actividad filial, tanto penal como civilmente”²⁷.

Como señalábamos, durante las décadas posteriores a la segunda guerra mundial, se ha desarrollado una fuerte tendencia hacia la creación de acuerdos regionales de integración. También la integración es básicamente una noción económica. La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones²⁸.

El efecto de la globalización e integración es la aparición de una forma de criminalidad organizada, de carácter eminentemente económico-empresarial y transnacional. Como señala SILVA “el paradigma del Derecho Penal de la globalización es el delito económico organizado, tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada”²⁹.

²⁷ Así lo define SCOVAZZI, T., citado por RODRIGUÉZ ARIAS, A. M., “Derecho Penal y protección del medio ambiente”, Ed. Colex, Madrid, 1992, pág. 215. Como señala NIETO MARTIN, A., “Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia” En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 123: “El tema ha sido objeto de una copiosa jurisprudencia por el Tribunal de Justicia de la CE y de innumerables decisiones de la Comisión Europea, quienes partiendo del concepto de “unidad económica” han dado un buen número de criterios acerca de cuando la actuación de empresas filiales puede ser imputada a la empresa madre”.

²⁸ SILVA SANCHEZ, J.M, “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. Cit, pág. 86.

²⁹ SILVA SANCHEZ, J.M, “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. Cit, pág. 99.

En este escenario los Estados que se integran económicamente se ven en la necesidad de aunar criterios en materia de política criminal y, a lo menos, armonizar sus legislaciones penales, porque “las fronteras se abren no sólo para los ciudadanos, sino también para la delincuencia que aprovecha los canales del comercio internacional para moverse a sus anchas”³⁰.

La globalización económica y las manifestaciones criminales que se conectan a ella no pueden ser afrontadas de manera eficaz sólo con los instrumentos ofrecidos por el derecho interno. BERNARDI señala que opciones punitivas diferentes de un Estado a otro se revelan fuertemente contraindicadas en cuanto: a) favorecen la creación de lugares privilegiados para la criminalidad organizada de carácter transnacional; b) alteran las condiciones del mercado, en virtud de la variación del “costo del delito”, es decir, del coeficiente de desincentivación generado por la sanción; c) implican niveles diversificados de tutela entre individuos de distinta nacionalidad expuestos a los mismos fenómenos criminales; d) comprometen la posibilidad de conocimiento de los preceptos y de las relativas penas por parte de aquellos sujetos que operan contemporáneamente dentro de una pluralidad de ordenamientos; e) tienden a vanificar los efectos de “prevención general” en íntima relación con las reglas de conducta y por tanto, especulativamente, a atenuar la reprobación social hacia comportamientos que, en Estados geográficamente vecinos y socioculturalmente similares, vienen evaluados de un modo diverso o de cualquier modo de manera no coincidente en cuanto al nivel de desvalor³¹.

Por esto se reclama, en primer lugar, una mayor cooperación y coordinación de la actividad judicial y policial entre los distintos países y sobre todo, ante la necesidad de evitar la conformación de verdaderos “paraísos jurídico penales”,

³⁰ ZÚÑIGA, L, op. Cit, pág. 71.

³¹ BERNARDI, A, “El Derecho Penal entre la globalización y el multiculturalismo”, En: Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo N°4, Ed. Legis, Bogotá, julio – septiembre 2003, pág. 14.

la necesidad de armonización de las respectivas legislaciones penales, llegando algunos más lejos, proponiendo la unificación³² de tales legislaciones al menos en ciertos ámbitos. En la Unión Europea, el proceso de armonización ha reabierto la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que es evidente el desequilibrio que se deriva, en el plano sancionador, de las diferentes tradiciones jurídicas de sus Estados miembros.

CRIMINALIDAD DE EMPRESA EN LA “SOCIEDAD DE RIESGOS”

Otro aspecto que cabe resaltar y que influirá en la forma de entender la criminalidad empresarial es la caracterización del modelo social postindustrial en que vivimos como una “sociedad de riesgos”. Este término de enorme difusión desde la obra de ULRICH BECK hace referencia específicamente al problema del tratamiento de los riesgos derivados del desarrollo tecnológico.

El extraordinario desarrollo de la técnica, particularmente a partir de la década del 70, ha generado enormes progresos en todas las áreas pero ha significado un incremento de los riesgos a los que los ciudadanos estamos expuestos frente a las decisiones que otros adoptan en el manejo de tales avances técnicos. La sociedad demanda, ante esta nueva realidad, la intervención del Derecho penal con el fin de contener y prevenir las consecuencias lesivas a bienes jurídicos derivados de la materialización de ciertos riesgos que se considera, exceden los márgenes tolerables.

La incertidumbre, inherente a toda acción humana, aumenta hasta niveles próximos a la ignorancia cuando la acción en cuestión tiene lugar a través de medios tecnológicos, que tienden a multiplicar las consecuencias de la acción: no sólo intensificando su efecto (un producto químico es más mortal que un

³² En este sentido, PAGLIARO, A., “Límites a la unificación del Derecho Penal europeo”, *En*: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 689 a 696.

disparo o una cuchillada), sino diversificándolo (el producto químico, además de atacar la vida humana, puede atacar también la salud, el medio ambiente, la vida de los animales, etc)³³. No es difícil imaginar el peligro que representa, por ejemplo, la utilización de energía nuclear, y los daños imprevisibles e incalculables que se producirían ante el mínimo defecto o error, completamente desproporcionados a la negligencia o culpa.

Este sentimiento de inseguridad colectiva explica porqué, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho Penal y aún frente a las objeciones que se plantean a este nuevo Derecho Penal del riesgo, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal en que se adelante la punición a la puesta en peligro del bien jurídico (por ello el recurso a los tipos de peligro, especialmente abstracto) y a nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo (como el medio ambiente, la estabilidad en la economía, la salud pública, etc).

En este contexto, la empresa se presenta hoy como uno de los principales agentes generadores de riesgos. Como explica ZUÑIGA “en estas sociedades el progreso se estructura fundamentalmente mediante organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas como empresas, transnacionales, corporaciones, sociedades, etc. que, bajo la estructura de la persona jurídica, tienen delimitado su riesgo patrimonial a lo estrictamente aportado por los socios. Efectivamente, muchos de los riesgos sociales están presentes en la producción industrial, que se realiza en la actualidad a través de organizaciones empresariales complejas”³⁴. Según la citada autora, estos riesgos para bienes jurídicos fundamentales pueden desarrollarse en tres momentos: En el propio proceso de producción (en el caso de los accidentes

³³ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Sobre el concepto de Derecho Penal del Riesgo: algunas notas”, En: Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo, N°4, Ed. Legis, Bogotá, julio – septiembre 2003, pág. 119.

³⁴ ZUÑIGA, L, op.Cit, pág, 80.

laborales); con los resultados producidos por la actividad industrial (en el caso de los productos defectuosos) y; los riesgos con los desechos industriales (que podrían producir delitos contra el medio ambiente, contra el patrimonio histórico, etc)³⁵.

Resulta evidente, que la criminalidad empresarial ha avanzado al hilo del desarrollo tecnológico. En el ámbito de la delincuencia dolosa, las nuevas técnicas han servido de instrumento para producir resultados especialmente lesivos y han dado origen a nuevas modalidades delictivas como son los delitos informáticos. Pero desde la perspectiva del riesgo, es el ámbito de la criminalidad imprudente la que cobra mayor relevancia, el centro de atención está en las consecuencias lesivas de los “fallos técnicos”.

Por esto, lo que interesa al Derecho Penal del riesgo son las conductas humanas en el manejo de la técnica en cuanto infringen un deber de cuidado que era exigible, debiendo previamente verificarse un juicio normativo sobre qué riesgos se consideran penalmente relevantes y cuáles son los riesgos permitidos y aceptados como necesaria consecuencia del progreso tecnológico.

Desde este punto de vista, entonces, corresponde determinar la responsabilidad de la empresa cuando por políticas de organización defectuosas o negligentes, produce graves daños a bienes jurídicos colectivos.

³⁵ Ibid

CAPITULO III. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA AL SISTEMA PENAL

PROBLEMATICA GENERAL QUE PLANTEAN LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD PARA EL DERECHO PENAL

El “viejo y buen Derecho Penal Liberal” se enfrenta a una nueva realidad criminológica. La criminalidad moderna de la era de la globalización, de la sociedad del riesgo, de carácter empresarial, complejo y transnacional, poco se condice con la visión del delito que sirvió de base a toda su construcción dogmática. Desde el nacimiento del Derecho Penal, los delitos se concibieron como obra de un sujeto individual que vulnera un bien jurídico individual y cuya víctima es así mismo una persona individual.

Esto contrasta con la constitución de nuevos objetos de protección -bienes jurídicos de carácter supraindividual o difuso- orientados a la regulación, mediante instrumentos penales, de realidades sociales novedosas (multiculturalismo, derechos de los consumidores, medio ambiente, libre competencia, por señalar algunos). Aunque éstos han sido recepcionados en la legislación penal, presentan una serie de problemas de concreción y justificación. De concreción porque en el afán de regular nuevas realidades sociales complejas la definición de su contenido específico ha resultado problemática y con ello también se dificulta la determinación de cuáles son las acciones que pueden lesionarlo o ponerlo en peligro. De justificación, porque un bien jurídico definido en términos muy abstractos es difícil de justificar como objeto de protección penal.

Por otra parte, la consideración de bienes jurídicos colectivos redundando en la indeterminación de la víctima. Así, la víctima del delito deja de ser un sujeto individual perfectamente identificable, basta para ello recordar el efecto en cadena que generan los delitos económicos o la imposibilidad de determinar

quienes son las víctimas ante un delito ecológico cuyos efectos no siempre son coetáneos a la acción delictiva y que en muchos casos se materializan de manera diversificada en el tiempo afectando a un número incuantificable de personas. Además, siendo los bienes jurídicos conculcados de carácter colectivo, sujeto pasivo suele ser toda la sociedad.

Desde la perspectiva del Derecho Penal del riesgo, ya no debe esperarse la lesión del bien jurídico sino que debe contenerse el riesgo adelantando la intervención penal a su puesta en peligro. Características propias del Derecho Penal del riesgo son, entre otras, el uso preponderante de las técnicas de peligro abstracto en la tipificación (lo que puede vulnerar el principio de lesividad); el uso de leyes penales en blanco y la determinación de los límites del riesgo en leyes extrapenales (lo que puede conculcar el principio de legalidad).

Esta perspectiva ha sido duramente criticada por ciertos autores como HASSEMER y sus discípulos, para quienes se estarían abandonando los principios tradicionales del Derecho Penal liberal, traicionando con ello los paradigmas del Estado de Derecho³⁶.

La apertura de las economías a nivel global, dota a la nueva delincuencia de un carácter transnacional e incentiva la constitución de complejas estructuras empresariales que acentúan aún más los problemas de imputación propios de toda organización empresarial.

A ello debemos sumar los problemas que a nivel de imputación objetiva ha causado la multiplicidad de cursos causales que intervienen en el acaecimiento del resultado lesivo cuando se trata de comportamientos desarrollados al interior de estructuras complejas. La dificultad en la prueba de la causación del daño ha llevado a que la jurisprudencia flexibilice las garantías en materia probatoria.

³⁶ Por el contrario, otros como SILVA SÁNCHEZ piensan que la transformación del Derecho Penal es inevitable debido a los cambios sociales que se vienen produciendo.

Como puede observarse, las características criminológicas de la macrocriminalidad realizada por entes colectivos, dentro de la cual se inserta la criminalidad empresarial, plantea problemas concretos al sistema penal: problemas de legitimación frente a la asunción de nuevos bienes jurídicos de carácter difuso; indeterminación de los sujetos pasivos, indeterminación en los resultados, complejidad en el nexo causal, entre otros.

Para los fines de esta investigación lo que interesa es centrarnos en la problemática específica que plantea la concepción del delito como obra de un sujeto individual es decir, discernir qué problemas plantean los delitos cometidos en el seno de una organización compleja como la empresa frente al sistema responsabilidad individual propio del Derecho Penal y el cómo debe responder el Derecho Penal ante la constatación de que estos bienes jurídicos colectivos son lesionados o puestos en peligro mayoritariamente por empresas, sociedades o entes colectivos en general.

PROBLEMAS ESPECIFICOS QUE PLANTEA LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA FRENTE AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

En general se ha dicho, que el delincuente de cuello blanco goza de un inmerecido privilegio, esto es, suele ser inmune al sistema penal. Las causas que explican la impunidad de estos delitos son de diversa índole: sociológicas, psicológicas, jurídicas y políticas³⁷. Cuando el delincuente de cuello blanco es una organización compleja como la empresa, la razón jurídico penal que está detrás es la insuficiencia de los instrumentos dogmáticos de los que se dispone actualmente para atribuir la responsabilidad a los verdaderos sujetos

³⁷ Sobre las causas que explican la impunidad del delincuente de cuello blanco puede verse: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Reflexiones criminológicas y político criminales sobre la criminalidad de cuello blanco", En: Derecho Penal Hoy, Homenaje al profesor David Baigún, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 545 a 565.

responsables. En materia procesal, tratándose de comportamientos que se verifican en el contexto de complejas relaciones de producción, la identificación de los sujetos responsables en calidad de autores o partícipes se transforma en una tarea extremadamente difícil, sino imposible. Por esta razón, a la criticada impunidad en el ámbito de la delincuencia de cuello blanco, de la que han hecho eco diversos autores desde SUTHERLAND, se suma la lapidaria denuncia de SCHÜNEMANN en el sentido de que el sistema penal, respecto a los delitos cometidos en el ámbito empresarial lleva a una inaceptable “organizada irresponsabilidad de todos”³⁸.

Este problema para la imputación jurídico-penal se produce, según este autor, por la falta de coincidencia, resultante de la estructura de división del trabajo de la moderna economía, de actividad ejecutiva, posesión de información y poder de decisión. En definitiva, esto sucede porque al interior de la empresa se desarrollan conductas delictivas que no son obra de un solo individuo. La división del trabajo supone la intervención de una pluralidad de sujetos en la concreción de las decisiones adoptadas por sus directivos. Quienes, en definitiva, ejecutan materialmente la conducta delictiva son los miembros de los eslabones más bajos de la organización.

Sin embargo, la atribución de responsabilidades a este nivel (“responsabilidad hacia abajo”) no sólo resulta problemática sino además ineficaz desde el punto de vista del efecto preventivo de la sanción penal.

Resulta problemática por las siguientes razones:

1. Porque en virtud de la división de funciones, varios son los intervinientes en la acción típica. El proceso de ejecución del delito suele ser el resultado de una pluralidad de actos parciales y fragmentarios donde confluyen conductas activas y omisivas, dolosas y culposas, de modo que ninguno de ellos ha realizado en su integridad el injusto desde el punto de vista objetivo. Por otra

³⁸ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 573.

parte, careciendo los subalternos de la suficiente información acerca del funcionamiento global de la empresa, muchos de los comportamientos que dan lugar a hechos dañinos para bienes jurídicos, no se realizan con conciencia y voluntad. Fácilmente pueden darse supuestos de error de tipo.

2. Si la estructura empresarial se rige por el principio de jerarquía, se plantea la cuestión del deber de obediencia que los subordinados deben al superior que puede tener incidencia en la medida de reprochabilidad. El temor a la pérdida de la fuente de trabajo o a ser objeto de sanciones disciplinarias, pueden constituir formas de coacción que harán posible la exención o disminución de responsabilidad penal vía miedo insuperable, estado de necesidad exculpante o no exigibilidad de otra conducta.

El menoscabo del efecto preventivo de la pena cuando se traslada la imputación a los miembros inferiores de la organización se explica por la tendencia a la autoconservación de la organización. La permanencia de la organización es un requisito para que ésta pueda alcanzar sus objetivos lo que implica que la organización subsiste aun cuando sus miembros cambien constantemente. Y en este sentido, son los miembros inferiores quienes pueden intercambiarse con mayor facilidad, es decir, son eminentemente fungibles. Por lo tanto, aun cuando no encontráramos dificultades para identificar a los ejecutores materiales directos del hecho, la atribución de responsabilidad a este nivel resulta ineficaz desde el punto de vista preventivo, porque el poder criminógeno de la organización se mantiene intacto.

Es por esto que se reclama a los sistemas de imputación individual la aptitud para atribuir el hecho delictivo a quienes verdaderamente han diseñado el plan delictivo aún cuando no hayan ejecutado la conducta típica, que son aquellos que tienen poder de mando y dirección y que se sitúan en los niveles jerárquicos superiores de la empresa.

CAPITULO IV. MODELOS DE SOLUCIÓN

INTRODUCCION. RESPUESTAS A NIVEL DE SISTEMAS DE IMPUTACION INDIVIDUAL Y RESPONSABILIDAD PROPIA DE LA PERSONA JURIDICA

El problema de imputación de los delitos cometidos en el seno de una empresa, es decir, la dificultad para determinar al sujeto responsable, ha dado origen a dos modelos de solución en la doctrina y en el Derecho Comparado.

La primera alternativa es centrar la cuestión en una adecuada configuración del sistema de responsabilidad individual, ya que es un hecho innegable que toda persona jurídica actúa a través de personas naturales. En esta sede – como señala ACHENBACH respecto al Derecho Penal alemán- podemos distinguir dos niveles de imputación:

1. La sanción puede ir dirigida a la persona individual que actúa en nombre de la empresa. Desde esta perspectiva, dentro de la jerarquía de la empresa no se tendrá en cuenta el rango del que actúa, de forma que se dará una imputación típicamente hacia abajo.

2. La sanción puede también ir dirigida a los responsables en la dirección de la empresa por el comportamiento de la persona que ha actuado de forma más inmediata. Esta clase de imputación hacia arriba pretende reaccionar contra la ineludible separación que se produce entre responsabilidad y comportamiento, separación debida a la división del trabajo y a la organización jerárquica de las empresas, para de este modo conseguir elevar la eficacia de la sanción³⁹.

El segundo modelo de solución, es aquel que considera a la persona jurídica como sujeto de imputación, es decir, reconoce la posibilidad de sancionar directamente a la empresa. Esto no es en absoluto inconciliable con la demanda de eficacia que recae sobre el sistema de responsabilidad penal

³⁹ ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit., pág. 382.

individual. Tanto la doctrina como la legislación comparada que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, asumen que se trata de un modelo de solución complementario o paralelo al de la responsabilidad individual⁴⁰.

No es extraño que parte de la doctrina y del Derecho Comparado consideren que frente a la criminalidad empresarial, y en general frente a los delitos cometidos al interior de entes colectivos, la única respuesta posible está dada a nivel de sistemas de imputación individual. En los sistemas jurídicos de tradición eurocontinental la responsabilidad criminal es estrictamente personal. Desde el punto de vista del Derecho Penal que en la configuración de la infracción delictiva parte de la acción humana, de la culpabilidad y de unos presupuestos psicológicos que sólo pueden predicarse de la persona física individual, se hace difícil admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por esta razón, nuestras primeras reflexiones se centrarán en los instrumentos dogmáticos de imputación individual que permitirían la atribución de los delitos a los verdaderos responsables (en sentido criminológico) para hacer frente a la denunciada merma del efecto preventivo de la sanción penal. Después de este análisis se expondrán las posibles objeciones a las categorías expuestas y habrá que dilucidar si es efectivo que para resolver la problemática planteada por la criminalidad de empresa resulta suficiente disponer de estas figuras de imputación.

La responsabilidad propia de la empresa como posible modelo de solución plantea una serie de problemas dogmáticos y de legitimidad constitucional (desde el punto de vista del principio de culpabilidad) que justifican su desarrollo en un capítulo aparte.

⁴⁰ ACHENBACH, H., "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", op. Cit, pág. 393: Con excepción del Derecho comunitario que no contempla normas que permitan sancionar, al lado de la unidad suprapersonal, a las personas naturales que han actuado para ella.

SOLUCIONES POSIBLES DENTRO DEL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Introducción

Dentro de los dos posibles niveles de imputación individual que distinguía ACHENBACH, esto es, el de los ejecutores materiales directos que actúan para la empresa y el de los responsables en la dirección de la empresa, es este último el que presenta verdadera importancia y complejidad. Ya decíamos que político criminalmente la determinación de responsabilidades “hacia abajo” no es la más relevante y que, de ser identificables los ejecutores directos, no se plantearían mayores dificultades para su calificación dogmática. Distinto es el caso cuando se trata de individualizar responsabilidades “hacia arriba” fuera del círculo de ejecutores materiales de la acción típica.

Por esta razón se analizarán a continuación las figuras que, según la doctrina, permitirán atribuir responsabilidades a los sujetos que detentan los poderes de dirección y decisión al interior de la organización. Estas son: la autoría mediata y funcional, la comisión por omisión (delitos de omisión impropia) y la responsabilidad por infracción del deber de vigilancia.

Cabe precisar, que las dificultades de imputación de un delito cometido en la empresa a órganos concretos de la misma se plantea ya en la comisión de cualquier delito común. Pero tratándose de delitos especiales, surge un problema específico derivado de la necesaria concurrencia de características especiales para detentar la calidad de autor. Este es el origen de la figura del “actuar en lugar de otro”.

**Autoría mediata. Teoría de los aparatos de poder y delitos empresariales.
Autoría funcional.**

La autoría y la participación son los instrumentos dogmáticos que sirven para individualizar responsabilidades cuando son varios los intervinientes en un hecho delictivo. La identificación de los autores, situados generalmente en los eslabones más bajos de la estructura jerárquica empresarial, no obstaría a la calificación como “partícipes” –cómplices o inductores- de aquellos que situados por encima de éstos han contribuido, favorecido o inducido a la realización del hecho delictivo.

Sin embargo, como apunta SILVA, “no deja de producir perplejidad la calificación de partícipe para quien domina de modo esencial el acontecer típico, en la medida en que posee toda la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar y los cauces y medios de la misma”⁴¹. Esta crítica se hace especialmente evidente si se pretende atribuir a dichos sujetos la calidad de cómplices cuya pena es rebajada en comparación a la del autor.

En principio, podríamos pensar que no presenta mayor importancia desde el punto de vista de la punibilidad la atribución a los órganos directivos de la calidad de inductores, por cuanto es una regla usual en los sistemas continentales aplicarle a ésta la pena del autor. Sin embargo, no debe olvidarse que en todos aquellos sistemas que establecen una regulación diferenciada de la autoría y la participación, rige el principio de accesoriedad, lo que hace depender la punibilidad del partícipe a la concurrencia de una acción típica y antijurídica por parte del autor (principio de accesoriedad medio). La dificultad para identificar al autor concreto en el ámbito de los delitos cometidos al interior

⁴¹ SILVA SANCHEZ, J.M, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, En: “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal”, Libro homenaje a Claus Roxin, Ed, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 369.

de organizaciones complejas y la facilidad con que pueden darse situaciones de error de tipo o de prohibición⁴² entre los autores, derivaría en muchos casos en la impunidad del inductor. Por lo demás, debe entenderse al inductor como aquel que despierta en otro la resolución de cometer un hecho delictivo. El inducido no es instrumento para la comisión del delito por parte del instigador, es un sujeto que actúa con conocimiento y voluntad por lo que el delito es su obra propia. Esta figura no se condice con la verdadera intervención que le cabe a los superiores jerárquicos en la comisión del hecho. En la mayor parte de los casos el delito es “obra” de quienes han diseñado el plan delictivo y que se sirven de otros, como meros instrumentos, para la ejecución material de éste.

Es por ello que la noción de “autoría mediata” aparece como una posible primera respuesta para la atribución de responsabilidad al “hombre de atrás”.

Siguiendo a ROXIN⁴³, podemos decir que la autoría mediata se caracteriza como “dominio de la voluntad”, alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del otro y, por lo tanto, es designada como herramienta en manos de éste⁴⁴.

⁴² MUÑOZ CONDE, F., “Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, op. Cit., pág. 280: “En un mundo tan tecnificado y complejo como es el mundo de las actividades económicas es muy probable que a veces se actúe con desconocimiento de la intrincada normativa jurídica extrapenal que lo regula. El uso y el abuso de la ley delegada, del Decreto-ley, del Reglamento y aun de las órdenes y circulares administrativas es una constante en este sector...”

⁴³ En esta materia se sigue la teoría del dominio del hecho de ROXIN que goza de amplia aceptación en la doctrina y porque, como señala KÜHL: “Para un Derecho Penal del hecho, el dominio objetivo del hecho es el criterio adecuado de determinación de la autoría”.

⁴⁴ ROXIN, C, “Sobre la autoría y la participación”, En: “Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho”, Libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pág. 62.

Según ROXIN, el dominio del hecho por dominio de la voluntad que caracteriza a la autoría mediata se puede verificar mediante coacción, engaño o a través de aparatos organizados de poder⁴⁵.

La posibilidad de realización mediata del tipo mediante el uso de la fuerza plantea el problema de determinar cuán intenso debe ser el constreñimiento sobre el instrumento para que quepa hablar de dominio del hecho por parte del sujeto de atrás. En todos aquellos casos en que la coacción ejercida sobre el subordinado sea de tal entidad que permita destruir su responsabilidad por la vía de la exculpación estaremos en un caso de autoría mediata de aquel superior jerárquico (hombre de atrás) que ejerce tal coacción.

También es posible utilizar en la ejecución de un plan delictivo a un hombre que obra por error, que no “ve” los hechos y, por tanto, no puede oponer resistencia al que maliciosamente maneja desde atrás los hechos. Este dominio de la voluntad puede crearse de muy diversas maneras: disimulando al ejecutor directo circunstancias de hecho según las cuales a él le ampararía una causal de justificación o de inculpabilidad, que sugerirían la autorización legal de una conducta que en realidad sigue siendo prohibida o sencillamente dando al suceso un sentido distinto. En todos estos supuestos es el que maneja desde atrás el que decide sobre la estructura del hecho y por ello el hecho puede reputarse como suyo⁴⁶.

Es un caso comúnmente aceptado de autoría mediata –y muy frecuente en el ámbito de la criminalidad de empresa- aquel en que el ejecutor directo actúa en una situación de error de tipo, es decir, concurre en el instrumento un déficit cognoscitivo referido a la concurrencia de los elementos que integran el tipo objetivo.

⁴⁵ En palabras de ROXIN, C, “Sobre la autoría y la participación”, op. Cit, pag 63: “la libre decisión de voluntad del que actúa directamente, que normalmente aparta al que permanece detrás de la realización del tipo, sólo puede ser dejada de lado por engaño, la coacción o la fungibilidad del ejecutor”.

⁴⁶ Ibid.

Más problemática es la cuestión de la utilización de una persona que obra en error de prohibición. Diversas son las respuestas dadas por la doctrina dependiendo de si el error de prohibición es ocasionado o sólo aprovechado por el hombre de atrás y de si éste es evitable o inevitable⁴⁷.

También se plantea el problema de si es necesario, al igual que en los casos de coacción, que el ejecutor directo resulte exonerado de responsabilidad. Para ROXIN, no son relevantes las distinciones antes apuntadas para delimitar la autoría y participación y no operaría –como en los casos de coacción- el principio de responsabilidad: “hay participación cuando el ejecutor ha captado la antijuridicidad material, esto es, la antisocialidad de su actuar (ya se equivoque sobre la prohibición formal, la subsunción jurídicamente correcta o la punibilidad); por el contrario, cuando el ejecutor (con o sin culpa suya) no aprecia lo materialmente antijurídico de su conducta se afirma en todo caso la autoría mediata”⁴⁸. Así ROXIN explica: “en la actualidad, es uno de los casos más frecuentes de error de prohibición que un empresario, en el ámbito del Derecho Penal económico, no se informe suficientemente sobre lo lícito de determinada actuación. Pero a nadie va a convencer que un astuto socio suyo no pase de partícipe cuando le ha hecho creer en la absoluta corrección de su conducta y le ha disuadido de consultar un abogado, como hubiera sido pertinente, aún cuando es el único que, desde el principio, ha tenido en sus manos los hilos de la trama”⁴⁹.

Finalmente, cabe preguntarse por aquellos casos en que el ejecutor directo es un sujeto plenamente responsable o en que el subordinado inmediatamente

⁴⁷ En este sentido la cuestión es determinar en que casos el error de prohibición del ejecutor directo justifica la calificación del hombre de atrás como autor mediato o sólo como partícipe en calidad de inductor.

⁴⁸ ROXIN, C., “Evolución de la teoría de la autoría y la participación en la doctrina”, En su: “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, Ed. Marcial Ponds, Madrid, 2000, pág 719.

⁴⁹ “Evolución de la teoría de la autoría y la participación en la doctrina”, op. Cit., pág. 720.

dependiente en la escala jerárquica es, a su vez, autor mediato plenamente responsable, casos frecuentes en el seno de una organización empresarial. ¿Es posible en estos casos concebir al hombre que se encuentra atrás de aquéllos como autor mediato?

En este supuesto resulta útil analizar la tercera forma de autoría mediata, aquella que supone el dominio de la voluntad mediante un aparato organizado de poder.

Esta novedosa hipótesis acuñada por ROXIN en la década del 60 a propósito del caso *Eichmann*, fue desarrollada pensando en las formas institucionales de tomar decisiones y hacer que otros las ejecuten que no son comprensibles como coacción ni como engaño. Se trata de estructuras de poder organizadas y jerarquizadas donde “quien actúa la palanca de poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción. La determinación al hecho del ejecutor no puede ser detenida, como en el caso de un hecho individual, mediante oposición o resistencia. Dado, entonces, que el dador de la orden reemplazaría al ejecutor inmediatamente, mantendrá en sus manos la realización del hecho”⁵⁰.

Como puede observarse, el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad de esta forma de autoría mediata es la fungibilidad del ejecutor que actúa como instrumento del que se vale el “autor detrás del autor”⁵¹.

⁵⁰ ROXIN, C., “Sobre la autoría y la participación”, op. Cit., pág. 63.

⁵¹ La pregunta que plantea esta modalidad es si este tipo de relación de dependencia del autor directo respecto al hombre que responde a patrones institucionales es susceptible o no de ser catalogada como una relación que autorice a tratar al hombre de atrás como autor mediato. Para ROXIN, sobre la base de la fungibilidad del instrumento, esto es perfectamente posible. Un sector de la doctrina (KÖHLER y GIMBERNAT, por ejemplo) rechaza la figura del “autor detrás del autor” por entender que detrás de un autor plenamente responsable ningún otro puede tener dominio del hecho por lo que la calificación del hombre de atrás corresponde a la categoría de inductor. Para otros, como JACKOBS, ambos sujetos, el ejecutor directo y quien da la orden, encuadran en la categoría de coautores. Excede los fines de este trabajo exponer las objeciones planteadas a ROXIN y la réplica que éste efectúa a tales objeciones.

La teoría de los aparatos organizados de poder de ROXIN está pensada para casos de criminalidad estatal organizada (por ejemplo, el régimen de *Hitler*) y de criminalidad organizada no estatal (como el caso de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico o terrorismo). Entonces, la pregunta es ¿podría aplicarse esta teoría al ámbito de la criminalidad de empresa?

En la jurisprudencia alemana se ha ido extendiendo esta teoría al ámbito de los delitos empresariales para basar la responsabilidad como autores mediatos de aquellos que actúan como órganos de representación y administración de una empresa por los hechos delictivos realizados por sus subordinados. Por primera vez, la BGHSt, 40, 257 del 13/9/94, la Sala I del Tribunal Supremo alemán, en el caso conocido como “interrupción del tratamiento” admitió la autoría mediata en virtud de un aparato de poder organizado aplicando la teoría de ROXIN a la responsabilidad penal en el ámbito de la actividad empresarial. Luego, en sentencia del 6/6/97 la Sala II del Tribunal Supremo alemán, se declaró autores mediatos del delito del par. 326 StGB a los directivos de sociedades anónimas que cedieron residuos peligrosos para el ambiente a otras empresas que no disponían de posibilidades adecuadas de eliminar residuos. En la sentencia del 11/12/97 la Sala IV del Tribunal Supremo alemán, consideró autores mediatos del delito de estafa a quienes, como administradores de hecho de una sociedad anónima, a pesar de la insolvencia de ésta, habían continuado su actividad, defraudando a los proveedores⁵².

Estas sentencias, no exentas de críticas, han marcado una tendencia de la que participa un sector de la doctrina aún minoritario. Se sostiene que la empresa es también una estructura jerárquicamente organizada, compuesta por miembros fungibles que pueden actuar de forma plenamente responsable en el cumplimiento de las órdenes emanadas de sus superiores que son quienes

⁵² Sentencias citadas por LASCANO, C., “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales” En: “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”, libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2001, pág. 376.

mantienen el dominio del hecho frente a estos autores anónimos y automáticamente intercambiables.

No obstante, la doctrina mayoritaria rechaza esta extensión de la teoría de ROXIN por cuanto no se darían los requisitos que este tipo de dominio de la voluntad supone.

El principal obstáculo es que la teoría de ROXIN se aplica a hipótesis de organizaciones estatales o no estatales que actúan al margen del Derecho y no a organizaciones que se ubican dentro del ordenamiento jurídico. ROXIN sostiene que cuando en una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental, de llegarse a la comisión, es sólo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las órdenes antijurídicas⁵³. Es decir, ROXIN entiende que el dominio de la organización sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás.

El requisito de la desvinculación al Derecho es –según MUÑOZ CONDE- el criterio que en la teoría de ROXIN tiene la función de separar “la paja criminal (criminalidad organizada) del trigo legal (empresas)”, pero reconoce que en la actualidad, frente a hechos como la evasión impositiva, estafas de crédito e inversión, polución ambiental, blanqueo de capitales, etc, “es cada día más

⁵³ ROXIN, C., “Evolución de la teoría de la autoría y la participación en la doctrina”, op. Cit., pág. 729.

difícil señalar donde están los límites entre una estrategia de mercado legal y otras actitudes de carácter criminal”⁵⁴.

Además, se sostiene que en el ámbito de la delincuencia empresarial no se dan los demás requisitos exigidos por la teoría de ROXIN. Lo decisivo para caracterizar al autor de escritorio –y diferenciarlo del inductor- es que resulte claramente demostrada en cada caso particular la fungibilidad de los receptores de las órdenes de aquél, al punto tal que sean ejecutadas por seres anónimos intercambiables automáticamente. Así MUÑOZ CONDE afirma que “en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo ciertas circunstancias probablemente puedan desencadenarse “procesos reglados” por instrucciones desde arriba, no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad”⁵⁵.

Si bien la doctrina mayoritaria rechaza la extensión del dominio de la organización al mundo empresarial, existe una novedosa categoría creada por la jurisprudencia holandesa, la de “autor funcional” que presentaría semejanzas –según algunos- con la idea de dominio del hecho y con la responsabilidad que deriva del propio papel que se desempeña en una organización jerarquizada⁵⁶.

En el Derecho Penal holandés son castigados como autores tanto los que “cometen” un hecho punible (*plegen*) como aquellos que “lo hacen cometer” (*doen plegen*). Esta última categoría alude a los casos de autoría mediata que la jurisprudencia y la doctrina reducen a supuestos en que el ejecutor directo por alguna razón no es punible.

⁵⁴ Citado por LASCANO, C., op. Cit., pág. 383.

⁵⁵ Citado por LASCANO, C., op. Cit., pág. 384.

⁵⁶ POLITOFF, S., “El autor detrás del autor: De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, En su: “Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, Ed. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, pág. 362: “La noción de autor funcional refleja la aplicación de criterios que responden también, aunque con otros antecedentes, al paradigma del autor detrás del autor”.

Hacia la década del treinta, la jurisprudencia holandesa extiende los casos de autoría mediata mediante la reinterpretación del concepto mismo de “cometer” orientando su significación a la complejidad de las actividades desarrolladas en el seno de una organización, especialmente en el ámbito del Derecho Penal económico. Así, en 1933 el *Hoge Raad* (Tribunal Supremo holandés) aceptó que el jefe de una imprenta fuera penalmente responsable de la impresión de documentos ilícitos por parte de sus trabajadores por considerar que el director de la sociedad anónima impresora que hace que sus subordinados impriman físicamente los textos, es “impresor” en el sentido de la ley (que castiga al “impresor” de textos penalmente prohibidos). El tribunal entiende la actividad de las personas que cometen el delito como autores directos (los trabajadores subordinados, que en este caso fueron absueltos por desconocer el carácter prohibido de los textos) como manifestación de la responsabilidad funcional del director (éste “comete funcionalmente”)⁵⁷.

Será autor funcional, entonces, quien sea destinatario de la norma penal, porque cumple la función a la que está referida la acción típica aún cuando no sea quien ejecute materialmente el hecho (hombre de atrás). La autoría surge aquí de la pertenencia a “una esfera de responsabilidad”.

La delimitación del criterio de la autoría funcional la fija el *Hoge Raad* en 1954 en el famoso fallo del caso del alambre de hierro (*Ijzerdraad-arrest*) en el que se establece que no todas las faltas cometidas en una empresa pueden considerarse manifestación de la esfera de actuación del contratista (inculpado como autor funcional), se requiere que el inculpado esté en posición de poder decidir que tales acciones tuvieran o no lugar y que tales acciones sean de aquellas que por él eran aceptadas o solían regularmente ser aceptadas (criterios de “poder y aceptación”)⁵⁸.

⁵⁷ POLITOFF, S., op. Cit., pág. 362.

⁵⁸ VERVAELE, J., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Historia y desarrollos recientes”, op. Cit., pág. 496.

Este concepto ha sido objeto de discusión en la doctrina, particularmente en el ámbito del Derecho penal ecológico y de productos defectuosos. Según TIEDEMANN, la noción de autoría funcional se utiliza hoy implícitamente en muchos países en tipos delictivos relativos al consumidor. “Así “productor” de productos alimenticios adulterados no es aquél que utiliza la máquina con la materia de los alimentos sino aquél que actúa en el tráfico como comerciante; no “capta” clientes con datos engañosos aquél que los redacta o los coloca en los escaparates o los transmite a la prensa y televisión sino el titular del negocio que origina la publicidad”⁵⁹.

Finalmente, es necesario preguntarse si las categorías dogmáticas analizadas son instrumentos efectivos para hacer frente a los problemas de imputación que se presentan en el ámbito de la criminalidad de empresa.

Como señala FRISCH, “en la práctica, sólo en raras ocasiones se reunirán las condiciones para que se pueda imputar a un órgano directivo un delito en comisión activa sobre la base de una conducta infractora cometida por el subordinado”⁶⁰.

Las nociones de autoría mediata por coacción y engaño prestarán utilidad en aquellos casos en que pueda identificarse a un sujeto instrumentalizado para la comisión de un delito por otro. En estos casos, el dominio de la voluntad por el hombre de atrás justifica su calificación como autor porque bajo el aspecto valorativo, el comportamiento del hombre de atrás tiene la misma estructura óptica que la autoría inmediata (“dominio de la ejecución del hecho”). Pero, como señaláramos con anterioridad, la casuística más relevante en materia de criminalidad de empresa se asocia a la perspectiva del riesgo, es decir, muchos de los supuestos relevantes en este ámbito se relacionan con fallos del sistema

⁵⁹ TIEDEMANN, K., “Lecciones de derecho penal económico”, op. Cit., pág. 168.

⁶⁰ Citado por LASCANO, C., op. Cit., pág. 388 y por MARTINEZ-BUJAN, C., op. Cit., pág. 201.

organizativo o carencia de medidas de control⁶¹. El Derecho Penal, desde una perspectiva prevencionista, requiere de figuras de imputación adecuadas para la contención de riesgos por parte de la empresa, en definitiva, busca que los órganos directivos de la empresa desplieguen las labores de cuidado exigible para evitar lesiones a bienes jurídicos, y en este sentido, el paradigma de injusto lo constituiría el delito omisivo culposo.

Además –precisa MARTINEZ-BUJAN– según la opinión dominante, la posibilidad de responsabilizar penalmente, a título de autoría, a los órganos directivos en la esfera de los delitos comisivos se desvanece completamente si el ejecutor material comete un delito con modalidades limitadas de acción (o delitos de medios determinados), dado que en éstos únicamente podrá ser autor aquella persona que materialmente utilice tales medios, pero no aquella que simplemente se limite a no impedir el hecho, la cual sólo podrá ser calificada de partícipe. Asimismo, algo similar se predica de los delitos de mera actividad⁶².

Por su parte, la categoría de autoría mediata mediante aparatos organizados de poder es altamente controvertida en la doctrina y más aún si se trata de trasladarla al ámbito de la criminalidad empresarial. SILVA considera además, que la solución de la autoría mediata activa, cuando el ejecutor directo es plenamente responsable, puede ofrecer dificultades, por ejemplo, “en casos en que el superior jerárquico favorezca imprudentemente o de modo doloso-eventual el hecho de inferior, o bien en quienes, en su calidad de eslabones intermedios en la escala jerárquica, se limitan a transmitir instrucciones desde el superior hasta el inferior, o bien, en supuestos en que el dominio organizatorio no sea tan intenso. En todos estos casos, se hace más difícil hablar de una auténtica autoría mediata activa. Sin embargo, cabe que una sanción a estos

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, en los casos de accidentes laborales o de productos defectuosos, donde difícilmente podría construirse la responsabilidad del órgano directivo sobre la noción de autoría mediata.

⁶² Op. Cit., pág. 201.

hombres de atrás como partícipes activos no sea siempre posible, o no proporcione resultados satisfactorios”⁶³. Según el citado autor “todo ello determina que en el ámbito de la criminalidad de empresa, se revele como un medio especialmente apto para superar las dificultades que ofrece la imputación de un delito de comisión, la estructura de la comisión por omisión”⁶⁴.

Por otra parte, los criterios definitorios de la autoría funcional fijados por el *Hoge Raad* en el caso del alambre de hierro, poco difieren de los generalmente admitidos para atribuir la autoría de la comisión por omisión: Si de acuerdo con su rol (“posición de garante”) el sujeto tenía el poder de impedir la realización del hecho y omitió impedirlo porque aceptaba que ese hecho determinado tuviera lugar (o regularmente aceptaba la ocurrencia de hechos semejantes) se le puede considerar autor detrás del autor del hecho punible⁶⁵.

Responsabilidad por delito de comisión por omisión

Otra posible herramienta dogmática para establecer responsabilidades “hacia arriba”, es la consideración de la responsabilidad de los titulares y directivos de la empresa por comisión por omisión (omisión impropia)⁶⁶, es decir, la responsabilidad de éstos por la no evitación de los delitos y contravenciones cometidas por sus subordinados.

⁶³ SILVA SANCHEZ, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, op. Cit., pág. 371.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ POLITOFF, S., op. Cit., pág. 366.

⁶⁶ Los delitos de comisión por omisión, por regla general, surgen como delitos de omisión impropia (es decir, no están establecidos en un tipo penal expreso) y tienen como fundamento – para cumplir con las exigencias del principio de legalidad- una cláusula de la parte general que permite la equiparación de supuestos de comisión a supuestos de omisión. Es por ello, que en muchos casos, se habla indistintamente de comisión por omisión y omisión impropia.

Tanto en Alemania como en España, existen preceptos específicos en la parte especial que contemplan tipos de comisión por omisión de los órganos jerárquicamente superiores por los hechos cometidos por sus subordinados. Sin embargo, las deficiencias de dichos preceptos, ampliamente denunciadas por la doctrina, impiden que sean considerados como base para la construcción de principios generales sobre la materia.

Así, SCHÜNEMANN, principal defensor de esta vía en el ámbito de la criminalidad empresarial, sostiene que la respuesta a esta problemática debe encontrarse en la previsión general de la comisión por omisión contemplada en el parágrafo 13 StGB⁶⁷. En el mismo sentido, SILVA, en España, señala que es necesario recurrir a la doctrina general de los delitos de omisión (impropia)⁶⁸ en base a la cláusula general que se encuentra en el artículo 11 del Código Penal español (1995).

La comisión por omisión, exige que la no evitación en la producción de un resultado típico sea equiparable a su producción mediante un hacer positivo, lo que presupone que el omitente tenga que atender como “garante” a la evitación del resultado.

Desde la perspectiva del mandato de determinación, no resulta aceptable la consideración de una genérica posición de garantía del empresario respecto a todos los delitos o contravenciones que se cometan al interior de la empresa. Tampoco es posible, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, establecer una responsabilidad del empresario por el hecho ajeno por la mera

⁶⁷ Parágrafo 13 StGB, “I. Quien omita evitar la consumación de un tipo penal será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer. II. La pena, de acuerdo al par. 49, apartado I, podrá ser atenuada”. Por su parte, el parágrafo 8 OWiG posee una redacción similar.

⁶⁸ SILVA SANCHEZ, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, pág. 371 y 374. No obstante, SILVA reconoce que la doctrina general de la omisión impropia no goza en España de un desarrollo tan detallado como en Alemania, no habiendo sido prácticamente estudiada en lo relativo al ámbito de la criminalidad de empresa.

ostentación formal de la condición de directivo. Por ello, la cuestión central será determinar cuál es el contenido específico de la posición de garante del director o titular de la empresa que haga equiparable su omisión al hacer positivo en cuanto al acaecimiento del resultado típico.

La doctrina ha elaborado diferentes teorías para determinar y delimitar cuáles son los deberes de garante decisivos para el Derecho Penal.

La teoría formal, que sólo atiende a la fuente u origen del deber jurídico (la ley, el contrato, el previo hacer peligroso), resulta insuficiente por cuanto no atiende al contenido del deber jurídico con lo que no proporciona un criterio material delimitador.

Por ello, la doctrina reciente elabora la teoría de la función que atiende a la relación entre el sujeto y el bien jurídico, distinguiendo entre los deberes de garante que consisten en una función protectora para un bien jurídico concreto y aquellos otros en los que incumbe al garante la vigilancia de una fuente de peligro (deberes de aseguramiento y control). En este último grupo se encuentran otras subcategorías que pueden aplicarse al ámbito que analizamos. En primer lugar, existe el deber de garante frente a las fuentes de peligro ubicadas en el propio ámbito social de dominio. El fundamento de este deber radica en que las personas deben poder confiar en que quien ejerce el poder de disposición en un determinado ámbito o espacio desde el que se pueden producir efectos sobre otros, controla los riesgos que puedan surgir en ese sector, sean ocasionados por estados o situaciones peligrosas bien por instalaciones o equipamientos. Por último, existe un deber de controlar la actuación de personas que el garante ha de vigilar porque la colectividad, teniendo en cuenta la ya existente posición de autoridad y control, confía en que el obligado domine los peligros provenientes de la persona que ha de vigilar⁶⁹.

⁶⁹ JESCHECK, H., "El delito de omisión", En su: "Tratado de Derecho Penal Parte General", Ed. Comares, Granada, 1993, págs. 564 a 571.

No obstante, para SCHÜNEMANN la sola consideración de estas fuentes (formales y materiales) de la posición de garante, no ofrece apoyadura suficiente para averiguar en qué casos de la criminalidad empresarial es posible entender que un determinado resultado es imputable a una omisión de la misma manera que si se hubiese realizado a través de un comportamiento activo.

Según la concepción de SCHÜNEMANN sobre los delitos de omisión impropia, la equiparación de hacer y omitir depende de la “estructura lógico-objetiva del dominio sobre la causa del resultado”, es este dominio el que hace surgir la posición de garantía. Señala el citado autor: “Todo superior en una empresa económica tiene una posición de garante respecto a sus subordinados que corresponde exactamente a su poder de organización, y en virtud de esa posición de garante se le han de imputar las lesiones de bienes jurídicos causadas por sus subordinados en el ejercicio de su actividad para la empresa como si hubieran sido causadas por su propia conducta. Dado que también la gestión de informaciones en una empresa constituye una parte del poder de organización, la persona que se encuentra en la cúspide de la empresa tiene ya que cumplir su deber de garante organizándola de un modo tan cuidadoso que no surjan lagunas en la distribución de información y que en toda delegación de trabajo a un subordinado que posea una menor competencia de información y de decisión persista una capacidad de control en el superior y sea efectivamente ejercida por éste. De un modo correspondiente al menor radio de dominio de los sucesivos niveles inferiores en la jerarquía de la empresa se reduce también el círculo de deberes, que abarca siempre la organización cuidadosa del propio ámbito de dominio y la subsistencia del control de las tareas confiadas a los subordinados”⁷⁰.

⁷⁰ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 576. En el mismo sentido se pronuncia SILVA SANCHEZ, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, op. Cit., pág. 371.

La comisión por omisión como estructura de imputación en el ámbito de delitos cometidos en el seno de una empresa, goza de amplia aceptación en la doctrina más moderna y ha sido utilizada por la jurisprudencia particularmente en casos de responsabilidad por productos defectuosos⁷¹. No es extraño que en esta sociedad del riesgo, las concepciones más modernas del Derecho Penal tiendan a reconducir ciertos comportamientos generados al interior de la empresa al concepto de omisión impropia en miras a la prevención de conductas generadoras de riesgos, así se logra el fin político criminal de instar a los responsables de la empresa a que desplieguen todas las labores exigibles de cuidado para evitar la lesión de bienes jurídicos.

Sin embargo, la tesis de SCHÜNEMANN y los aportes desplegados en general por la doctrina en esta materia, no pueden considerarse una solución concluyente a los problemas de imputación individual al interior de la empresa, por cuanto se trata de una categoría que sigue abierta a la discusión doctrinal⁷² y que plantea una serie de dificultades que resta aún por resolver. Por esta razón, como señala ACHENBACH, aún cuando en Alemania la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia reconocen la responsabilidad de garante del “titular de la unidad de producción” o del “titular del negocio”, en la práctica forense sobre delitos de empresa, los parágrafos 13 StGB y 8 OWiG son usados muy de vez en cuando⁷³.

En primer lugar, el mismo SCHÜNEMANN reconoce que su concepción tardará algún tiempo en imponerse en Europa, pues la existencia y la

⁷¹ Sobre casos en materia de productos defectuosos ver, TIEDEMANN, K, “Lecciones de derecho penal económico”, op. Cit., pág. 166.

⁷² La causa de ello reside en que la discusión fundamental reseñada sobre la dogmática de los delitos de omisión todavía no ha terminado.

⁷³ ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit., pág. 397.

configuración funcional de las posiciones de garante en una empresa económica es discutida hoy, incluso en Alemania⁷⁴.

Si bien es cierto que la creciente interdependencia de los individuos en la vida social da lugar a que cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros, no hay acuerdo aún en un tema central como es el de determinar quiénes y con qué límites tienen posición de garantes de las actividades de terceros en la empresa⁷⁵.

Por otra parte, el principio de confianza puede tener un importante efecto limitador del deber de aplicar medidas de cuidado respecto a las actuaciones de terceros. Como explica JAKOBS, se trata de casos en los que alguien es garante de la evitación de un curso de daño, pero dicho curso no se tornará nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente. La división del trabajo perdería sentido si cada uno tuviese que controlar a absolutamente todos los que cooperan con él: de tanto tener que controlar el comportamiento de los demás nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones, el resultado sería, con bastante seguridad, peor que el que se produce si se reconoce el principio de confianza. Lo específico del principio de confianza, según JAKOBS, es que “otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de

⁷⁴ SCHÜNEMANN, B, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 577. En el mismo sentido, ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit, pág. 397, señala que aún no existe unanimidad o, por lo menos, una opinión suficientemente discutida, ni sobre las ideas fundamentales, ni sobre los límites de la posición de garante en concreto.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. Cit., pág. 30, explica: “...las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos –recíprocos- de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas”.

responder otra persona. O formulado de otra manera, el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de la responsabilidad”⁷⁶.

En segundo lugar, para la consumación del delito impropio de omisión se requiere la producción de un resultado típico que debe ser objetivamente imputable al autor por omisión. Habrá que determinar cual es el nexo existente entre la omisión y la lesión del bien jurídico, es decir, constatar si el riesgo creado para el bien jurídico se ha materializado en el resultado lesivo. Esto resulta especialmente problemático en el ámbito de los delitos omisivos a los que se suman las características de multiplicidad de interconexiones causales que se verifican en las actividades desarrolladas en contextos colectivos como los daños ocasionados por productos defectuosos⁷⁷ y los delitos medio ambientales donde suelen intervenir empresas transnacionales.

Hoy, la doctrina rechaza mayoritariamente una causalidad de la omisión en el sentido de una producción real del resultado (concepto causal científico-naturalista), lo que importa es únicamente si la acción que le era posible al omitente hubiera impedido el resultado. En este sentido, la jurisprudencia exige que la acción del omitente hubiese impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. Trasladado este criterio a la criminalidad empresarial se plantea la pregunta de cuándo el cumplimiento de los deberes de control que recaen sobre los superiores (garantes), habría evitado la producción del

⁷⁶ JAKOBS, G., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”, En su: “Estudios de Derecho Penal”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 219.

⁷⁷ Un claro ejemplo de este problema es el caso alemán del producto farmacéutico “*Thalidomid*” de la empresa “*Chemie Gruenthal*”, citado por TIEDEMANN, K, “Lecciones de derecho penal económico”, op. Cit., pág 165. Esta empresa fabricaba el tranquilizante y somnífero “*Cortengan*”. Este medicamento era muy utilizado en los años 60 por mujeres embarazadas de las cuales un número elevado sufrió daños de nervios y malformaciones de los recién nacidos. La empresa *Gruenthal* a pesar de la sospecha de una relación de causalidad entre el producto y esos resultados continuó la venta de los mismos (omitió retirar el producto defectuoso del mercado). No se pudo comprobar con la certeza necesaria que la causa de las malformaciones fue en cada caso el medicamento “*Cortengan*” porque también existe un porcentaje, aún muy bajo, de malformaciones naturales.

resultado lesivo por un comportamiento de sus subordinados con una probabilidad rayana en la certeza.

Debemos reconocer que, en la práctica, no será posible poseer un control completo de todos los medios materiales y humanos de la empresa. En un caso extremo de déficit de organización no se podrá excluir a priori que la concreta lesión al bien jurídico podría haber acontecido igualmente de la misma manera aún cuando se hubieren cumplido adecuadamente los deberes de control y vigilancia. Incluso si fuese posible un óptimo control de las fuentes de riesgo, las lesiones a bienes jurídicos por una conducta defectuosa del subordinado podrán ser evitadas con una mayor o menor grado de probabilidad pero no con esa probabilidad rayana en la certeza.

En tercer lugar, es posible prever importantes lagunas de punibilidad respecto de todos aquellos delitos que no admiten su realización omisiva o que aparezcan con modalidades específicas de realización.

Finalmente, como expresa ACHENBACH, la responsabilidad del garante está relacionada con el tipo, es decir, exige en los delitos dolosos el conocimiento del hecho no evitado en particular y en los delitos imprudentes, en tanto estén previstos por el tipo, es necesario a lo menos su concreta previsibilidad. La comprobación del conocimiento o posibilidad de conocimiento del hecho concreto del colaborador resulta difícil, lo que explica que en la práctica la jurisprudencia alemana pocas veces haya usado esta figura en el ámbito de los delitos empresariales⁷⁸.

⁷⁸ ACHENBACH, H., "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", op. Cit. Pág. 386 y 397.

Responsabilidad por infracción del deber de vigilancia. Parágrafo 130 OWiG alemán.

Las dificultades que presenta la atribución de responsabilidad a los directivos de la empresa vía comisión por omisión (especialmente en la prueba del conocimiento o previsibilidad del hecho no evitado), ha hecho que la jurisprudencia alemana utilice para estos efectos la figura del parágrafo 130 OWiG que establece un tipo especial de infracción del deber de vigilancia en unidades de producción y empresas.

El parágrafo 130 OWiG en su apartado 1º dispone: “El que como titular de un establecimiento o de una empresa omita dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que corresponden al titular como tal, y cuya lesión está amenazada con una pena o multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes”.

Se trata, entonces, de un tipo especial contemplado en el ordenamiento contravencional que sanciona con una multa administrativa la omisión de los deberes de vigilancia de los órganos directivos en caso de que, infringiéndose deberes que competen al titular como tal, se cometan delitos o contravenciones que se habrían evitado con la vigilancia pertinente.

Este precepto ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina alemana. Aquí sólo examinaremos las más importantes.

En primer lugar, se trata de una disposición muy restrictiva. El círculo de autores se limita a los titulares de la unidad de producción o empresa y a los altos directivos, quedando excluidos todos los que se sitúan por debajo de ellos aún cuando tengan la concreta misión de vigilancia y control. Mediante las

medidas de vigilancia, se debe poder impedir delitos o contravenciones que impliquen infracciones a los deberes que afectan al “titular como tal”. Estos deberes –según ACHENBACH- se derivan de los delitos especiales, los cuales se dirigen, por ejemplo, al patrono, al importador o exportador de una mercancía, etc. Es discutible hasta que punto se le puede imponer al “titular como tal” deberes semejantes a los establecidos para los delitos comunes que se hayan realizado en relación con la actividad empresarial⁷⁹.

En segundo lugar, el comportamiento típico consiste en la mera omisión de las medidas de vigilancia que habrían podido evitar la infracción, es decir, la responsabilidad del órgano directivo no depende de la intervención que le haya cabido en el hecho concreto ejecutado por el subordinado (a diferencia de la responsabilidad que se construye en comisión por omisión). De este modo, la concreta infracción (delito o contravención) del subordinado no forma parte del tipo sino que opera como una condición objetiva de punibilidad.

De ahí que, como apunta SCHÜNEMANN, el tipo de infracción de deber es demasiado abstracto, porque si la infracción cometida por los subordinados no se inserta en la estructura de este tipo, no puede ser utilizada para la concreción del contenido de los deberes de vigilancia lo que redundaría en la completa indeterminación de la materia del mandato⁸⁰.

Otra consecuencia de lo anteriormente señalado es que el párrafo 130 OWiG no exige el conocimiento o la cognoscibilidad por parte del órgano directivo de la concreta infracción del subordinado. Lo que el párrafo 130 exige es una relación de imputación en virtud de la cual pueda establecerse que la concreta infracción (condición objetiva de punibilidad) pudiese haber sido evitada con la vigilancia pertinente. En otras palabras, el dolo o imprudencia exigido por el tipo se refiere al ejercicio del deber de vigilar, de lo que resulta que la sanción se

⁷⁹ “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op.Cit., pág. 386.

⁸⁰ “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 578.

impone por la mera infracción del deber sin que se requiera una conexión de riesgo directa entre la conducta omisiva del directivo y el concreto peligro para determinados bienes jurídicos. Desde este punto de vista, resulta poco razonable, en consideración al principio de proporcionalidad, que se sancione a quien no ha obrado imprudentemente sino que se ha limitado a “lesionar imprudentemente” su deber de vigilancia⁸¹.

Con todo, la jurisprudencia venía interpretando dicho precepto a la luz de los criterios de imputación de la comisión por omisión exigiendo, al menos, la previsibilidad del resultado lesivo para con ello salvar las objeciones planteadas por el principio de culpabilidad. No obstante, esto fue así hasta que la segunda ley de lucha contra la criminalidad del medio ambiente de 1994, estableció que no era necesario que el titular haya podido prever el delito o contravención, por lo tanto, ya no se requiere que la infracción haya podido ser evitada con una vigilancia debida sino, simplemente, es suficiente que la omisión del deber de vigilancia produzca un aumento del riesgo, con lo que prácticamente se consagra la responsabilidad objetiva del titular de la empresa como contravención.

Además de ello, se cuestiona el aspecto valorativo de la norma que sanciona con multa sin distinguir si la infracción del deber de vigilancia se realiza con dolo o culpa, si se comete un delito o contravención con dolo o imprudencia por parte del subordinado. En palabras de SCHÜMEMANN “no convence que la lesión del deber de vigilancia quede en mera contravención también cuando no se evita la comisión de delitos y no dependa en su desvalor de la efectiva lesión

⁸¹ Como señala MARTINEZ-BUJÁN, C., op. Cit., pág. 211, “En el caso en el que el directivo omite el deber de vigilancia de forma meramente imprudente y sin embargo, la infracción cometida por el subordinado exigiese la presencia de dolo, pueden surgir graves contradicciones valorativas. Se puede llegar a la paradoja de que el autor de la infracción del parágrafo 130 se le va a sancionar más gravemente por la omisión que por el hacer positivo, puesto que si el hecho cometido por el subordinado sólo admitiese la forma dolosa, la conducta del titular que por sí mismo realizase imprudentemente, permanecería impune, mientras que conforme al parágrafo 130 resultaría castigado por una pura omisión imprudente del deber de vigilancia”.

de bienes jurídicos producida”⁸². En definitiva, como expresa el citado autor, la figura de imputación del delito de comisión por omisión –aun cuando deba ser perfeccionada- es preferible en cualquier circunstancia a la construcción contenida en el parágrafo 130 OWiG⁸³.

Actuaciones en lugar de otro. Modelos español y alemán.

Una de las características del Derecho Penal económico es que la mayoría de los delitos que pueden considerarse comprendidos en él, están configurados como delitos especiales. En ellos, normalmente, se tipifican comportamientos de sujetos que participan en el tráfico económico desde determinadas posiciones jurídicas, sociales o económicas (empresario, deudor, comerciante, etc)⁸⁴. Esta particularidad, añade a los ya explicados problemas para determinar al sujeto responsable al interior de la empresa, una nueva dificultad.

Esta sobreañadida dificultad consiste en el fenómeno de escisión de los elementos del tipo que se produce en el ámbito de los delitos especiales cometidos a partir de la actuación para una empresa. En el caso, por ejemplo, del delito de defraudación tributaria contemplado en el artículo 349 del Código Penal español, puede suceder que la cualidad especial exigida por el tipo legal, esto es, la calidad de sujeto pasivo del tributo, concorra en la sociedad (persona jurídica) y no en las personas físicas que han realizado el hecho punible en

⁸² “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op.Cit., pág. 578.

⁸³ Ibid

⁸⁴ HORMAZAVAL, H., “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág.197: Si bien el delito socioeconómico queda definido desde el bien jurídico que se protege por el tipo penal, esta definición alcanza también al autor del delito que por su posición social, política o económica sería el que estaría en condiciones de lesionar o poner en peligro dicho bien jurídico. El delito económico, por esta circunstancia, aparece como un *delicta propria* de una persona con poder social, económico o político.

nombre de la empresa⁸⁵. De ello, según GRACIA, se siguen las siguientes consecuencias:

“A quienes se han comportado realmente como autores, les falta la cualidad especial de la autoría exigida por el tipo y a quien la posee le falta la realización directa o mediata del hecho. De ahí que, la imposición de una pena al sujeto cualificado que no realiza él mismo el tipo de injusto, sólo podría fundamentarse en una imputación del hecho ajeno, pero ello está proscrito por el principio de culpabilidad, y si aquél es una persona jurídica, tratándose de un sistema en que rige el principio *societas delinquere non potest*, es obvio que no puede serle impuesta la pena. Por su parte, la imposición de la pena al que realmente ha actuado con base únicamente al precepto correspondiente de la Parte Especial, constituiría una violación del principio de legalidad pues en aquél aparece como fundamento de la pena una cualidad personal de la que carece”⁸⁶.

La jurisprudencia española, en la práctica, venía enfrentando este fenómeno de escisión, y la consecuente laguna de punibilidad que producía, extendiendo la autoría a los representantes legales de las personas jurídicas tanto en el caso de los delitos especiales como comunes sin que existiera una cláusula que permitiera dicha extensión. Las objeciones que ante esta práctica planteó la doctrina en base al principio de legalidad, fueron escuchadas por el legislador quien, en la reforma del 25 de junio de 1983, incorporó en el Código Penal español un nuevo artículo 15 bis que recoge la figura del “actuar en lugar de otro” en un precepto de la Parte General.

⁸⁵ Otro ejemplo en el Derecho Penal económico alemán es el parágrafo 266a StGB según el cual es punible el que como “empresario” retiene y no ingresa en el sitio correspondiente las cuotas de seguridad social de sus empleados. Se plantea el problema de que el especialmente obligado es el empresario, en la mayoría de los casos la empresa en la forma de persona jurídica y no las personas que actúan para ella que no tienen la calidad de “empresarios” y que, por tanto, no tienen la calidad especial exigida por el tipo.

⁸⁶ GRACIA MARTÍN, L., “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante en la empresa en el Derecho Penal español”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 91.

En el Derecho Penal alemán la figura del actuar en lugar de otro ya estaba reconocida en el parágrafo 14 StGB, éste sirvió de inspiración al legislador español en la redacción del artículo 15 bis.

El StGB en su parágrafo 14 (“Actuar en representación de otro”) señala: “I. Según actúe alguien 1. Como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como miembro de tal órgano; 2. Como socio representante autorizado de una sociedad comercial o; 3. Como representante legal de otros, habrá una ley que funde la calificación del tipo según las especiales características personales, relaciones o circunstancias, aplicables también al representante aunque no concurren estas características sino en el representado”. El apartado II agrega: “Cuando alguien sea encargado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello, 1. De dirigir total o parcialmente el centro de trabajo o; 2. Expresamente encargado, bajo su responsabilidad, de recibir cometidos que obliguen al propietario de la empresa, y actúe con motivo de este encargo, habrá una ley, según la cual especiales características personales funden la calificación del tipo, también aplicable al mandatario aunque no concurren estas características sino en el propietario. Lo dispuesto respecto a la empresa en el número 1 vale igualmente para la compañía. Cuando alguien actúe con motivo del correspondiente desempeño de un puesto de servicio público, el número 1 deberá aplicarse convenientemente”. Finalmente, el apartado III establece “Se deberán aplicar también los apartados I y II cuando la actuación legal sea ineficaz, sea cual sea la representación autorizada o la relación de comisión establecidas”⁸⁷.

El texto hoy vigente en el Derecho español relativo al actuar en lugar de otro mantiene en lo sustancial la redacción contenida por el artículo 15 bis con algunas modificaciones. El actual artículo 31 Código Penal español (1995) dispone: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una

⁸⁷ El parágrafo 14 StGB tiene su correlativo en el ordenamiento contravencional en el parágrafo 9 OWiG.

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 del 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”⁸⁸.

Estas disposiciones toman como punto de partida el hecho real de la disociación de los elementos del tipo del delito especial cumpliendo la función de ampliar el círculo de autores idóneos al representante a quien se “trasmiten” los elementos de autoría de que carece. La pregunta obvia que surge es cuál es el fundamento dogmático de dicha extensión de la autoría.

Mayoritariamente la doctrina alemana y española, han estimado que el fundamento legitimador de esa imputación que recogen los parágrafo 14 StGB y artículo 15 bis del Código Penal, es la denominada teoría de la representación. Así, la atribución de responsabilidad al representante sólo puede producirse por una auténtica transmisión del especial elemento de autoría que se produce por efecto de la representación. En virtud de la representación, quien ha asumido la tarea de cumplir los deberes que incumben a otro –deberes especiales que

⁸⁸ La incorporación del art 15 bis tenía como principal objetivo colmar las lagunas de punibilidad que originaba el principio *societas delinquere non potest*, quizás ello se deba a que dicho artículo sólo regulaba la situación de quién actúa en nombre de una persona jurídica. Pero lo cierto es que, el problema de escisión se verifica no sólo en el ámbito de los delitos cometidos en interés de una persona jurídica sino que comprende otras situaciones como, por ejemplo, las referentes a los delitos cometidos por el representante legal de un incapaz cuando las especiales cualidades exigidas por el tipo concurren en el incapaz y no en el representante. Por ello, el parágrafo 14 StGB se aplica a los casos del actuar en nombre tanto de una persona física como jurídica. En el mismo sentido, el nuevo artículo 31 del CP español, modifica el criterio del legislador de 1983 para incorporar también las actuaciones en nombre de una persona natural. Sin embargo, en el ámbito de la criminalidad empresarial, que es la que aquí interesa, serán las actuaciones de una persona física en lugar de una persona jurídica las que presenten mayor interés, es decir, los casos en que las condiciones específicas exigidas por el tipo para ser sujeto activo concurren en la empresa (normalmente organizada como sociedad mercantil) pero no en los órganos que la integran.

Otra cuestión que conviene aclarar, es que estos preceptos sólo son aplicables en el caso de los delitos especiales propios, es decir, aquellos que requieren específicas condiciones o cualidades para ser autor y que –por afectar éstas a la esencia misma del tipo de injusto- no encuentran correlato en una figura delictiva común paralela, ejecutable por cualquier persona.

definen al sujeto idóneo en función de la posición que ocupa y cuya infracción justifica la sanción- se ha colocado en la misma posición del sujeto idóneo y en el caso de infringirlos habrá realizado el mismo el injusto.

Sin embargo, como resalta SCHÜNEMANN, la teoría de la representación es errónea desde el punto de vista dogmático puesto que se trata de un criterio excesivamente formal y eminentemente civilista⁸⁹.

En el mismo sentido, GRACIA, considera que se trata de una teoría que no toma en cuenta importantes datos ontológicos vinculados a la persona del representante. Señala este autor que “dado que los extraños también pueden lesionar el bien jurídico protegido por el delito especial, la limitación de la autoría –y con ella de la tipicidad penal del hecho- a determinadas categorías de sujetos se explica por el carácter fragmentario del Derecho Penal: el legislador ha tomado en cuenta que sólo la lesión del bien jurídico que es llevada a cabo por una clase de sujetos es especialmente grave e insoportable y, por ello, merecedora y necesitada de pena. Por ello, no es ni mucho menos evidente que la lesión de un bien jurídico mediante el incumplimiento de deberes que incumben a otro tenga el mismo significado y sea igualmente insoportable –y, por ello, merecedora y necesitada de pena- que la realizada mediante el incumplimiento de deberes propios”⁹⁰.

Además, la teoría de la representación sería inaplicable en muchos casos frecuentes en el ámbito de la criminalidad empresarial, con lo que seguirían existiendo importantes lagunas de punibilidad perdiendo así eficacia la norma en cuanto a la finalidad político criminal que persigue. No sería aplicable, por ejemplo:

1. En el caso que se haya cometido un delito con tendencias subjetivas (ánimicas) egoístas, es decir, delitos en los que sólo es típica la acción si el

⁸⁹ “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 578.

⁹⁰ GRACIA MARTÍN, L., op. Cit., pág. 99.

autor obra en provecho o interés propio, mientras que una actuación en provecho o interés de otro es atípica. En estos casos, el representante a quien se extienden los elementos especiales de autoría que comete el hecho en provecho de la persona jurídica no sería sancionable.

2. Por otro lado, el texto mismo del artículo 15 bis del Código Penal y parágrafo 14 StGB, exige que el representante “actúe como tal”, o sea, “en interés de la persona jurídica”. Queda así fuera del campo de aplicación de estas normas todos aquellos casos en que el representante actúe en su propio interés⁹¹.

3. Tampoco podría aplicarse esta figura en los casos –muy frecuentes en el ámbito empresarial- en que el representante de la persona jurídica que reúne los elementos especiales de autoría sea, a su vez, una persona jurídica. En este supuesto, la persona física que realiza el hecho actúa para la persona jurídica representante no para aquélla que reúne las especiales condiciones de autoría por lo que no existe un vínculo de representación entre el sujeto cualificado y la persona física (el vínculo representativo es entre ambas personas jurídicas). En consecuencia, como señala GRACIA, “la teoría de la representación sólo podría resolver esta laguna de punibilidad mediante la previsión de una disposición de responsabilidad del “representante del representante” o de “actuaciones en lugar del que actúa en lugar de otro”⁹².

⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN, C, op. Cit, pág 220: De ello pueden resultar consecuencias absurdas, por ejemplo, “resulta chocante desde la perspectiva político criminal que se sancione conforme al delito de fraude a la Seguridad social a quien, actuando en interés de la empresa, se apropie indebidamente de las cuotas retenidas y, en cambio, no se castigue a quien, actuando en su propio provecho, las incorpore a su patrimonio. ACHENBACH, H, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit, pág. 384: Por ello, en Alemania, esta exigencia (“fórmula de los intereses”) desarrollada por la jurisprudencia, ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina que propone su sustitución por una relación funcional. Según ello, se da un comportamiento del representante, o bien, basado en el mandato, siempre que y únicamente, en el caso que el representante o mandatario pongan en marcha y aprovechen las posibilidades que nacen de su posición de representante o mandatario.

⁹² GRACIA MARTÍN, L., op. Cit., pág. 102.

En general, esta laguna de punibilidad se producirá en todos aquellos casos en que entre la persona física que actúa y la persona jurídica cualificada, no exista ningún vínculo representativo como es posible de suponer en muchos casos de actuaciones para un grupo de empresas o de una empresa económica jurídicamente atomizada en pluralidad de sociedades individuales y con personalidad jurídica independiente.

4. Finalmente, quedarían excluidas de la aplicación de esta figura las actuaciones realizadas por los representantes fácticos⁹³.

Son estas razones las que han llevado a un sector, aún minoritario de la doctrina -SCHÜNEMANN, BOTTKE y GRACIA, por ejemplo-, a proponer de *lege ferenda* una nueva fundamentación basada en un criterio de imputación material. No es la relación interna de la representación la que explica la integración del representante en el círculo de autores idóneos sino la relación material, externa, que establece el representante con el bien jurídico. El camino correcto es, en concepto de GRACIA, descubrir si el mismo fundamento material que limita la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos, existe cuando el hecho es realizado por un sujeto que no ocupa la posición formal requerida por el tipo.

SCHÜNEMANN adopta este nuevo enfoque fundamentando la responsabilidad del representante en la asunción de una posición de garante que, como en el delito impropio de omisión, deriva de un dominio sobre la causa

⁹³ Este sería el resultado de la interpretación, conforme a la teoría de la representación del antiguo art. 15 bis del CP español y el actual par. 14 StGB. Respecto al primero, el texto legal restringía la aplicación del precepto al que actuare como “directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma”. El par. 14 StGB, por su parte, si bien incluye en su apartado III una cláusula en virtud de la cual no se excluye la aplicación del precepto en los casos en que el acto de apoderamiento sea inválido, siempre exige que éste exista materialmente, es decir, requiere de un mandato expreso con lo que deja fuera del ámbito de aplicación de la norma otros casos de representación de hecho distintos al del apoderamiento inválido. Con respecto al actual art. 31 del CP español, en cambio, MARTÍNEZ-BUJÁN, C., op. Cit., pág. 225, sostiene que es perfectamente posible considerar en la expresión “administrador de hecho” toda clase de actuaciones fácticas de sujetos que actúan en lugar del sujeto idóneo del delito especial.

del resultado. Este dominio se define en función de los especiales elementos de autoría descritos por el tipo que se extiende a aquél que, aún cuando no reúna dichas cualidades, se ha situado en la misma posición del sujeto cualificado porque asume fácticamente dicho dominio al actuar a nombre de éste.

Esta nueva concepción aportaría un criterio dogmático adecuado para fundamentar la responsabilidad del representante y permitiría colmar las lagunas de punibilidad que derivan de la concepción formal de la representación. No obstante, aún bajo una perspectiva material, resulta dudoso que la figura del actuar en nombre de otro resulte una eficaz herramienta en la lucha contra la criminalidad empresarial.

La principal objeción que se ha planteado es que se trata de una figura de imputación típicamente hacia abajo, porque concentra la responsabilidad en los representantes que suelen ser los eslabones más bajos de la cadena funcional, quienes ejecutan las órdenes de un plan previamente concebido desde arriba, con todas las consecuencias negativas que de ello derivan en relación al efecto preventivo de la sanción penal. En definitiva, la ampliación de la responsabilidad del órgano o representante es político criminalmente ineficaz porque no tiene una incidencia directa en la disposición criminal de la asociación⁹⁴.

En segundo lugar, esta figura presenta importantes reparos constitucionales. Para MARXEN, la disposición tiene como estructura básica la analogía ya que la condición de su aplicación es que en el sujeto no concorra un elemento típico, por lo cual al representante se le aplica un tipo modificado⁹⁵.

Finalmente, muchos autores, aún cuando defienden la utilidad de esta figura denuncian un claro defecto en su redacción incompatible con el principio de culpabilidad. De su sola lectura aparece que la responsabilidad del

⁹⁴ En este sentido SCHÜNEMANN y JAKOBS citados por GRACIA MARTÍN, L., op. Cit., pág.106 y MAXEN citado por ACHENBACH, H., "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", op. Cit., pág. 395.

⁹⁵ Citado por GRACIA MARTÍN, L., op. Cit., pág. 107.

representante no requiere que este haya realizado por comisión u omisión el hecho que constituye la base material del delito lo que nos llevaría a concluir que la sanción se fundamenta en la sola circunstancia de detentar la condición de representante lo que deriva en un inadmisibles supuesto de responsabilidad objetiva⁹⁶.

INSUFICIENCIA DE LOS SISTEMAS DE IMPUTACION INDIVIDUAL PARA RESOLVER LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA

Es un hecho incuestionable que las personas jurídicas actúan siempre mediante personas físicas. Por ello, no debe renunciarse a la búsqueda de instrumentos dogmáticos adecuados para la individualización de responsabilidades, particularmente, hacia arriba. Esta tendencia, que busca evitar el menoscabo del efecto preventivo de la sanción penal cuando la responsabilidad se traslada a los eslabones más bajos de la organización, se enfrenta al problema de escisión que se verifica entre los sujetos que actúan y quienes deben hacerse responsables por ese hecho. Esta escisión en Derecho Penal y de cara al principio de culpabilidad, no puede como en otros ámbitos (civil, mercantil o tributario) resolverse mediante la teoría de la representación. En otras palabras, el desafío está en tratar de conciliar el mantenimiento de las exigencias garantísticas del principio de responsabilidad individual—opuestas a

⁹⁶ En palabras de BUSTOS RAMÍREZ, J., “La responsabilidad de las personas jurídicas”, En: Derecho Penal Hoy, Homenaje al profesor David Baigún, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, pág. 18: “Esta fórmula, si bien parte por salvar el axioma que sólo las personas naturales pueden ser sujeto activo de delito, por otra implica una comunicabilidad que no tiene un fundamento dogmático tradicional sólido, ya que atribuyen una característica que no se tiene, con lo cual, en definitiva, hay una imputación de responsabilidad objetiva o presunción de responsabilidad, y nuevamente sobre la base de que el Estado no puede dejar de ejercer su intervención punitiva. Se está nuevamente en contradicción con los principios garantistas básicos del Derecho Penal tradicional”.

cualquier forma de responsabilidad objetiva- con los principios que rigen la actuación organizada en la empresa.

En este sentido, las novedosas figuras de imputación individual analizadas presentan una serie de cuestionamientos y se encuentran aún en desarrollo y perfeccionamiento. Las objeciones planteadas en el análisis particular de cada una de ellas no han querido significar que debe prescindirse de modelos de responsabilidad individual idóneos para hacer frente a la criminalidad de empresa. Por el contrario, la cuestión está en la necesidad de perfeccionarlas para evitar que los entes colectivos sirvan de coartada para enmascarar la responsabilidad individual de personas que realizan delitos⁹⁷ pero conformándolas con las garantías del sistema, es decir, evitando que estos modelos deriven en formas de responsabilidad profesional que se adquieran por el mero hecho de asumir un determinado rol en la empresa.

Sin embargo, aún cuando se lograra perfeccionar y resolver las objeciones que presentan estos instrumentos, la sola consideración de modelos de responsabilidad individual no resulta suficiente para hacer frente a los problemas planteados por la criminalidad de empresa. En este punto cabe preguntarse, según SCHÜNEMANN: “¿son necesarias sanciones específicas contra las entidades colectivas como complemento de un derecho penal individual óptimamente configurado?”⁹⁸

⁹⁷ VIRGOLINI, J., op. Cit, pág. 129: “De alguna manera, la vigencia del principio *societas delinquere non potest* respondía o era compatible con ciertas razones de política criminal, vinculadas con la necesidad de que la penalización de los sujetos colectivos no derivara por reflejo en la impunidad de las personas naturales que están detrás de ellas o que actúan a través de esa cobertura: si las sociedades no eran punibles, sí lo eran las personas que no podían utilizar la cobertura artificial proporcionada por la interposición de una estructura ideal entre las personas y sus conductas, o los efectos de éstas. En cambio, en la actualidad esas razones se han invertido, y dado el poder y la estructura de las grandes corporaciones, el riesgo es que éstas, que permanecen en la vida del mercado con prescindencia de las fugaces actuaciones de sus miembros o de las personas que integran sus órganos, alcancen un grado de protección que las rinda inmunes a toda forma de control.”

⁹⁸ “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 567.

El escollo con el que tropiezan los modelos de responsabilidad individual es que exigen determinar a un sujeto culpable y esto es precisamente lo problemático. La tarea de individualizar a el o los dependientes que han intervenido en el hecho al interior de sistemas productivos cada vez más complejos puede resultar tan difícil como la de determinar a la decisión concreta de qué sujeto en la cúpula de la organización empresarial debe reconducirse el diseño del plan delictivo o la responsabilidad por la no evitación de comportamientos lesivos para bienes jurídicos por parte de sus subordinados.

En definitiva, la atribución de responsabilidad “hacia arriba” también presenta dificultades. En primer lugar, considerando la forma paradigmática de la autoría, esto es, la realización de la conducta típica de propia mano, se plantea el problema de que aquellos que tienen poder de decisión y conducción no pueden ser autores porque no ejecutaron el hecho típico. Si bien debemos reconocer –siguiendo a ROXIN- que pertenece a la estructura de sentido del comportamiento humano que la infracción no se dé única y exclusivamente por la realización del movimiento corporal propio coincidente con el comportamiento prohibido, sino que también puede utilizarse el comportamiento ajeno como parte del plan incongruente con la norma de comportamiento, esto debe ser coherente con el principio de responsabilidad personal y el principio de dolo o culpa.

Lo anterior supone que, para la atribución de responsabilidad al titular o directivo de la empresa, debe comprobarse que éste ha realizado personalmente el delito con conciencia y voluntad (sea de propia mano, sea por dominio de la voluntad o funcional del hecho) o con negligencia. Y esta comprobación resulta también difícil fuera del ámbito de ejecución de propia mano, por cuanto al interior de organizaciones complejas la toma de decisiones aparece altamente descentralizada, es decir, la toma de decisiones también se fragmenta en diversos centros decisionales constituidos de acuerdo a ciertos

roles funcionales asignados al interior de la organización, por lo cual “el iter formativo de la voluntad social también es complejo”⁹⁹

En materia penal, insistimos, no es posible una atribución directa de responsabilidad al titular de la empresa por el hecho ajeno (por el principio de responsabilidad personal) ni el recurso a estatutos de responsabilidad estricta que permitan prescindir de la comprobación del dolo o culpa de un sujeto individual perfectamente determinado. Quienes se sitúan en los más altos niveles de la escala jerárquica podrán fácilmente excusarse en el hecho de que si bien, teóricamente, ostentan el poder de decisión y poseen la información global sobre el funcionamiento de la organización, sólo han diseñado las políticas generales de la empresa en cuya concreción intervienen otros sujetos que pueden haber incurrido en ilícitos penales.

La comprobación del dolo o culpa del titular de la empresa por el hecho concreto del subordinado puede resultar muy difícil aún utilizando la figura de la omisión impropia a menos que se recurra a la mera infracción del deber de vigilar como fundamento de la responsabilidad del superior, cuestión que al margen de todas las críticas desarrolladas, impediría la imposición de sanciones proporcionales al ilícito del dependiente por no existir una relación de imputación subjetiva entre el comportamiento del superior y la concreta lesión del bien jurídico, es decir, por fundarse la punición en la mera infracción –dolosa o imprudente- del deber de vigilar.

La descentralización en la toma de decisiones no es el único obstáculo para individualizar responsabilidades a este nivel. En las modernas sociedades de riesgo, se demanda al Derecho Penal una respuesta adecuada frente a situaciones de riesgo para bienes jurídicos que derivan de procesos técnicos colectivos. Desde esta perspectiva, los principios de imputación del Derecho Penal individual son insuficientes frente a todos aquellos casos en que las consecuencias lesivas para bienes jurídicos son resultado de una evolución

⁹⁹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 176.

defectuosa sistemática que no se puede reconducir de forma puntual a una única decisión, como explica OTTO: “los peligros y lesiones a bienes jurídicos, por parte de empresas son a menudo el resultado de defectos empresariales, no de una concreta decisión de una sola persona, sino del déficit en la conciencia de los riesgos o la previsión de riesgos de varios años”¹⁰⁰.

Finalmente, resulta crucial abordar la respuesta del propio SCHÜNEMANN frente a la pregunta por el mismo planteada. Para este autor, aún cuando se configuraran óptimamente los presupuestos de imputación individual, persistiría un problema que es irresoluble desde la perspectiva del Derecho Penal individual, cual es el de una eventual “actitud criminal colectiva” que debilita el efecto preventivo del Derecho Penal por el predominio de modelos colectivos de comportamiento. Estudios de psicología social¹⁰¹ han demostrado que los comportamientos de los sujetos individuales no son los mismos cuando actúan en solitario que cuando se ven resguardados por el grupo, por ello, como señala SCHÜNEMANN, la criminología moderna se enfoca en la “actitud criminal colectiva”, es decir, en el espíritu de grupo, establecido en una colectividad de personas y, por tanto también en una empresa económica, por una pluralidad de procesos de aprendizaje, en cuanto fuente de una conducta uniforme lesiva de bienes jurídicos por parte de los miembros del grupo que están dispuestos en el marco del espíritu de grupo a realizar sin más lesiones de bienes jurídicos a las que no se dejarían arrastrar nunca en su esfera privada¹⁰².

Así, la teoría de los sistemas autopoyéticos de LUHMANN, tendría respecto a las empresas económicas el siguiente contenido: “Para el Derecho sería prácticamente imposible influir la conducta del integrante de una empresa

¹⁰⁰ Citado por ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 69.

¹⁰¹ Sobre el experimento Milgram, por ejemplo, GÜNTER en Sozialpsychologie, citado por SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 572, y PEIRÓ en Psicología de la Organización, citado por ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 68.

¹⁰² “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 572.

económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una formación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por sí mismo las acciones que en ella se realizan, y cuya autonomía no puede ser desatendida por un Derecho regulativo, sino que tiene que ser respetada por un Derecho reflexivo”¹⁰³.

SCHÜNEMANN dice que “para que el sistema autopoyético de la empresa no haga rebotar las exigencias del Derecho estatal y no las sustituya en este sentido por su propio egoísmo, tiene que ser provechosa la observancia de la norma para el sistema mismo de acuerdo con su propia estimación de costes y beneficios, de modo que la infracción de la norma tiene que estar unida no sólo para el individuo integrado en la empresa, sino también para la empresa misma, a perjuicios que superen las ventajas que se puedan esperar de dicha infracción”¹⁰⁴.

A juicio de este autor, los modelos de responsabilidad individual óptimamente configurados sólo producen una compensación de los problemas teóricos de imputación pero no atacan el efecto criminógeno de una actitud criminal de la asociación¹⁰⁵. Por esta razón, concluye como respuesta a la pregunta planteada: “las necesidades político criminales no pueden ser satisfechas sólo mediante una eficaz configuración del Derecho Penal

¹⁰³ Ibid

¹⁰⁴ Op. Cit., pág. 580.

¹⁰⁵ En el mismo sentido RUSCONI, M., “Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?”, En: Derecho Penal Hoy, Homenaje al profesor David Baigún, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, pág. 73: “la decisión de la persona física, en el marco de la organización empresaria, se encuentra totalmente condicionada por el papel que desempeña; toda persona que ocupe ese lugar funcional sufrirá el mismo condicionamiento, que será probablemente inmodificable debido a la permanencia de la gestión empresaria y la fungibilidad de las personas físicas. Haciendo un paralelo con la teoría dominante de la autoría en aparatos de poder, aquí el autor de escritorio es la propia persona jurídica, razón por la cual el factor criminógeno sigue intacto”. También TIEDEMANN, K., “Poder económico y delito”, op. Cit. pág. 155.

individual, sino que exigen medidas jurídico-penales contra el grupo como tal”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 581.

CAPITULO V. RESPONSABILIDAD PENAL PROPIA DE LA PERSONA JURÍDICA

PROBLEMAS DOGMÁTICOS QUE PLANTEA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Introducción.

La existencia de la capacidad delictiva de la *universitas* fue la idea predominante durante toda la Edad Media y se extendió aún hasta finales del siglo XVIII. Sin embargo, a partir del siglo XIX – y hasta nuestros días- se plantea la exclusión de la persona jurídica del ámbito del Derecho Penal. El dogma *societas delinquere non potest* se impone bajo la influencia de SAVIGNY y su doctrina de la ficción de las personas jurídicas. La irresponsabilidad penal de las personas morales era considerada como una consecuencia inevitable de la ficción, de la que FEUERBACH había deducido las consecuencias en el Derecho Penal¹⁰⁷.

Pese a ello, existieron autores que, influenciados por la teoría orgánica de GIERKE, pretendieron a finales del siglo XIX y principios del XX afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tales autores, entre los que cuentan VON LISZT, HAFTER y BUSCH, no lograron, sin embargo, imponerse sobre la doctrina dominante¹⁰⁸.

Chile también recibe el influjo de esta discusión, la naturaleza de la persona jurídica –realidad o ficción- condiciona en gran medida las respuestas,

¹⁰⁷ FEUERBACH, “*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*” (1º edición, 1801), núm. 28, citado por MESTRE, A., “Las personas morales y su responsabilidad penal; asociaciones, corporaciones y sindicatos”, Góngora Casa editorial, Madrid, España, [19--], pág. 39.

¹⁰⁸ Sobre VON LISZT, HAFTER y BUCH, ver BACIGALUPO, S., op. Cit., págs. 70 a 88.

mayoritariamente contrarias, en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se ha adelantado que la más moderna discusión sobre la naturaleza de la persona jurídica apunta a su conceptualización como sistema. En todo caso, sea la persona jurídica realidad o ficción, es un hecho que las tradicionales categorías dogmáticas de la teoría del delito han sido construidas a partir de la persona humana. Por ello, hoy, la principal dificultad con la que tropiezan los intentos por reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue siendo la incompatibilidad de dichas categorías con las características particulares de los entes colectivos. Se niega a éstos la capacidad de realizar una acción penalmente relevante y, más aún, la capacidad para ser culpables.

A continuación se examinará la discusión doctrinaria tanto nacional como extranjera en torno a la aplicación de dichas categorías – la acción y la culpabilidad- a las personas jurídicas desde la perspectiva de la evolución de la teoría del delito.

Problema de la capacidad de acción de la persona jurídica.

La acción jurídico penal contiene, como uno de sus elementos integrantes, la voluntad, fenómeno psíquico que sólo estaría presente en las personas físicas. Así, en la definición de la acción siempre ha estado presente el elemento “voluntad” con un mayor o menor grado de intensidad.

Para la teoría clásica, la acción consiste en un puro movimiento corporal que causa una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos¹⁰⁹. La voluntariedad exigida es la más elemental, es decir, la necesaria para ordenar el movimiento corporal.

¹⁰⁹ CURY URZÚA, E., “Derecho Penal, Parte General”, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2° edición, Santiago de Chile, 1992, pág. 237.

No deja de sorprender que LISZT, sea uno de los principales defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto de la discusión dogmática del siglo XIX cuando precisamente el concepto de acción por el defendido no es compatible con la noción de persona jurídica.

Para LISZT, los delitos de las corporaciones son posibles jurídicamente pues, las condiciones de la capacidad de obrar de las corporaciones, en materia penal, no serían fundamentalmente distintas de las exigidas por el Derecho Civil o por el Derecho Público. “Si cualquier sociedad puede contratar, puede también celebrar contratos dolosos o leoninos, o no cumplir los contratos celebrados...Por otra parte, la corporación es un sujeto de bienes jurídicos (derechos patrimoniales, relativos al honor, etc.) que pueden ser lesionados o destruidos...”¹¹⁰. Para dicho autor es recomendable aceptar su incriminación “pues, por una parte el acto, detrás del cual se encuentra no uno o varios individuos sino una corporación, alcanza una significación distinta y más elevada” y “por otra parte, es contrario a la justicia como a la política criminal, dejar impune al culpable y cargar exclusivamente la responsabilidad sobre un órgano de voluntad ajena”¹¹¹.

La evolución en la discusión dogmática a partir de las críticas efectuadas a las concepciones causales naturalistas, no permiten tampoco sostener la capacidad de acción de las personas jurídicas. El paso dado por el sistema neoclásico, cuyo principal exponente es MEZGER, de reconocer la existencia de elementos subjetivos a nivel de injusto, acentúa la concepción personal del delito y conserva en lo esencial, la idea de acción como causación de un resultado procedente de la voluntad.

¹¹⁰ VON LISZT, F., citado por RUSCONI, M., op. Cit, pág 74 y por BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 70.

¹¹¹ VON LISZT, F., citado por POLITOFF, S., op. Cit., pág. 353.

Más difícil aún resulta conciliar la capacidad de acción de la persona jurídica bajo el concepto de acción final de WELZEL, es decir, bajo la concepción de la acción como ejercicio de la actividad final. Para esta teoría –explica ROXIN- la esencia de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo “supradetermina de modo final”¹¹².

MAURACH, considera que el reconocimiento de la capacidad jurídico-penal de la persona jurídica resultaría inadmisibles para el finalismo “que aparta el concepto de acción del simple producir un resultado relevante jurídico penalmente y muestra con fuerza a la acción como producto genuino del individuo, esto es, del hombre aislado; la voluntad de la asociación no puede tampoco, por una consideración más real, ser equiparada a la voluntad de acción del hombre particular”¹¹³.

En España, GRACIA, siguiendo la doctrina finalista, considera que la voluntad como elemento estructural, ontológico del concepto de acción y omisión debe entenderse en un sentido psicológico. Por esta razón –según el citado autor- “únicamente la persona humana tiene capacidad de acción, pues sólo ella está dotada de las facultades de la conciencia y la voluntad en sentido psicológico”¹¹⁴.

En Chile, la recepción de la dogmática finalista se produce a finales de la década del 60 y principios del 70. Dicha recepción ya puede observarse en el

¹¹² ROXIN, C., “Dogmática jurídicopenal y sistema del Derecho penal “, En su: “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 199.

¹¹³ Citado por COUSIÑO MAC IVER, L., op. Cit., pág. 273.

¹¹⁴ GRACIA MARTÍN, L., op. Cit., pág. 89. También en la doctrina española, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., págs. 111 y 112: La voluntad como elemento integrante de la acción jurídico-penal está considerada desde el punto de vista psicológico, no normativo, por lo que sólo puede ser atribuida a una persona física”.

primer tomo de la obra sobre Derecho Penal chileno de Luis COUSIÑO MAC IVER. Para este autor, el único sujeto activo de los delitos es la persona humana, pues es el exclusivo ser capaz de realizar acciones dirigidas a determinadas finalidades de acuerdo con una voluntad consciente¹¹⁵. Por ello, más que el obstáculo que representa la doctrina de la ficción, la verdadera razón de la impotencia delictual de la persona jurídica –conforme a la moderna formulación doctrinaria- es para COUSIÑO, la imposibilidad de que realicen acciones voluntarias, dentro del significado que le asigna la ciencia jurídico-penal¹¹⁶.

Otros autores nacionales seguidores del paradigma finalista no pueden llegar a otra conclusión que la de rechazar la capacidad de acción de la persona jurídica. GARRIDO, por ejemplo, sostiene que la naturaleza de estos entes hace difícil concebir que su acción calce con la noción de acción final, que presupone procesos volitivos vinculados con la finalidad que no son inherentes a su estructura y que no deben confundirse con los individuos que integran sus directorios y órganos ejecutivos. Agrega que aceptar su calidad de sujeto activo de delito llevaría obligadamente a aceptar también que pueden ser sujetos de una legítima defensa o de un estado de necesidad, lo que por lo antes señalado resulta incompatible¹¹⁷.

Si bien es cierto que no podemos afirmar que los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puedan ser los mismos que en el Derecho Civil, como lo hace LISZT¹¹⁸, no podemos desconocer que la

¹¹⁵ COUSIÑO MAC IVER, L., op. Cit., pág. 267.

¹¹⁶ COUSIÑO MAC IVER, L., op. Cit., pág. 272.

¹¹⁷ GARRIDO MONTT, M., "Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito", tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2º edición, Santiago de Chile, 2001, pág. 57.

¹¹⁸ VON LISZT, F., citado por POLITOFF, S., op. Cit., pág. 353, señala: "Se debe afirmar el reconocimiento de la responsabilidad penal de las sociedades hasta donde llegue su capacidad civil, y la punición de tales entidades, en cuanto son sujetos independientes de bienes jurídicos, se presenta, no sólo como posible, sino asimismo como conveniente".

realidad jurídica y sociológica muestra que las personas jurídicas actúan en el tráfico jurídico, que son titulares de derechos y obligaciones y que poseen una voluntad propia que el derecho considera independiente y distinta de los miembros que la componen.

Es claro que no se trata de una voluntad en sentido psicológico, pero sí se trata de una voluntad que para el Derecho es apta para producir consecuencias jurídicas y dentro de ellas, consecuencias jurídico-penales. El mismo BAJO, partidario de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, termina por asumir que “el argumento de la incapacidad de la persona jurídica para realizar acciones parece, de un lado, excesivamente formalista cuando se trata de tan grave delincuencia como la de carácter económico y, de otro lado, resulta chocante fundamentalmente para quienes no alcanzan a dar importancia al elemento psicológico en el concepto de acción jurídico penal”. En realidad hay que reconocer –según BAJO- que “no puede negarse que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes. En efecto, la persona jurídica puede realizar actos o negocios jurídicos que, además, pueden constituir el elemento central de una conducta penalmente típica”¹¹⁹.

Tampoco puede desconocerse que el grueso de las prescripciones del Derecho Penal económico se dirige precisamente a los principales agentes del tráfico económico, es decir, a personas jurídicas y que el hecho de que sean destinatarias de la norma viene a corroborar que las personas jurídicas pueden vulnerar precisamente dichas normas¹²⁰.

Si a ello sumamos – como precisa BUSTOS- que es un hecho que hoy a las personas jurídicas se les aplican sanciones punitivas, “si no se quiere caer en la

¹¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 112.

¹²⁰ Así lo sostiene HIRSCH y TIEDEMANN, a propósito del párrafo 30 OWiG. Citados por BACIGALUPO, S., op. Cit., págs. 130 y 173.

pura ficción, necesariamente hay que reconocer que ello obedece a la existencia de un comportamiento ilícito por parte de la persona jurídica”¹²¹.

Una postura apoyada en la realidad no tiene más alternativa que asumir que la capacidad de realizar una acción jurídico-penalmente relevante no puede depender de la noción de voluntad psicológica. En este sentido, JESCHECK, aún cuando no acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sostuvo que la capacidad de acción de las personas jurídicas podía fundamentarse cualquiera fuese el concepto de acción que se defendiera. Para él, todas las teorías del delito se basan en un elemento común: “un comportamiento conducido por la voluntad”, y tal elemento se daría en las decisiones tomadas por el consejo de dirección de una empresa¹²².

Pero aún considerando estos argumentos, resta por resolver si la persona jurídica tiene una capacidad de acción “propia”. Cualquiera sea el concepto de acción que se sostenga, es claro que en su aspecto más elemental, una acción jurídico-penal supone una conducta significativa en el mundo exterior y ésta jamás podrá realizarla la propia persona jurídica porque ella siempre actúa a través de personas naturales, es decir, de sus órganos. Por ello, autores como ENGLISH y SCHMITT, consideran que la cuestión de la incapacidad de acción de las personas jurídicas no se relaciona con el concepto de acción que se defiende, ya que se trata de una absoluta carencia de capacidad natural de acción¹²³.

Esta objeción –según RUSCONI- no toma en cuenta que en un considerable sector de la teoría de la participación del Derecho Penal tradicional responde quien, en verdad, no ha realizado personalmente la acción¹²⁴.

¹²¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., “La responsabilidad de las personas jurídicas”, op. Cit., pág. 20.

¹²² Citado por BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 129. Precisa esta autora que JESCHECK se manifestó contrario a la capacidad de acción de las personas jurídicas en un trabajo posterior.

¹²³ Citados por BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 129 y 130.

¹²⁴ RUSCONI, M., op. Cit., pág. 76.

De este modo, un sector de la doctrina, entre los que cuenta TIEDEMANN, responde que se trata de una forma de imputación que opera en forma similar a lo que acontece en la coautoría y en la autoría mediata, casos en los cuales se imputan al coautor y al autor mediato hechos que no han sido materialmente realizados por ellos mismos sino por otro coautor o por el instrumento¹²⁵.

Finalmente, es preciso señalar que la supuesta incapacidad de acción de la persona jurídica no ha sido el obstáculo decisivo para el reconocimiento de su responsabilidad penal. Como señala TIEDEMANN, “se reconoce ampliamente que a la agrupación y, sobre todo, a la persona jurídica no les falta capacidad de actuar: actúan y reaccionan a través de sus órganos, cuyas acciones y omisiones son consideradas como las del grupo. Lo que no existe en la persona jurídica, según el criterio tradicional de la Europa continental, es la culpabilidad en el sentido de reproche moral”¹²⁶.

Problema de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica.

En el Derecho Penal moderno, no hay responsabilidad penal sin culpabilidad.

No cabe duda que la teoría de la culpabilidad psicológica sostenida por el sistema clásico es inaplicable a la persona jurídica. La culpabilidad para autores como LISZT y BELING es concebida simplemente como un vínculo de naturaleza psicológica que enlaza al autor con su acto. El dolo y la culpa son los dos modos de presentación de esa relación psicológica, de las cuales la imputabilidad es el presupuesto¹²⁷.

¹²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN, C., op. Cit., pág. 239.

¹²⁶ TIEDEMANN, K., “Poder económico y delito” op. Cit., pág. 154.

¹²⁷ CURY URZÚA, E., “Derecho Penal, Parte General”, tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2° edición, Santiago de Chile, 1992, pág. 14.

Por esta razón, para LISZT no fue posible afirmar la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica en el sentido psicológico por el defendido y por ello, concluye, que siendo la persona jurídica capaz de acción y, en definitiva, capaz de cometer un delito, no puede ser sujeta a una pena sino a una medida de seguridad¹²⁸.

Para la teoría neoclásica, la culpabilidad, de vinculación psicológica del sujeto con su hecho, se transforma en una noción normativa, en un juicio valorativo: el reproche que se hace al sujeto por haber actuado en forma contraria al derecho pudiendo haberlo evitado (teoría normativa compleja). Según FRANK, para hacer este juicio de reproche se requiere: 1) imputabilidad; 2) que haya actuado con dolo (conciencia de la ilicitud de la acción) o culpa; 3) que el autor al realizar el hecho se haya encontrado en circunstancias normales (las circunstancias concomitantes)¹²⁹.

En Chile, NOVOA MONREAL, seguidor del paradigma neoclásico, afirma que hoy en día predomina entre los penalistas la idea de que los seres incorpóreos no pueden delinquir porque faltan en ellos como atributos propios, el conocimiento y la actitud psicológica que constituyen bases imprescindibles de la culpabilidad. La circunstancia de que en la esfera del Derecho Privado y respecto de relaciones jurídicas patrimoniales se les reconozca capacidad y se les atribuya una voluntad propia – agrega- no es suficiente para estimarlos capaces de delito porque –citando a BETTIOL- “el Derecho Penal no se fundamenta sobre abstracciones y ficciones, sino que radica en la realidad ético-psicológica”. Concluye NOVOA que “el fundamento propio del Derecho Penal, exige y supone un ser libre y consciente, dotado en sí mismo de estos atributos, idóneo para captar directamente el precepto penal y para someter su

¹²⁸ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 71 y 72.

¹²⁹ GARRIDO MONTT, M., op. Cit., pág. 200.

conducta a sus exigencias, que no se da en las personas jurídicas. Es por esto que ellas no pueden delinquir”¹³⁰.

La teoría de la acción final, recoge el concepto de culpabilidad elaborado por FRANK pero le introduce modificaciones decisivas que dan origen a la teoría normativa pura¹³¹. Los finalistas mantienen la noción de juicio de reproche del hecho a su autor porque pudo actuar de manera distinta pero, en su sistema, el dolo y la culpa dejan de ubicarse en la culpabilidad y pasan al tipo penal como tipo subjetivo. Los elementos del reproche son, entonces, la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta o motivación normal¹³².

Si la culpabilidad, bajo una concepción normativa, “consiste en un juicio de reproche que se hace al autor por haber actuado antijurídicamente a pesar de que pudo actuar conforme a derecho”, es indudable -según BARBERO- “que aquí subyace una de las mayores dificultades...para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”¹³³. Se trata de un juicio de reproche que está estrechamente vinculado a las características de una persona natural porque parte de la premisa de la libertad de decisión de una persona (libre albedrío).

En el mismo sentido, en la doctrina nacional, GARRIDO señala que “la culpabilidad se asienta en la libertad para accionar y en la posibilidad de tener conciencia de la antijuridicidad de la acción delictiva; aceptar la responsabilidad

¹³⁰ NOVOA MONREAL, E., “Curso de Derecho Penal chileno: parte general”, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960, pág. 237 y 238.

¹³¹ CURY URZÚA, E., “Derecho Penal, Parte General”, tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2º edición, Santiago de Chile, 1992, pág. 20.

¹³² GARRIDO MONTT, M., op. Cit., pág. 202.

¹³³ BARBERO SANTOS, M., “¿Responsabilidad penal de la empresa?”, En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 32.

penal de las personas jurídicas importaría reconocer que cuentan con un atributo inherente a la personalidad humana”¹³⁴.

En Alemania, se ha pretendido sortear esta dificultad (la libertad de voluntad), simplemente, imputando la culpa de la persona física a la persona jurídica. Así, el Tribunal Federal Constitucional alemán el año 1966, en un giro que SCHÜNEMANN califica de “sorprendente”¹³⁵, declaró que la multa a imponer a entidades colectivas en virtud del parágrafo 30 OWiG no contravenía el principio de culpabilidad -principio que según dicho Tribunal es aplicable a todas las medidas represivas similares a la pena- por cuanto sería lícita “una imputación de culpabilidad en el ámbito de las personas jurídicas mediante la culpabilidad de las personas que actúan responsablemente para ella”¹³⁶.

En la doctrina, HIRSCH ha defendido este punto de vista¹³⁷. Afirma que, en la realidad social, es un hecho tanto la aceptación de la culpabilidad de las corporaciones como la formulación de un juicio ético sobre las mismas. Funda su argumento en diversos ejemplos extraídos del uso cotidiano del lenguaje. Así, se habla de la culpa de una empresa que vierte residuos tóxicos en las aguas de un río por la contaminación de las mismas¹³⁸.

¹³⁴ GARRIDO MONTT, M., op. Cit., pág. 57.

¹³⁵ Porque hasta ese momento, se había rechazado la imposición de penas a entidades colectivas precisamente porque con ellas se lesionaría el principio de culpabilidad consagrado a nivel constitucional y que el Tribunal Federal Constitucional consideró aplicable aún en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

¹³⁶ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 585.

¹³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, C., op. Cit., págs. 238 y 239: “Hirsch estima que las personas colectivas son capaces de acción en la medida en que éstas sólo pueden actuar a través de sus órganos, o sea, a través de las acciones humanas de dichos órganos, con lo cual estas acciones son al propio tiempo las acciones de las personas colectivas; de mismo modo, el reproche de culpabilidad por la conducta de las personas físicas también se debe imputar directamente a las personas colectivas”.

¹³⁸ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 174 a 176.

La culpabilidad de la persona jurídica se determinaría a partir de la culpabilidad del órgano que realizó la acción (hecho de conexión) en la medida que el hecho delictivo hubiese podido ser evitado por la persona jurídica¹³⁹.

SCHÜNEMANN considera que HIRSCH prácticamente sólo se refiere al uso cotidiano del lenguaje para afirmar una culpabilidad de los entes colectivos en cualquier suceso en que existan ámbitos de responsabilidad, “sin que él se cuestione el problema evidente para un finalista de qué estructuras lógico-materiales son puestas en relación mediante el específico concepto de culpabilidad penal y si el uso cotidiano del lenguaje armoniza con ello”¹⁴⁰.

En general, los intentos de trasladar la culpabilidad del autor individual a la persona jurídica han sido rechazados por la doctrina por cuanto se trataría de una forma de imputación de culpabilidad ajena inadmisibles en el Derecho Penal moderno.

La cuestión, entonces, está en determinar si es posible hablar de una culpabilidad propia de la persona jurídica. Es claro que partiendo de una noción que presuponga la libertad de autodeterminación de un individuo con capacidad para comprender la criminalidad de su accionar y actuar conforme a esa comprensión, las respuestas no pueden ser satisfactorias. No obstante, en el estado actual de la discusión jurídico-penal no puede decirse que la aludida concepción de la culpabilidad sea pacífica¹⁴¹.

RUSCONI considera que fundar una oposición enérgica a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la mano del concepto “más inestable

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 586.

¹⁴¹ ACHENBACH, H., “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, En: SCHÜNEMANN, B., comp, “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 135: “El hablar de culpabilidad, como si supiéramos o, mejor, como si estuviéramos de acuerdo en qué es, constituye la fuente fundamental de los cientos de mal entendidos que lastran la discusión sobre este tema de modo tan persistente”.

sistemáticamente de la teoría del delito... no puede reclamar una fuerza de convicción terminante”¹⁴². La noción de culpabilidad en el moderno Derecho Penal preventivo –según SCHÜNEMANN- constituye un cuerpo extraño, por lo que su inclusión, desde el punto de vista político criminal y sistemático, “o se fundamenta de una forma nueva respecto al viejo Derecho Penal retributivo, o debe ser rechazada”¹⁴³.

La principal crítica al Derecho penal retributivo, es decir, aquel en el cual la función de la pena se halla únicamente en retribuir la culpabilidad del autor del hecho punible, se basa en que la culpabilidad bajo dicha perspectiva tendría como premisa la existencia del libre albedrío humano, presupuesto no comprobado e imposible de demostrar. Para diversos autores, fundar el Derecho Penal en una premisa no verificable, como el libre albedrío, le resta legitimidad.

Por esta razón, si bien la doctrina dominante en Alemania sigue entendiendo la culpabilidad a partir de las concepciones tradicionales sobre el “poder actuar de otro modo”, “va experimentando paulatinamente un distanciamiento de las tesis librearbitristas, siendo sometida a baremos sociales y crecientemente normativos”¹⁴⁴.

En España y en nuestro medio, autores como LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG y BUSTOS, pretenden dejar de lado el problema del libre albedrío y afinan la substancia de la culpabilidad en la posibilidad de

¹⁴² RUSCONI, M., op. Cit., pág. 79.

¹⁴³ SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo” En su: (Schünemann, Bernd, comp) “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 152.

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Introducción”, En: Schünemann, B., comp, “El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales” Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 16.

motivación del sujeto, porque vive en comunidad y socialmente debe responder por sus actos¹⁴⁵.

BUSTOS piensa que la culpabilidad debe ser despojada de matices eticistas y desvinculada del libre albedrío o el determinismo, porque no es una cuestión moral ni de índole filosófica, sino normativa. La culpabilidad se sustentaría en el concepto de responsabilidad¹⁴⁶.

Para BUSTOS, la responsabilidad es igual a exigibilidad y, en este sentido, aun cuando no es posible hablar de imputabilidad o de conciencia del injusto respecto a la persona jurídica¹⁴⁷, si es posible la exigibilidad de la conducta, es decir, “únicamente se podría dar como causal de falta de responsabilidad la no exigibilidad de otra conducta”¹⁴⁸.

No obstante, BUSTOS reconoce que en el estadio actual del Derecho Penal, las categorías dogmáticas sólo son compatibles con la consideración de la persona natural como sujeto activo del delito. Por ello, la solución posible para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas no estaría dada a nivel de sujeto activo, sino de la participación. Según el citado autor, las personas jurídicas nunca podrán ser sujeto activo del delito porque los tipos penales han sido configurados en forma específica para la persona natural pero nada obsta a que la persona jurídica pueda participar en ellos. La colaboración de la persona jurídica “puede surgir tanto en relación al funcionamiento organizativo de la empresa o persona jurídica (por ejemplo, por la forma que se toman sus decisiones sociales o de administración) o bien, por la forma en que están

¹⁴⁵ GARRIDO MONTT, M., op. Cit., pág. 205 y 206.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 37: “la concepción tradicional de la culpabilidad... tiñe la responsabilidad penal de un contenido personal apreciable claramente en la exigencia de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. El presupuesto de la culpabilidad, la imputabilidad, se caracteriza como capacidad de entender y de querer, capacidades estructuralmente extrañas a sujetos que no sean físicos.”

¹⁴⁸ BUSTOS, J., op. Cit., pág. 25.

configurados sus estatutos, por ejemplo, por su excesiva flexibilidad en los controles o la poca transparencia en relación a la toma de decisiones”¹⁴⁹.

Sin embargo –apunta VIRGOLINI- parece contradictorio negar a la persona jurídica la posibilidad de ser autora de un delito y autorizarla a ser partícipe de éste: tanto la autoría como la participación comparten los mismos datos ónticos en relación a la actuación voluntaria, salvo que se trate de una dogmática distinta, adecuada a formas de participación identificadas con distintos presupuestos¹⁵⁰.

La responsabilidad entendida como exigibilidad de otra conducta supone la capacidad del sujeto de motivarse conforme a la norma, pero ¿es esto posible en relación a una persona jurídica? Según BARBERO, aún cuando se considere que la pena cumple una función motivadora de inhibiciones no es posible admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si se parte del supuesto de que las normas penales ejercen una influencia sobre las personas para desanimarlas a incurrir en los comportamientos que prohíben, “es obvio que, en la instancia de la conciencia, las personas jurídicas no pueden inhibirse”¹⁵¹.

Para ZUÑIGA, en cambio, no es posible sostener que las personas jurídicas no son motivables ya que éstas son capaces de dirigir sus acciones de acuerdo a las normas jurídicas, en base a la coacción que supone una sanción, en desmedro de su fama, imagen u honor. De este modo, para dicha autora, “el establecer la culpabilidad de la persona jurídica es una decisión racional sustentada en esa capacidad de motivación y de prevención general (como es la decisión de que sólo respondan penalmente los adultos no enfermos mentales y no los menores de edad), en los supuestos en que se haya

¹⁴⁹ BUSTOS, J., op. Cit., pág. 23 y 24.

¹⁵⁰ VIRGOLINI, J., “Crímenes excelentes: (Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción)”, op. Cit., pág. 133.

¹⁵¹ BARBERO SANTOS, M., op. Cit., pág. 32.

realizado un resultado lesivo evitable, con dolo o culpa y no concurren eximentes”¹⁵².

POSIBLES SOLUCIONES ANTE LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS QUE PLANTEA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Introducción.

En general, las soluciones ofrecidas por los autores que defienden la responsabilidad penal de las personas jurídicas se mueven dentro del sistema dogmático de responsabilidad individual, es decir, toman como punto de partida las categorías de la teoría del delito tradicional elaboradas a partir de la persona humana intentando hacerlas aplicables a los entes colectivos. El principal obstáculo es conciliar la culpabilidad del ente colectivo con la tradicional noción de la culpabilidad como poder fáctico de actuar de otro modo.

Uno de los intentos a considerar, como posible solución a los problemas planteados, es el de TIEDEMANN, quien propone, para el caso de los entes colectivos, construir un concepto de culpabilidad que no suponga ese poder ligado al libre albedrío humano.

Para JAKOBS, en cambio, según la tesis desarrollada por Silvina BACIGALUPO, no sería necesario efectuar ninguna adaptación de las categorías dogmáticas de la teoría del delito en la medida que su contenido se defina en base a las finalidades del Derecho Penal. De esta manera, los mecanismos de imputación existentes demostrarían funcionalidad para sancionar indistintamente a las personas físicas como a las jurídicas.

Finalmente, parte importante de la doctrina asume que la teoría del delito tal cual está concebida no puede aplicarse en el caso de las personas jurídicas.

¹⁵² ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 237.

Por ello se propone derechamente el diseño de un sistema específico propio para los entes colectivos construyendo categorías y principios especialmente elaborados a partir de sus características.

Culpabilidad por defectos de organización. Tiedemann.

Según SCHÜNEMANN, la comprensión clásica del reproche que importa el juicio de culpabilidad, presupone la posibilidad individual de actuar de otra manera y con ello, una capacidad que no puede ser creada únicamente mediante una imputación normativa. A su juicio, para que las sanciones a imponer a entidades colectivas no vulneren el principio de culpabilidad¹⁵³ tendría que manejarse un concepto que “no presupusiera la capacidad individual de actuar de otro modo, sino que únicamente manifestara un juicio genérico de que la persona implicada no habría satisfecho las exigencias sociales a ella impuestas”¹⁵⁴.

Esta perspectiva adopta la propuesta de TIEDEMANN de considerar la culpabilidad propia de la persona jurídica por “defectos de organización”. Este autor plantea la necesidad de reformular el principio de culpabilidad en relación a las personas jurídicas interpretándolo ya no en el sentido clásico de fallo moral personal sino como una “responsabilidad” orientada hacia categorías sociales y jurídicas. Esta, en su opinión, es la interpretación que debe darse al principio de culpabilidad recogido en el OWiG¹⁵⁵.

La culpabilidad propia de la empresa se fundaría así, en la omisión de deberes que le son propios, es decir, los de vigilancia, control y recta organización, de modo de garantizar una conducción ordenada y no delictiva de

¹⁵³ Se refiere en particular a la multa asociacional del parágrafo 30 OWiG.

¹⁵⁴ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 585 y 586.

¹⁵⁵ TIEDEMANN, K., “Lecciones de derecho penal económico”, op. Cit., pág. 233.

los negocios. De este modo, las acciones de los órganos o representantes de la persona jurídica (siempre que no actúen en exceso de representación) pueden fundar una culpabilidad propia de la empresa por la omisión de medidas de prevención de manera similar a lo que sucede en los casos de *actio libera in causa*, es decir, “en realidad no se sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo”¹⁵⁶.

La tesis de TIEDEMANN es –como señala SCHÜNEMANN- el único intento de conciliar las sanciones a entidades colectivas con el principio de culpabilidad que puede tomarse en serio y que es consecuente con la base del concepto social de culpabilidad de gran influencia en la moderna discusión¹⁵⁷. Dicho criterio es el que ha imperado al interior de la Unión Europea a la hora de elaborar los sistemas de responsabilidad de empresas en el ámbito del Derecho Penal económico, particularmente de la libre competencia.

Sin embargo, autores como OTTO, consideran que ni el concepto normativo de culpabilidad ni el concepto social de culpabilidad pueden resolver el problema porque ambos se fundan en la misma premisa: la capacidad de decisión de una persona. A su juicio, todo reproche –ya sea ético o social- está ligado y elaborado a partir de la persona física¹⁵⁸.

La misma crítica sostiene BACIGALUPO¹⁵⁹. En su opinión, la perspectiva cambia si la culpabilidad es considerada bajo aspectos netamente funcionales relacionados con los fines de la pena¹⁶⁰.

¹⁵⁶ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 172.

¹⁵⁷ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 587.

¹⁵⁸ Citado por BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 158.

¹⁵⁹ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 219: “Siempre que se trate de hacer un reproche, independientemente de que el mismo esté orientado por cuestiones éticas o meramente sociales, habrá que referirlo a un sujeto con capacidad suficiente para poder “sentir” y reaccionar frente a un reproche. Si ya inicialmente estamos frente a un sujeto que no reúne

Nueva perspectiva a partir de la re-normativización del sistema de Derecho Penal y el funcionalismo. Tesis de Silvina Bacigalupo: nuevo concepto de sujeto del Derecho Penal en base al modelo de Jakobs.

La década del 50 fue la época de la consolidación de la influencia de WELZEL, se impone el finalismo como escuela dogmática que logra reconocimiento incluso a nivel jurisprudencial. Sin embargo, a partir de la década del 60 comienza la erosión del finalismo y ya desde 1970 surge un movimiento de re-normativización del sistema de Derecho Penal cuyo principal representante fue ROXIN¹⁶¹. A partir de entonces, se efectúan intentos por desarrollar un sistema funcional (racional- final o teleológico) del Derecho Penal. Quienes participan de este intento coinciden en rechazar el punto de partida del sistema finalista y –como explica ROXIN- parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas, sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal¹⁶². Se trata de una dogmática jurídico-penal que se orienta hacia fines político criminales y que requiere de conceptos flexibles, conceptos que por ello, sólo pueden ser normativos y cuyo contenido se define en atención a los fines del Derecho Penal en la sociedad moderna.

En este sentido JAKOBS señala que “no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la

ningún tipo de cualidades sensoriales, es evidente que será posible llegar a una solución satisfactoria”.

¹⁶⁰ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 193.

¹⁶¹ En Chile, las décadas del 70 y 80 transcurren bajo la influencia del finalismo en la enseñanza del Derecho Penal. Después de este paradigma finalista no ha habido en el Derecho chileno una contribución sustantiva post-finalista.

¹⁶² ROXIN, C., “Dogmática jurídicopenal y sistema del Derecho penal “, En su: “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 203.

dogmática jurídico-penal ha atribuido de modo continuado una esencia o –más vagamente- una estructura prejurídica, lógico-objetiva, se convierten en conceptos de los que no puede decirse nada sin atender a la misión del Derecho Penal, sino que incluso el propio concepto del sujeto al que se imputa se muestra como un concepto funcional”¹⁶³.

Si bien, las corrientes funcionalistas no modifican el sistema de la teoría del delito, le atribuyen nuevos contenidos a sus categorías “con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad”¹⁶⁴. Por ello, es aquí donde pueden encontrarse nuevos puntos de partida que permitan alejarse en alguna medida de la tradicional responsabilidad penal centrada en una persona individual.

Para Silvina BACIGALUPO, la elección de una determinada idea de sujeto condiciona los conceptos y las soluciones dogmáticas de la teoría del delito y, en especial, los de acción y culpabilidad. Por esta razón, el concepto superior es el de sujeto de Derecho (penal) y la cuestión de si las personas jurídicas son sujetos del Derecho (penal) dependerá de qué se debe entender por sujeto”¹⁶⁵.

A su juicio, la doctrina dominante de corte continental se mueve en un círculo vicioso porque elabora las categorías de acción y culpabilidad a partir de un sujeto individual luego excluye, por incompatibles con ellas, cualquier otro posible sujeto¹⁶⁶. Esto explica también por qué las propuestas de hacer aplicables las categorías de análisis que provienen de un sujeto individual a la persona jurídica no ofrezcan respuestas satisfactorias.

¹⁶³ Citado por, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Introducción”, En: Schünemann, B., comp, “El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales” Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 21.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 33.

¹⁶⁶ Op. Cit., pág. 16 y 32.

Para dicha autora, esta perspectiva cambia de forma radical a partir de las elaboraciones de JAKOBS que suponen un verdadero cambio sobre la idea de sujeto del Derecho penal¹⁶⁷.

El modelo de JAKOBS se elabora a partir de la consideración del sujeto como sistema –que puede ser un individuo o estar configurado de otra forma– orientado puramente en criterios de prevención general positiva¹⁶⁸. Tanto el individuo, sujeto tradicional del Derecho Penal, como las personas jurídicas, se reducen a meros sistemas de imputación en una sociedad constituida por vínculos de comunicación¹⁶⁹.

En esta sociedad estructurada por medio de la comunicación, el fin del Derecho Penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma como modelo de orientación del contacto social. Esto significa en una comprensión comunicativa: el delito es una afirmación que contradice la norma, es decir, consiste en una comunicación falsa respecto de la vigencia de las normas afectadas, y la pena es la respuesta confirmando la vigencia de la norma. Por ello, la pena contradice la contradicción de las normas determinantes de la identidad social¹⁷⁰.

Esta comunicación falsa (el delito) puede ser emitida por una persona jurídica, lo que la transforma en un sujeto competente para un Derecho Penal cuya función es la confirmación de la vigencia de la norma.

¹⁶⁷ Op. Cit., pág. 200.

¹⁶⁸ Op. Cit., pág. 216.

¹⁶⁹ SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, En: “Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra”, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 99, explica que: “lo que interesa para este autor (a JAKOBS) desde buen principio no es el individuo entendido como un sujeto aislado, sino la sociedad concebida como sistema social autopoyético para el que los hombres sólo adquieren relevancia en tanto que personas, es decir, en tanto que estructuras o portadoras de roles... el Derecho Penal no se desarrolla en la conciencia del individuo, sino en la comunicación, en cuyo seno la constitución individual del sujeto sólo se tiene en cuenta cuando el conflicto puede resolverse por vías distintas a la imputación”.

¹⁷⁰ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 203.

Desde un punto de vista normativo, no es necesario que el sujeto de imputación tenga que estar siempre compuesto por una psique y cuerpo, es decir, los mismos elementos de los que se compone una persona física. El sistema de un sujeto de imputación también puede estar determinado por otros elementos como ser: el estatuto y los órganos de una persona jurídica. El estatuto y los órganos de una persona jurídica se pueden definir como un sistema en el que –al igual que en la persona física- los elementos internos no son relevantes¹⁷¹.

El punto de partida de JAKOBS no son, por lo tanto, acciones en sentido naturalístico, sino sujetos de responsabilidad, es decir, sistemas, cuyo *input* puede estar determinado bien por psique y cuerpo o por estatuto y órganos. En todo caso, ambos sistemas de responsabilidad tienen capacidad para originar resultados (*output*), es decir, transmitir comunicaciones falsas al sistema jurídico¹⁷².

La acción se define –según JAKOBS- como la evitabilidad individual de la producción de un resultado. La teoría de la acción, entendida como comportamiento exterior evitable, se considera como una teoría del sujeto que no tiene porqué depender del carácter de persona individual¹⁷³.

La persona jurídica, como sistema de imputación, puede realizar una acción penalmente relevante, en el sentido de que podía evitar individualmente (el órgano competente) es decir, de acuerdo a sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos), producir un resultado. Por lo tanto, las acciones del órgano de una persona jurídica llevadas a cabo de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto son acciones propias de la misma¹⁷⁴.

¹⁷¹ Op. Cit., pág. 154.

¹⁷² Op.Cit., pág. 155.

¹⁷³ Op. Cit., págs. 153 y 219.

¹⁷⁴ Op. Cit., pág. 154.

La culpabilidad es la demostración de la falta de fidelidad al Derecho por parte del autor. El concepto de culpabilidad que JAKOBS propone no se vincula con ninguna forma de reproche al sujeto –excluyendo así la necesidad de fundamentar una respuesta sobre la libertad de voluntad- , JAKOBS insiste en que la culpabilidad se encuentra relacionada con la libertad, pero no se trata aquí de la (tradicional) libertad de voluntad sino de la libertad de autoorganización o autoconducción. La libertad de autoorganización o autoconducción es la libertad de administrar el ámbito de la propia organización¹⁷⁵.

La culpabilidad, entendida en función de la prevención general positiva, con independencia del poder obrar de otra manera, es decir, no como alternativa de acción del sujeto (por ello no importa la existencia o no de la libertad de voluntad) sino como alternativa de elaboración del conflicto social por parte de la sociedad, no presupone necesariamente un sujeto individual, aunque el Derecho positivo se limite a éstos¹⁷⁶.

De este modo, JAKOBS concluye que “para la acción y la culpabilidad, por lo tanto, las formas dogmáticas son las mismas (no sólo los nombres) tanto para la persona natural como para las jurídicas”¹⁷⁷.

En todo caso, BACIGALUPO señala que no es posible afirmar que la teoría de JAKOBS en su elaboración actual permita el reconocimiento de la persona jurídica como sujeto del Derecho penal¹⁷⁸. Se trataría de nuevos puntos de partida que permitirían sostener que la persona jurídica es un sistema compuesto por su estatuto y órganos (sistema social), que dicho sistema se puede comunicar falsamente y que frente a dicha comunicación falsa el sistema

¹⁷⁵ Op. Cit., pág. 208.

¹⁷⁶ Op. Cit., pág. 219.

¹⁷⁷ Op. Cit., pág. 220.

¹⁷⁸ Op. Cit., pág. 222.

jurídico reacciona imponiendo una pena para reafirmar la vigencia de la norma infringida¹⁷⁹. En definitiva –explica- se trata de un sistema que se relaciona con el mundo circundante por medio de comunicaciones y dichas comunicaciones pueden ser falsas. Por lo tanto, se debe imputar esa comunicación falsa (delito) al sistema (sujeto-persona jurídica) competente. La persona jurídica como sistema autorreferencial es competente de sus comunicaciones, también de las falsas, y se presenta, por lo tanto, como un sujeto posible para el sistema del Derecho Penal¹⁸⁰.

Sistema especial de responsabilidad penal de las personas jurídicas. “Sistema de doble imputación y acción institucional” de David Baigún.

Para un sector de la doctrina, la utilización del sistema de responsabilidad penal, cuyas categorías dogmáticas han sido construidas a partir de la persona natural, es inadecuado para poder fundar la responsabilidad penal de los entes colectivos. Cualquier intento por adaptar dichas categorías a la persona jurídica estaría condenado al fracaso. Como resalta ZUÑIGA, la “flexibilización” del sistema dogmático ideado para personas naturales para hacerlo aplicable a los entes colectivos, puede tener efectos devastadores contra el propio sistema: “erosionar el Derecho Penal existente y sus principios”¹⁸¹.

Así diversos autores –como VOLK, HEINE y LAMPE¹⁸²- proponen un modelo de imputación diseñado especialmente para las personas jurídicas que, tomando algunas concepciones de la teoría del delito tradicional, considere las

¹⁷⁹ Op. Cit., pág. 363.

¹⁸⁰ Op. Cit., pág. 365.

¹⁸¹ ZUÑIGA, L., op. Cit., pág. 225.

¹⁸² Sobre los modelos propuestos por los citados autores, ver en BACIGALUPO, S., op. Cit., págs. 177 a 193.

particularidades propias de los entes colectivos¹⁸³. En todo caso, se aprecia la necesidad de mantener el modelo de responsabilidad individual -aunque perfeccionándolo- como sistema paralelo que permita perseguir la responsabilidad personal de los individuos que han intervenido en el hecho punible de manera de impedir que éstos se sirvan de la persona jurídica para delinquir.

Entre los diversos modelos propuestos, se hará referencia aquí al diseñado por David BAIGÚN quien, como señala BUSTOS, “es el autor que en nuestro medio latinoamericano y con repercusión internacional más ha trabajado el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”¹⁸⁴.

BAIGÚN desarrolla con detalle todos los aspectos relevantes de un modelo de imputación especial para las personas jurídicas. Aquí me limitaré a aclarar el concepto de acción institucional que es la base del sistema y a hacer una breve exposición sobre las categorías de la teoría del delito adaptadas a las particularidades de la acción institucional¹⁸⁵.

Este autor propone un sistema de doble imputación, es decir, frente a la actividad delictiva realizada por la persona jurídica, deben coexistir dos vías de imputación: una se dirige a las personas físicas que integran la persona jurídica cuya responsabilidad se determina aplicando la teoría del delito tradicional, la otra, a la persona jurídica como unidad independiente cuya responsabilidad se determina por medio de un sistema nuevo, es decir, un modelo *ad hoc* a la

¹⁸³ Se trataría de un sistema paralelo de responsabilidad penal al igual que ya existe para los menores y los inimputables.

¹⁸⁴ BUSTOS, J., op. Cit., pág. 15.

¹⁸⁵ Para el análisis de otros aspectos como los relativos al *iter criminis*, a la autoría y participación, concursos, etc., puede consultarse su obra, BAIGÚN, D., “La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 2000.

naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica (acción institucional)¹⁸⁶.

La acción institucional es “un producto, una consecuencia de un fenómeno de interrelación, en el cual no sólo actúa el aparato psíquico de cada uno de los participantes sino también, y de modo decisivo, el interés como una objetividad cualitativamente diferente del interés de cada uno de los individuos”¹⁸⁷.

De este modo, la acción institucional no es el producto de la suma de las voluntades de los miembros de la persona jurídica, sino el resultado de la confluencia de tres unidades reales que están ópticamente presentes en ella y que consideradas en su conjunto permiten reconocer a la persona jurídica como expresión institucional de una entidad real. Estas unidades son: la regulación normativa, la organizacional y el interés económico.

Brevemente, se puede explicar la interrelación de estos tres factores del siguiente modo¹⁸⁸:

A) La decisión institucional como producto normativo: la acción institucional aparece como el producto de la decisión de los órganos mediante el juego de los mecanismos estatutarios; es la aplicación del “código oficial” del sistema normativo.

B) La organización: La decisión reconoce etapas anteriores que sólo se explican mediante el funcionamiento de la persona jurídica como organización, es decir, como un subsistema cuyas peculiaridades explican las diferentes variables de las etapas previas que acompañan, intervienen y a veces interfieren en la génesis de la resolución final. Desde esta perspectiva, previa a la decisión es la definición de los fines que persigue la organización, tanto los

¹⁸⁶ BAIGÚN, D., op. Cit., pág. 27 y 28.

¹⁸⁷ Op. Cit., pág. 38.

¹⁸⁸ Op. Cit., págs. 38 a 61.

fines racionales o estatutarios como los fines reales (“segundo código”)¹⁸⁹. Luego, el cumplimiento de los fines atraviesa por un complejo proceso de comunicación. Otra variable consustancial de toda organización son las relaciones de poder, pues ésta supone participación, relación de fuerzas, control y la aplicación de reglas explícitas e implícitas entre sus miembros. Finalmente, el conflicto entre las distintas posiciones es también un denominador común a toda organización.

C) El interés económico: cada una de las etapas y de las variables apuntadas –fines reales y racionales, comunicación, poder, conflictos- en su dominio propio, actúan según el impacto de un denominador común: el interés económico. El interés económico como motor de la empresa interesa, para estos fines, en la medida que se conforma como una objetividad. Este móvil se desliga de los sujetos individuales, se desprende progresivamente del control de sus titulares iniciales para conformar un corpus que crea leyes propias a cuya obediencia se sujetan los objetivos de la organización.

Señala BAIGÚN, que la naturaleza especial de la acción institucional, base sobre la cual se construye el modelo *ad-hoc*, determina las características peculiares que tendrán las restantes categorías. Las restantes categorías en este modelo son la tipicidad, la antijuridicidad y la responsabilidad social¹⁹⁰.

Con respecto a la tipicidad, si la acción institucional es un producto desprovisto de las notas de subjetividad de las personas físicas, entonces, su adecuación al tipo, deberá ajustarse a pautas distintas.

¹⁸⁹ Op. Cit., pág. 45 y 61: “Fines reales son los cumplidos en la organización como consecuencia de la interacción de sus miembros significativos (o de los estratos de la misma, de modo directo o a través de los líderes), en consonancia o en disonancia con las normas que definen los fines estatutarios. Junto con la regulación estatutaria que rige la ejecución de los objetivos sociales, es el segundo código el que en puridad instrumenta la real “voluntad” de la corporación o sociedad anónima; así nace la acción institucional.

¹⁹⁰ Op. Cit., pág. 32: “El nuevo sistema no es más que una estrategia distinta de imputación donde el primer nivel está dado por la subsunción en un tipo; el segundo, por la afirmación de la antijuridicidad, y el tercero, por la atribución de responsabilidad con la pena o sanción como lógica consecuencia”.

BAIGÚN propone recortar la imputación de la acción de las personas jurídicas a ciertos delitos, particularmente al campo de los delitos económicos y contra el medio ambiente. A su juicio, no es necesario construir un tipo asociado o paralelo especial para subsumir la acción institucional, por el contrario, su modelo teórico recurre al tipo penal tradicional, sin perjuicio de que su aplicación en el caso de la acción institucional requiera una interpretación transformadora¹⁹¹.

En cuanto a los individuos cuya actuación vincula a la persona jurídica y permite asignarle a ésta el carácter de sujeto activo del delito, BAIGÚN considera que si la persona jurídica no tiene otro modo de actuar que por medio de sus órganos, entonces, las actuaciones de los órganos –constituidos, obviamente, por personas físicas, o los representantes- fundamentan la calidad de sujeto activo de la propia entidad, por cuanto éstos son sólo brazos de un mismo cuerpo, modos de aparición de la acción institucional¹⁹². La calidad de sujeto activo de la persona jurídica no depende de quien ejecute materialmente la acción, lo relevante es que ésta sea la concreción de la decisión institucional que emana de los órganos de la persona jurídica como producto de los factores antes explicados. Por ello, explica BAIGÚN, la ejecución posterior a la decisión realizada por terceros ajenos a la persona jurídica no hacen perder a ésta la calidad de sujeto activo, “pues la decisión institucional ya es parte de la realización típica, del mismo modo que en la coautoría (funcional) es tan sujeto activo el que interviene en la decisión común al hecho sin actuar en la ejecución, como el que lo ejecuta habiendo antes participado del acuerdo”¹⁹³.

La relación entre acción institucional y resultado no requiere un tratamiento especial del problema de la causalidad. No obstante, la teoría de la imputación

¹⁹¹ Op. Cit., págs. 71 y 72.

¹⁹² Op. Cit., pág. 75.

¹⁹³ Ibid.

objetiva que en la teoría del delito convencional puede ser objeto de polémica en cuanto a su ubicación, se transforma en el modelo *ad-hoc* en un enunciado básico sin el cual resultaría imposible construir la responsabilidad como categoría autónoma. Así, “la imputación objetiva, amén del papel correctivo del tipo, sirve de eje a la atribuibilidad, presupuesto de la responsabilidad, categoría esta última que en el sistema diseñado sustituye a la culpabilidad”¹⁹⁴.

El modelo admite que la acción institucional pueda subsumirse en el tipo de comisión con voluntad dolosa, en el tipo negligente de comisión y en el tipo de omisión.

En cuanto al tipo subjetivo, la subjetividad como elemento de la psique humana, y por ello, sólo predicable de una acción del hombre, obliga, para ajustar la acción institucional al tipo penal, a realizar una interpretación diversa del conocimiento y voluntad requeridos por el dolo y a prescindir de los llamados elementos subjetivos especiales. El dolo en este modelo exige también un concepto cualitativamente diferente acorde con la naturaleza de la acción institucional, es lo que se denomina “voluntad social dolosa”¹⁹⁵.

El elemento cognitivo del dolo, es decir, el conocimiento institucional, se reduce a los aspectos meramente fácticos, es decir, a la acción descriptiva del tipo objetivo incluidas las circunstancias de tiempo y lugar. Lo que importa es el desconocimiento institucional y no el de cada uno de los funcionarios que integran el órgano¹⁹⁶. Por ejemplo, sería atípica desde esta perspectiva, el caso de los residuos tóxicos arrojados al mar por decisión del órgano de la persona jurídica, sobre la base de una información técnica que certificaba su carácter inocuo¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Op. Cit., pág. 78.

¹⁹⁵ Op. Cit., pág. 79.

¹⁹⁶ Op. Cit., págs. 82 y 83.

¹⁹⁷ Op. Cit., pág. 86.

En cuanto a la voluntad social, como segundo componente de la voluntad social dolosa, ésta no se identifica con ninguna de las voluntades individuales que integran el órgano, es –señala BAIGÚN- propia de la decisión institucional y no admite la acumulación o la consideración particularizada de las voluntades individuales. “Para detectar la voluntad social, nada hay más certero que la propia decisión; sea por la votación o por acuerdo, si el órgano resuelve la realización de la lesión del bien jurídico, se cumple la condición para que, previo o coincidente con el conocimiento institucional, podamos hablar de voluntad social dolosa”¹⁹⁸.

Los elementos de los tipos de comisión negligente o de omisión (propia o impropia), no difieren en lo esencial a los planteados por la doctrina dominante en relación a la teoría del delito tradicional, pero en su interpretación no se considera ningún componente psíquico inconciliable con la acción institucional.

La antijuridicidad, permanece similar al sistema tradicional, porque “la esencia del juicio de valor acerca de la contradicción entre el ordenamiento y la acción institucional no se modifica por la naturaleza disímil de esta última” pero sólo la legítima defensa en algunos casos y el estado de necesidad tienen virtualidad operativa como justificantes prescindiendo de todo ingrediente subjetivo¹⁹⁹.

La categoría tradicional de la culpabilidad, elaborada a partir de la psique humana pierde sentido en el nuevo sistema y es sustituida por una nueva categoría denominada “responsabilidad social” que permite construir un juicio de reprobación sobre un acto de la persona jurídica, es decir, un juicio cuyo objeto de valoración es el comportamiento institucional²⁰⁰.

¹⁹⁸ Op. Cit., pág. 83.

¹⁹⁹ Op. Cit., pág. 115.

²⁰⁰ Op. Cit., pág. 125.

Esta responsabilidad social del ente actuaría como presupuesto para la determinación de la sanción correspondiente, en la selección de una sanción fundamentalmente encaminada en la prevención. BAIGÚN, explica que, además de permitir el juicio de reprobación sobre el acto de la persona jurídica, “el juicio de responsabilidad social cumple una función propia, es un mecanismo de control normativo social que se ejerce a través de la coacción estatal, al tiempo que resuelve conflictos producidos por la actividad de ciertas estructuras que entran en contradicción con bienes jurídicos fundamentales de la comunidad”²⁰¹. Es claro –señala- que la punición, consecuencia de esa actividad, no obedece exclusivamente a los objetivos de control y solución de conflictos; pretende restaurar, además, las expectativas sociales defraudadas por el desconocimiento de reglas de juego establecidas²⁰².

La responsabilidad social es una categoría compleja cuyos elementos son la atribuibilidad y la exigibilidad de otra conducta.

A) Atribuibilidad.

Para conformar la responsabilidad social, es necesario definir la atribución del injusto institucional reconociéndolo como un acto propio de la persona jurídica, que debe ser cargado por ésta como autora²⁰³.

La atribuibilidad se impone por dos razones: la primera es la necesidad de discriminar con prolijidad las acciones estrictamente institucionales de las acciones personales que obligadamente intervienen en la realización del delito porque ambas, en la práctica, son ejecutadas por seres humanos. La segunda es la posibilidad de que un mismo protagonista revista diferentes roles, es decir, que actúe a título personal o en representación del ente colectivo²⁰⁴.

²⁰¹ Op. Cit., pág. 126.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Op. Cit., pág. 130.

²⁰⁴ Op. Cit., pág. 131.

Para determinar a quién se atribuye la conducta y el riesgo que la acompaña, tratándose de acciones que siempre son ejecutadas por personas físicas, en el campo de las personas jurídicas, la imputación objetiva es la categoría que constituye el eje de la atribuibilidad. La teoría de la imputación objetiva permite resolver los conflictos de asignación de riesgos –considerando que por el volumen de riesgo creado por la acción de la persona jurídica, éste se sitúa normalmente en el ámbito de riesgos desaprobados socialmente- y los conflictos en la distribución de roles que, con apoyo en la teoría de la imputación objetiva, toma como baremo adicional el interés económico (el beneficio o provecho del ente), parámetro que permitiría determinar cuáles son los actos que corresponden a la persona jurídica y cuáles los que se ligan con el área personal de los funcionarios o terceros²⁰⁵ .

B) Exigibilidad de otra conducta.

En el esquema propuesto por BAIGÚN, la exigibilidad de otra conducta actúa como principio limitado a un comportamiento determinado que denomina “desviación o apartamiento”. Esta desviación -soporte de hecho y objeto de valoración- es la acción institucional que, no obstante los requerimientos de los mandatos normativos, emprende otro camino. Esto importa reconocer que la persona jurídica tuvo la alternativa u opción de haber actuado de otro modo, pero este poder no se enjuicia –insiste BAIGÚN- a partir de motivaciones psicológicas de quienes intervienen en la acción institucional (proceso de la decisión), sino del acto concreto de la desviación²⁰⁶.

A su juicio, a diferencia de lo que se plantea por la teoría tradicional, en su modelo resulta superflua la confrontación entre el acto producido y el que se debió hacer en términos de comparación en base al patrón del “poder medio” o “al actuar de otro”, porque las acciones institucionales reconocen como ariete

²⁰⁵ Op. Cit., págs. 132 a 144.

²⁰⁶ Op. Cit., pág. 146.

fundamental el interés económico, por lo tanto, el único modelo apto es el que se desprende de las regulaciones legales. Esto, sin embargo, no implica desechar totalmente la comparación con otras empresas de parecido potencial o importancia como factor evaluable al momento de determinar la exigibilidad²⁰⁷.

El acto de desviación se evalúa primeramente a nivel de tipo, donde está ínsita la necesidad del conocimiento institucional. El conocimiento institucional, no abarca la conciencia de la antijuridicidad lo que es lógica consecuencia de que el modelo propuesto no acoge la categoría de la culpabilidad tradicional y no admite el error de prohibición como eximente. Para BAIGÚN, el conocimiento presunto de las normas es la regla de oro en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Explica que por su propia estructura y organización –estatutos, normas internas, etc.-, la corporación o la sociedad anónima está obligada a contar con toda la información técnica y jurídica que requiere su funcionamiento²⁰⁸.

En cuanto a este conocimiento presunto deben aclararse dos cosas: la primera, es que la información que se presume es sólo aquella que abarca el perímetro del injusto institucional lo que excluye la procedencia del *versari in re illicita*²⁰⁹; la segunda, es que dicho conocimiento presunto abarca no sólo el orden normativo estatal sino también el orden regulativo interno, es decir, el estatuto y las restantes disposiciones que gobiernan la política del ente, porque el orden regulativo interno integra la naturaleza de la persona jurídica, es parte de su funcionamiento y va acoplado, por consiguiente, al acto de desviación²¹⁰.

²⁰⁷ Op. Cit., pág. 147.

²⁰⁸ Op. Cit., pág. 148.

²⁰⁹ Op. Cit., pág. 149.

²¹⁰ Op. Cit., pág. 150.

El acto de desviación, como objeto de valoración, se refiere a un hecho concreto en un contexto situacional, no a un modelo abstracto que actúa como paradigma. Junto con el acto objetivo de la desviación aparecen también integrando el objeto de valoración ciertos presupuestos de la punición que BAIGÚN denomina “factores que impiden u obstruyen la exigibilidad de otra conducta”, como equivalentes a lo que en la teoría tradicional se denomina causales de inexigibilidad, factores que difieren de estas últimas por la diversa naturaleza de la acción institucional y por la desaparición de la categoría de la culpabilidad. Al incidir sobre la exigibilidad de otra conducta, estos factores operan como eximentes de la responsabilidad social, en unos casos, y como atenuantes o dirimientes en otros²¹¹.

BAIGÚN concluye, que el juicio de responsabilidad social que permite la reprobación del hecho a la persona jurídica, se estructura sobre la base de la acción institucional, realizada al margen de las exigencias del ordenamiento jurídico, cuando, en rigor, hubiera debido ajustarse a sus límites; ausente la “capacidad de culpabilidad” y, por ende, la posibilidad de motivación, lo que se valora según su modelo es el apartamiento objetivo del marco normativo, su protagonismo concreto en virtud de la voluntad social dolosa o de la decisión indiferente²¹².

En su sistema, el principio de proporcionalidad con relación al daño, es vital para la medición de la responsabilidad social, es decir, a su juicio, la dimensión del daño ocasionado por las acciones de las personas jurídicas no puede ser ignorada a la hora del juicio de valor²¹³.

La consecuencia de este juicio de reprobación es la aplicación de penas o medidas de seguridad a la persona jurídica pero éstas tienen fines y una

²¹¹ Op. Cit., pág. 151 y 152.

²¹² Op. Cit., pág. 166.

²¹³ Op. Cit. Pág. 167.

justificación diferente que en el Derecho Penal convencional que se explica por la naturaleza sui generis de la acción institucional y, en particular, por el interés económico o ganancia como principal móvil en la actuación de las personas jurídicas²¹⁴.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ANTE LAS GARANTÍAS DEL SISTEMA PENAL. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Planteamiento del problema: principio de responsabilidad personal e imputación subjetiva.

En el desarrollo de este trabajo se han tratado de abordar las tres preguntas fundamentales que plantea el posible reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. SCHÜNEMANN considera que la cuestión radica en determinar si es político criminalmente imprescindible -como complemento a un Derecho Penal individual óptimamente configurado- y dogmáticamente construible un Derecho Penal de entidades colectivas bien desarrollado. Restaría aún por analizar un problema central para aquellos países en que el principio de culpabilidad esta consagrado a nivel constitucional, cuestión que lo transforma en el principal impedimento para establecer esta clase de responsabilidad²¹⁵. Así, SCHÜNEMANN se pregunta: ¿son constitucionalmente legitimables las penas impuestas a la asociación?²¹⁶

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ RUSCONI, M., "Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno", Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 31: "La esencia político criminal del principio de culpabilidad es ser, justamente, una garantía. Junto con los axiomas penales y procesales del *nullum crimen sine lege praevia, nulla poena sine iudicio*, etc., forma parte de la concepción iluminista de la limitación del Estado. El principio de culpabilidad integra, sin dudas, el mapa ideológico que circunscribe al poder penal".

²¹⁶ SCHÜNEMANN, B., "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", op. Cit., pág. 581.

Entre las diversas concreciones o subprincipios que se derivan del principio de culpabilidad, interesa examinar aquí aquellos aspectos especialmente problemáticos con la responsabilidad penal de los entes colectivos, es decir, el principio de responsabilidad personal y el principio de dolo o culpa²¹⁷.

La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una de las consecuencias de la personalidad de la responsabilidad penal²¹⁸ desde dos puntos de vista.

En primer lugar, porque se entiende que conforme al principio de culpabilidad, la responsabilidad penal corresponde a un interlocutor comunicativo y ese agente, como interlocutor comunicativo normativo, siempre es una persona natural.

En segundo lugar, conforme al principio de responsabilidad personal, se excluye la responsabilidad vicaria, es decir, no hay responsabilidad por actos ajenos sino sólo por actos propios. En principio, el Derecho Penal sólo admite la responsabilidad directa que se caracteriza por la coincidencia entre el sujeto que realiza el acto ilícito y el sujeto que es objeto de la sanción²¹⁹.

²¹⁷ Así, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág 110: “se suscitó en el último tercio del XIX y primero del XX una interesante polémica sobre la oportunidad de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas eliminando la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. La razón de esta preocupación era de orden práctico, dada la relevancia de la intervención de las personas jurídicas en actividades delictivas. A mi juicio, la cuestión hoy está resuelta fundamentalmente por una razón político criminal: la necesidad de conservar la vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas repudiando todo vestigio de responsabilidad objetiva o colectiva”.

²¹⁸ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 33: “el principio de culpabilidad, como garantía general de que nadie puede ser sancionado sin establecer su responsabilidad personal, nació como estandarte de la Revolución Francesa para limitar las penas a colectividades que existieron durante el Antiguo Régimen, por lo que se instituyó como garantía que cada persona responda personalmente por lo que ha hecho, no siendo tampoco esta responsabilidad hereditaria”.

²¹⁹ TIEDEMANN, K., “Poder económico y delito”, op. Cit., pág. 155: “El Derecho Penal contemporáneo, por justas razones, no admite responsabilidades por un hecho totalmente ajeno, una ficción penal pura contradiría principios rectores del mismo Derecho Penal moderno: los de culpabilidad e individualidad”.

En este sentido, hay también un argumento de exclusión de la responsabilidad vicaria para afirmar que las sociedades no pueden delinquir. La persona jurídica sería responsable de un hecho ajeno, del hecho ilícito de aquellas personas físicas que actúan para ella.

Pese a que pudiéramos hablar de una acción propia de la persona jurídica, y por tanto, de una responsabilidad por un hecho propio y no ajeno, no puede negarse que la imposición de una sanción a ella afectaría inevitablemente los intereses de terceros inocentes –los accionistas de la sociedad que no han intervenido en las decisiones del directorio, por ejemplo-. Siendo la responsabilidad penal de carácter personal, la pena no puede incidir directa ni indirectamente en personas extrañas al delito, en definitiva, el principio de personalidad de las penas impide que alguien sufra las consecuencias penales de la culpabilidad de otro.

Finalmente, dentro del concepto garantista de la culpabilidad, pueden incluirse garantías concretas que desde el punto de vista de la teoría del delito sean elementos del injusto. Así, desde el punto de vista del principio de culpabilidad no hay pena sin dolo o culpa (imputación subjetiva)²²⁰.

Explica ZUÑIGA, que existe consenso en la doctrina sobre la existencia de una serie de reglas que rigen la imposición de una pena en el desarrollo actual del Derecho Penal en un Estado democrático y social. Entre dichos consensos cuenta la exclusión del Derecho Penal de la responsabilidad puramente objetiva lo que supone el abandono de la lógica del “*versari in re illicita*”²²¹. El principio de imputación subjetiva, es decir, que la imposición de una pena requiera la imputación del resultado o de la acción a dolo o imprudencia es quizás–según

²²⁰ Al referirme a la exigencia de dolo o culpa como concreción del principio de culpabilidad, no estoy prejuzgando cual es su posición sistemática en la Teoría del delito. La distinción entre un concepto categorial y uno garantista de culpabilidad tiene por objetivo independizar los contextos de análisis de aquello que se exige como presupuesto de legitimidad del *ius puniendi* –culpabilidad como garantía-, de aquello que se construye como presupuesto de punibilidad –culpabilidad como categoría-.

²²¹ ZUÑIGA, L., op. Cit., pág. 34.

dicha autora- el elemento más propiamente penalístico que distingue la imputación de responsabilidad penal de la de otras esferas del Derecho (como la civil)²²² y constituye el principal problema con el que se enfrenta quien pretenda diseñar una responsabilidad subjetiva del ente²²³.

En el desarrollo de este capítulo se hará especial referencia a las propuestas que mayor acogida han tenido en la discusión jurídico-penal referida a esta materia y que manejan un concepto de culpabilidad conciliable con los entes colectivos, como son las de TIEDEMANN y JAKOBS. La idea de prescindir del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Penal para entidades colectivas importa la obligada referencia a las elaboraciones de SCHÜNEMANN.

El modelo *ad-hoc* de BAIGÚN simplemente prescinde de la categoría de la culpabilidad sustituyéndola por la responsabilidad social del ente la que actuaría como presupuesto para la determinación de la sanción correspondiente. En el análisis subsiguiente, se prescindirá de las referencias al modelo de dicho autor en la medida que éste propone un sistema de imputación especial en el cual tanto las categorías dogmáticas como los principios garantistas son diseñados a partir de las características propias de la actuación de una persona jurídica, es decir, el sistema de la doble imputación que diseña “tiende a consolidar la aplicación de los principios garantistas a la persona física, al tiempo que ubica a la persona jurídica en un cuerpo de garantías de diferente cuño”²²⁴ con lo cual se acerca más a la propuesta de SCHÜNEMANN en el sentido de prescindir de la culpabilidad para poner el énfasis en el principio del interés público preponderante.

²²² Ibid.

²²³ BARBERO SANTOS, M., op. Cit., pág. 32: “La obligada determinación de si se actúo por dolo o imprudencia, ya que de ello depende la pena en concreto a imponer, no es posible respecto a la persona jurídica”.

²²⁴ BAIGÚN, D., op. Cit., pág. 25.

Posibilidad de conciliar el principio de culpabilidad con la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal y de la exigencia de imputación subjetiva.

Que desde la perspectiva del principio de culpabilidad, se entienda que la responsabilidad penal es de carácter personal en términos de identificarla con un sujeto compuesto por una psique y cuerpo, como único interlocutor posible en la comunicación normativa, parece una afirmación difícil de conciliar con la nueva realidad que se ha consagrado definitivamente en la sociedad técnica post-industrial: la empresa.

DE FARIA explica que el desarrollo técnico y tecnológico llevó a que el hombre pasase a actuar dentro de la sociedad civil casi de manera exasperada, a través del “personaje” que la empresa representa²²⁵. Agrega dicho autor que “en términos de lenguaje jurídico, comunicacionalmente relevante, la empresa, tal como el hombre concreto, pasó a ser una entidad que el campo discursivo consideró susceptible de generar comunicación; consideró susceptible de producir una narrativa jurídica, específicamente jurídico-penal. Adviértase que la aceptación de estos presupuestos lleva también a que no podamos dejar de considerar que la empresa pasó a ser, desde esta óptica, un centro generador de normatividad”²²⁶.

Ya hemos visto que desde los nuevos puntos de partida que ofrece la teoría de JAKOBS, es perfectamente posible concebir a la persona jurídica como un interlocutor comunicativo en la comunicación normativa, pues se trata, al igual que la persona física, de un sistema que se relaciona con el mundo por medio de la comunicación.

²²⁵ DE FARIA COSTA, J., “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos”, op. Cit., pág. 426.

²²⁶ Op. Cit., pág. 427.

Queda entonces por resolver la cuestión de si es posible afirmar la responsabilidad penal de la propia empresa sin que ésta revista la forma de responsabilidad vicaria. Según la denominación proveniente del *common law*, hay responsabilidad “vicaria” (o estricta por el hecho ajeno) cuando ésta resulta impuesta de pleno Derecho por la ley a consecuencia del hecho ilícito de un tercero, con prescindencia de la culpa de quien por el responde²²⁷.

Esta clase de responsabilidad propia del Derecho Civil no puede aceptarse en el ámbito de la responsabilidad penal desde la perspectiva del principio de responsabilidad personal.

En todo caso, cabe aclarar, que los casos que podrían implicar la responsabilidad penal de la empresa -esto es, el caso de los ilícitos cometidos por los órganos de la persona jurídica y los casos de culpa anónima o difusa en que no es posible individualizar al autor del ilícito- no responden a los supuestos que en materia civil son considerados como formas de responsabilidad vicaria, por el contrario, se trata de casos en base a los cuales se ha sostenido la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio²²⁸.

También en el ámbito penal, pese a que es indiscutible que materialmente las acciones de una persona jurídica son llevadas a cabo por personas naturales (porque ella carece de una capacidad de acción real o natural identificable en el mundo físico), es posible entender que los actos de quienes actúan para la empresa –principalmente sus órganos- no son ajenos sino propios de la persona jurídica.

Para TIEDEMANN, la primera constatación que abre la posibilidad de imputar la acción de la persona física como acción propia de la persona jurídica es el hecho de que el parágrafo 30 OWiG prevea la aplicación directa de una

²²⁷ BARROS BOURIE, E., “Curso de Derecho de obligaciones. Responsabilidad Extracontractual”, Texto de estudio para el curso especializado de Responsabilidad Civil Extracontractual preparado con la participación de los ayudantes Eduardo Ugarte D. y Alejandro Vícari V., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2001, pág. 154.

²²⁸ BARROS BOURIE, E., op. Cit., pág. 173.

multa a las personas jurídicas, lo que evidencia que son éstas las destinatarias de la norma. En base a ello, la capacidad de acción propia de la persona jurídica puede fundarse de manera similar a lo que acontece en los casos de autoría mediata.

También la perspectiva que ofrece JAKOBS permite concebir a la persona jurídica como un sistema de imputación que puede realizar una acción penalmente relevante, en la medida que le era posible evitar individualmente (el órgano competente), de acuerdo a sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos), producir un resultado.

El reconocer una capacidad de acción propia de la persona jurídica es sólo el mínimo exigible para poder fundar una responsabilidad de la empresa por un hecho propio y no ajeno. En efecto, el concepto de acción u omisión constituye el umbral mínimo de atribución, el mínimo posible de atribuibilidad cuya evaluación concluyente se verifica después a nivel de la categoría de imputación por excelencia, es decir, de la culpabilidad.

JAKOBS opera con una noción de culpabilidad que queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general y que puede fundar indistintamente la imposición de una pena tanto a una persona física como a una persona jurídica.

Para TIEDEMANN, el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica es la culpabilidad propia del ente por un defecto de organización. Como explica ZUGALDÍA, en la construcción de TIEDEMANN, “el motivo que justificaría la imputación de la acción a la persona jurídica y la correspondiente sanción a la misma estaría constituido por un momento omisivo”²²⁹. Y en este sentido, si bien no hay responsabilidad penal por el comportamiento ajeno, si puede haber responsabilidad penal propia por una omisión de evitación del

²²⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)” en “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 727.

comportamiento ajeno (*culpa in omitendo*). A través de la construcción de la *culpa in omitendo*, es decir, de configurar estos comportamientos como omisión de evitación, se puede producir una responsabilidad respecto del comportamiento ajeno.

TIEDEMANN fundamenta así una culpabilidad propia de la organización que, al igual que en los supuestos de *actio libera in causa*, no concurre en el momento de la acción realizada por la persona natural sino en un momento anterior, un momento omisivo respecto a la adopción de medidas de prevención necesarias para evitar el delito.

En conclusión, si es posible concebir una acción culpable propia de la persona jurídica, entonces un argumento de exclusión de responsabilidad vicaria nos obligaría a reconocer –como señala CLARKSON- que es la compañía la que merece la persecución y el castigo sin perjuicio de que, “si se hayan individuos merecedores de reproche, éstos puedan ser perseguidos adicionalmente”²³⁰.

La posibilidad de distinguir dos injustos diferentes, el de la empresa por un defecto de organización y el de los sujetos individuales (normalmente cuando el delito es una actuación dolosa de individuos que usan la cobertura de la empresa para delinquir), resuelve el problema del *non bis in idem* y el del principio de responsabilidad personal ya que “cada uno responde como sujeto jurídico que es, con su propia responsabilidad”²³¹.

Sin embargo, ya se advirtió, que al hacer responsable a la persona jurídica se va a producir la lesión de intereses de personas que no son responsables por el acto de otros y que tampoco tienen responsabilidad por *culpa in omitendo*. Por ejemplo, “mediante la multa aplicada a una sociedad anónima sería injustamente afectado el accionista inocente, quien incluso pudo haber

²³⁰ Citado por POLITOFF, S., pág. 399.

²³¹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 226.

votado en contra del administrador que incurrió en la infracción”²³². Por esta razón, vienen al caso las palabras de VON IHERING: “se advierte entonces, de golpe, que la cuestión no consiste en preguntar si es posible hacer penalmente responsables a las personas jurídicas... sino en averiguar si ello es justo o no”²³³.

En contra de la supuesta injusticia que representa la aplicación de una sanción penal a la persona jurídica desde el punto de vista del principio de personalidad de las penas, la doctrina ha dado los siguientes argumentos:

En primer lugar, SCHÜNEMANN señala que “los socios de una empresa, únicos afectados por la multa, no podrían sentirse injustamente tratados según el principio de iniciativa, porque ellos han originado la actividad empresarial de la empresa socialmente dañina”²³⁴. Para los socios –explica- la multa aplicable a la empresa sólo representa una reducción de sus expectativas de ganancia y, por lo tanto, sólo implica un riesgo de responsabilidad financiera, riesgo que es propio a cualquier iniciativa de actividad empresarial, “por ejemplo, cuando se genera una pretensión civil de reparación del daño frente a la empresa, por la que los socios no soportan ninguna responsabilidad personal y por la que, sin

²³² TIEDEMANN, K., “Poder económico y delito”, op. Cit., págs. 156 y 157. En la doctrina nacional, COUSIÑO MAC IVER, L., op. Cit., pág. 272, señala también que constituye un serio obstáculo para la punición de las personas jurídicas, el principio de personalidad o individualidad de las penas. “Cualquier sanción penal en contra de la persona jurídica la sufren todos los asociados, y es contrario a dicho principio el que también resulten afectados aquellos que ninguna intervención han tenido en el hecho imputado: en definitiva, los efectos de la condena recaen, por igual, tanto en los culpables como sobre los inocentes”. Para CURY URZÚA, E., op. Cit. Tomo I, pág. 57 la cuestión relativa a la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas se asocia estrechamente al carácter personalísimo del Derecho Penal, lo que significa que la pena o medida de seguridad sólo puede imponerse y ejecutarse sobre el sujeto que ha participado en el hecho punible y no puede afectar a terceros, cualquiera sea el género de relaciones que tengan con él.

²³³ Citado por CATANIA, A. J., “Delitos económicos, responsabilidad de la persona jurídica, ley penal tributaria, delitos de daños, necesidad, medios y problemas”, En: Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho? N°2, Ed. Fabian J. Di Pacido, Buenos Aires, diciembre 2001, pág. 178.

²³⁴ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 589.

embargo, deben responder económicamente con el valor de su participación patrimonial”²³⁵.

Diversos autores aducen con razón –según POLITOFF- que no se puede permitir a una compañía asegurar el máximo provecho a los accionistas aceptando la realización de acciones ilícitas. “No castigar a la compañía por un delito significa permitirle que acumule y distribuya a sus asociados un monto de utilidades que no refleja los costos sociales de producción. La justicia como la equidad requiere, como mínimo, que el costo de los delitos perpetrados por la empresa sea internalizado por ésta”²³⁶.

En definitiva, se trata de riesgos inherentes a la actividad empresarial, riesgos que la empresa puede minimizar mediante “la elección de órganos confiables, sistemas de control de gestión transparentes, desarrollo de modelos respetuosos de la ética en los negocios, evaluación permanente de los posibles costos jurídicos del logro de objetivos, etc.”²³⁷.

Finalmente, es posible afirmar con respecto a toda sanción que se aplique a la empresa (no sólo a las de carácter pecuniario), que la resonancia de dicha sanción en los accionistas inocentes no alcanza el estigma de la condena y de la pena penal porque es la empresa la afectada con la publicidad adversa que va unida a dicha condena. La repercusión de la pena sobre terceros inocentes es una consecuencia de hecho, pero no una consecuencia jurídica del fallo que convierte a aquellos en sujetos pasivos de la pena. Se trata -como explica RUSCONI- de un efecto inevitable de la enorme violencia social que despliega

²³⁵ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 590.

²³⁶ POLITOFF, S., op. Cit., pág. 403. En el mismo sentido, CHICHIZOLA, M., citado por RUSCONI, M., “Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?”, op. Cit., pág. 82 : “Por lo demás, no debe confundirse el patrimonio de la persona moral –sobre el que recae la pena- con el de sus miembros, que por otra parte, así como resultan beneficiados con los buenos negocios de la sociedad, lógico y justo es que también sufran las consecuencias de sus actividades delictuosas”.

²³⁷ RUSCONI, M., op. Cit., pág. 84.

el Derecho Penal, al que no es ajeno el Derecho Penal tradicional: “la condena privativa de la libertad del padre de familia y eventual sustento económico principal del grupo, perjudica al resto de los integrantes, ajenos, por supuesto, a la comisión del ilícito. Yendo más lejos aún, tampoco las decisiones jurisdiccionales comerciales o contravencionales están exentas de perjudicar a los socios minoritarios”²³⁸.

Especialmente problemática resulta la cuestión de determinar si la persona jurídica actuó por dolo o imprudencia. Por eso en los países en que se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas la discusión se centra en determinar la imputación subjetiva²³⁹.

Si el dolo o culpa del ente se identifica con el dolo o culpa de la persona natural –órgano de la persona jurídica- que incurrió en el ilícito, como sucede en el Derecho francés, por ejemplo, entonces la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva en una forma de responsabilidad vicaria o indirecta. Pero si es posible hablar de una acción culpable propia de la persona jurídica ¿bajo que criterios se distingue una actuación dolosa o imprudente del mismo ente?, ¿en qué medida el dolo, definido clásicamente como conocimiento y voluntad de realización del tipo, puede ser trasladado al ámbito de actuación de la persona jurídica?

Es claro, que la concepción del dolo del ente no podrá entenderse en los mismos términos que el de la persona natural por lo que será necesario

²³⁸ RUSCONI, M., op. Cit., pág. 82.

²³⁹ En las recomendaciones del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre “El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa” celebrado en el Cairo en 1984 se señaló: “El principio penal fundamental de culpabilidad debe ser respetado también en el Derecho penal Económico y de la Empresa. Cuando existan tipos delictivos que no presupongan una imputación subjetiva (dolo o imprudencia) o no exijan la prueba de la misma (“*strict liability offences*”), deberá admitirse como eximente la circunstancia de no haber podido actuar de otro modo. Los trabajos de reforma deben orientarse a la más pronta abolición de tales delitos de responsabilidad objetiva”.

adecuar su significación a las particulares características de los ilícitos cometidos por personas jurídicas.

ZUÑIGA parte por corroborar que en la actualidad el aspecto volitivo del dolo es problemático aún en el Derecho Penal individual y siendo difícil afirmar y probar la voluntad en los delitos cometidos por personas físicas, más lo será en el caso de las personas jurídicas. A su juicio “la imposibilidad de determinar el elemento volitivo, desde el punto de vista material de la prueba, y el poco rendimiento que este elemento ha tenido en la configuración de las conductas penalmente relevantes, ha llevado a la afirmación de que el dato decisivo del dolo no sea el volitivo, polifacético, difícilmente aprehensible, sino el conocimiento...”²⁴⁰.

Siguiendo la tesis de LAURENZO²⁴¹, afirma que el elemento cognitivo que define el dolo y que permitiría la imputación a una persona jurídica se refiere, concretamente a “la conciencia del riesgo para bienes jurídicos”. Es decir, “lo común en los delitos dolosos (los más desaprobados por el ordenamiento jurídico) es el conocimiento del peligro concreto para los bienes jurídicos, en la medida que se tiene conciencia de que el resultado puede ser una consecuencia inmediata de la acción”²⁴².

²⁴⁰ ZUÑIGA, L., op. Cit., pág. 235.

²⁴¹ LAURENZO, COPELLO: “Dolo y conocimiento”, obra citada por ZUÑIGA, op. Cit., pág 235.

²⁴² Ibid.

Si bien se comprende el caso de quien posee una intención de realizar el tipo, lo importante no es la actitud interna ni emocional contra la norma, sino el acatamiento externo a la norma penal, es decir, el mínimo de intervención que se centra en que la actuación evitable es aquella que es consciente del riesgo para bienes jurídicos²⁴³.

En todo caso, podría objetarse a dicha concepción –en palabras de KÖHLER- que “si los conceptos de voluntad e imputación subjetiva –en cuanto referidos a una norma- se toman en serio, no puede ser suficiente para el dolo de lesionar que el autor conociera la posibilidad o el peligro del resultado descrito en el tipo, pues ello significa, en el mejor de los casos, dolo de peligro”²⁴⁴.

LAURENZO considera que para que el dolo no pierda su carácter legitimante de la intervención, ampliando su contenido con la mera configuración de un dolo de peligro, “debe exigirse la representación del peligro concreto de producción del resultado, o lo que es lo mismo, la conciencia del riesgo directo e inmediato que la acción implica para la integridad del bien jurídico”.

Por su parte, la delimitación entre dolo (eventual) y culpa (consciente) se efectúa en base a un criterio objetivo, es decir, la imputación a título de dolo o culpa proviene del grado de peligrosidad objetiva del hecho que es mayor en el dolo y menor en la culpa, sin que se considere la valoración que el propio autor haya realizado de esa situación. Una actuación que denote mayor peligrosidad objetiva para el bien jurídico -por ejemplo, la derivada de una actitud criminal de grupo- daría lugar a una imputación dolosa; en cambio, si la peligrosidad objetiva es de menor intensidad –como en los supuestos en que la lesión del bien jurídico es producto de una política defectuosa o defectos de organización- estaríamos ante una imputación culposa. “La culpa se estructura, en relación a

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ KÖHLER, M., “Imputación subjetiva: Estado de la cuestión”, En: “Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)”, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 86.

la concepción cognitiva del dolo, como la ausencia evitable del conocimiento de la peligrosidad objetiva de la conducta; de ahí que sea similar al error de tipo vencible. Por ejemplo cuando la empresa no tenga un conocimiento (error evitable) de que se conducta infringe la competencia, se imputa la infracción a título de culpa”²⁴⁵ .

En conclusión, para ZUÑIGA es posible referirse a un comportamiento doloso o imprudente de la persona jurídica en base a un concepto de dolo que se funda en su aspecto cognitivo. Desde esta perspectiva “los criterios de imputación por dolo y culpa, deben ser entendidos con carácter asociacional: previsibilidad del resultado (actuación culposa) y cognoscibilidad del resultado (actuación dolosa), donde la actuación (entendida con todas sus complejidades, no de una persona, sino de la empresa) que denote mayor peligrosidad objetiva del resultado da lugar a la imputación dolosa y la actuación que denote menor peligrosidad objetiva del resultado, dará lugar a una imputación culposa”²⁴⁶ .

Flexibilización o prescindencia del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Penal de entidades colectivas.

I. Introducción.

Para muchos, hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone necesariamente renunciar al principio de culpabilidad en el sentido garantista en que tradicionalmente se ha entendido²⁴⁷ .

²⁴⁵ ZUÑIGA, L., op. Cit., pág. 236.

²⁴⁶ Op. Cit., pág. 237.

²⁴⁷ Para, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho Penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 71, si las sanciones impuestas a entidades supraindividuales, “se consideran penas, hay que renunciar al principio de culpabilidad y al de personalidad de las penas, principios de corte liberal que constituyen, según criterio dominante, un logro de la civilización moderna”.

Adelantando conclusiones, coincido con SCHÜNEMANN en el sentido de que los intentos de TIEDEMANN y JAKOBS suponen en gran medida vaciar de contenido el principio de culpabilidad. En el caso de JAKOBS, reconduciendo totalmente la culpabilidad a la prevención general con lo que se pierde su significado sustancial como principio de legitimación exigido y complementario de la utilidad preventiva y, tratándose de TIEDEMANN, con un concepto que finalmente importa la imputación de la culpa de un tercero a la persona jurídica con la consecuente afectación de terceros inocentes.

En atención a ello, las respuestas posibles serían:

1. Se asume dicho costo, es decir, se reconoce que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y un concepto de culpabilidad conciliable con ella, supone, en gran medida, una flexibilización y reducción de las garantías del sistema. En este sentido, siguiendo a SILVA, se asume este costo como consecuencia inevitable y propia del fenómeno expansivo que se verifica en el Derecho Penal frente a las nuevas formas de criminalidad (dentro de las cuales se inserta la criminalidad económica y empresarial) propiciando un Derecho Penal a dos velocidades, o;

2. Se prescinde, para el caso de las personas jurídicas, del principio de culpabilidad. En este sentido las propuestas son las siguientes: aplicar a las personas jurídicas medidas de seguridad; sustituir el principio de culpabilidad por otro principio de legitimación especial o, finalmente, trasladar el problema al ámbito del Derecho administrativo sancionador.

II. Críticas de Schünemann al concepto social de culpabilidad como base de las propuestas de Jakobs y Tiedemann.

Para SCHÜNEMANN, el concepto social de culpabilidad en que se basa la construcción de TIEDEMANN y que es desarrollado hasta el final en el principio teórico-sistémico de JAKOBS, “es un engendro dogmático que no soluciona los problemas, sino que sólo los encubre”²⁴⁸.

El denominado concepto social de culpabilidad, que hoy predomina en Alemania, es una versión del denominado “determinismo débil”, una perspectiva que parte de la indemostrabilidad de la libertad de acción y que se centra en la inevitabilidad del hecho por parte de un ciudadano normal, es decir, para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse, basta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias²⁴⁹.

Dicho concepto, según SCHÜNEMANN, lleva a una ficción inadmisible de la culpabilidad y, con ello, sólo a una justificación aparente del Derecho Penal. Explica que si la culpabilidad presupone la libertad de comportarse de otro modo, es evidente que esa libertad sólo se está fingiendo cuando se deduce que otras personas en lugar del autor habrían podido actuar de forma distinta²⁵⁰. A su juicio “este discurso supone un auténtico círculo vicioso, pues, mientras no se pueda fundamentar por sí sola la capacidad de evitación del ciudadano normal adoptado como modelo de comparación, la referencia a su conducta hipotética como fundamento de la culpabilidad del autor individual

²⁴⁸ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 587.

²⁴⁹ SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, op. Cit., págs. 94 y 105.

²⁵⁰ SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, op. Cit., págs. 95.

resulta tan poco útil desde un punto de vista científico como la teoría de la transustanciación en la eucaristía”²⁵¹.

Además aduce –con razón- que si se quiere aplicar dicho concepto de forma lógica y consecuente, habría que sustituir el Derecho Penal de la culpabilidad (porque su premisa fundamental sería indemostrable) por un Derecho preventivo-especial de medidas de seguridad, consecuencia que los sostenedores de este concepto no asumen ni justifican²⁵².

SCHÜNEMANN reconoce que en el modelo de JAKOBS todos los presupuestos de la pena serían adecuados para empresas sin necesidad de adaptación previa pero ello es consecuencia de que dicho autor no tiene reservas en calificar a la “persona” como un simple producto artificioso del Derecho, es decir, “como la interfaz abstracta de cualquier norma de imputación”. De esta forma, explica, la fundamentación de la pena deviene circular: “el daño a la vigencia no es, en tal caso, algo constatable empíricamente, sino que, al final, se define en la propia norma de imputación, de manera que el Derecho Penal no se puede legitimar ni criticar de forma suprapositiva. Agrega que “en este autor la teoría absoluta del Derecho Penal se convierte en la teoría del positivismo absoluto de la pena y la culpabilidad, cosa que el propio JAKOBS, si es que en este punto lo entiendo correctamente, considera una pura obviedad, mientras que yo sigo viendo en ello una carencia fundamental e irreparable de una teoría penal que representa cada vez más una simple genuflexión ante el legislador”²⁵³.

El concepto de culpabilidad de JAKOBS, es conciliable con la responsabilidad de las personas jurídicas porque no presupone ninguna capacidad fáctica del autor sino que significa una atribución de la sociedad

²⁵¹ SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, op. Cit., pág. 109.

²⁵² SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, op. Cit., págs. 105 y 108.

²⁵³ SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, op. Cit., pág. 109.

realizada desde fundamentos político criminales, es decir, se imputará subjetivamente el ilícito (culpabilidad) cuando esa imputación signifique el único modo de asimilar el conflicto sin que se aniquile la confianza en el Derecho de la sociedad. Sin embargo, no existe una respuesta fundada empíricamente de cuándo se da la posibilidad de procesar el conflicto de otro modo. En la práctica, según SCHÜNEMANN, un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acaba cayendo en una apología del sistema que se trate en cada caso y también la exposición de JAKOBS conduce realmente tan sólo a justificar el sistema actual del Derecho Penal con la afirmación de que no existe una posibilidad de procesar el conflicto de otro modo²⁵⁴.

“Quien, con JAKOBS, conciba el concepto de persona y su correspondiente concepto de culpabilidad como una pura “interfaz” normativa, debería aceptar no sólo (como JAKOBS) la punibilidad propiamente dicha de las personas jurídicas, sino también cualquier *strict liability* que dispusiera el legislador”²⁵⁵.

Finalmente, el catedrático de la Universidad de Munich también objeta que la propuesta de TIEDEMANN pueda fundamentar una culpabilidad propia de la persona jurídica. A su juicio, la sanción impuesta a una entidad colectiva siempre supone hacerla responsable por la culpa de otra persona, es decir, redundando en una sanción sin culpabilidad propia de la entidad o de sus sustentadores, sin que el inteligente intento de TIEDEMANN de imputar la infracción del deber de vigilancia del órgano a la persona jurídica por la culpa de organización, pueda cambiar en nada esta imputación a extraños²⁵⁶.

²⁵⁴ SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo” En: Schünemann, Bernd, comp., “El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 167.

²⁵⁵ SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, op. Cit., pág., 120.

²⁵⁶ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 586 a 588.

SCHÜNEMANN argumenta que “en la misma medida en que la persona jurídica como tal no puede cometer ningún delito, tampoco se puede organizar como tal; es decir, ella siempre depende de personas naturales que actúan para ella y cuya culpa se imputaría exclusivamente de la misma manera, tanto si se tratase de la imputación directa de un delito cometido por un órgano como de la imputación de una culpa por la organización cometida por un órgano. Por ello la interpolación de la culpa por la organización no puede cambiar nada del principio de que la persona jurídica no puede actuar por sí misma culpablemente. En ello reside la diferencia con la *actio libera in causa* y con el acto de embriagarse, pues en ellas se toma como punto de conexión en cada caso la propia culpa del autor, pero no la de un tercero”²⁵⁷.

III. Flexibilización de los principios garantistas y de las reglas de imputación. Derecho Penal a dos velocidades. Silva Sánchez.

En la actualidad, puede observarse la fuerte contradicción entre las corrientes de pensamiento que abogan por un Derecho Penal mínimo y la realidad de una sociedad cada vez más compleja que demanda una ampliación del ámbito de tutela penal. Cierta expansión del Derecho Penal es, a juicio de SILVA, inevitable, y una clara manifestación de ella es la aparición de nuevas formas de delincuencia como es la de carácter socio-económico²⁵⁸.

²⁵⁷ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 588.

²⁵⁸ Según SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. Cit., págs. 25 a 79, algunas de las causas que explican la expansión del Derecho Penal son:

1. La aparición de nuevos bienes jurídicos o el aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad. Las causas de este fenómeno son distintas. Señala dicho autor que “por un lado cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían –o no con la misma incidencia- y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o la inversión. Por otro lado, puede aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como bienes

Así, la criminalidad organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografía), la criminalidad de empresas (delitos fiscales, medio ambientales, en materia de consumo –salud e intereses económicos-), la corrupción político-administrativa o el abuso de poder, entre otros fenómenos, “aparecen en primer plano de la discusión social sobre lo delictivo... y la nueva política criminal intervencionista y expansiva recibe la bienvenida de muchos sectores sociales antes reticentes al Derecho Penal, que ahora la acogen en tanto que reacción contra la criminalidad de los poderosos”²⁵⁹.

Una consecuencia inevitable de tal expansión es la obligada flexibilización o adaptabilidad de las reglas de imputación y principios de garantía. En efecto, ello se debe, en primer término, a la demanda de eficacia en la lucha contra las nuevas formas de criminalidad ya que, “dada la naturaleza de los intereses objeto de protección, dicha tutela sería prácticamente imposible en el marco de las reglas y principios clásicos”²⁶⁰. Y, por otra parte, es la configuración de las materias en juego, es decir, la fenomenología de las nuevas formas de criminalidad -en concreto, las características del bien jurídico, sus formas y sujetos de afectación- la que debe servir para inducir los criterios de atribución²⁶¹.

En este contexto general, se inserta también el problema de si conciliable desde la perspectiva de las garantías de un Estado de Derecho, aceptar la flexibilización o adaptación y, en definitiva, rebajar las exigencias, del principio de culpabilidad tratándose de personas jurídicas.

escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente”.

2. La efectiva aparición de nuevos riesgos producto del desarrollo tecnológico.

3. La sensación social de inseguridad fuertemente propiciada por los medios de comunicación.

²⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., op. Cit., pág. 56.

²⁶⁰ Op. Cit., pág. 159.

²⁶¹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 204.

Para SILVA, la disminución de garantías y de rigor dogmático podrían explicarse, e incluso legitimarse, en el Derecho Penal contemporáneo si ello fuera correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos o de la “reparación penal” (en los casos en que ésta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad²⁶².

El punto de partida que adopta SILVA, es la directa relación que existe entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación²⁶³. De esta forma se explica la rigidez de las garantías formales que era posible observar en el viejo Derecho Penal liberal las que representaban el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles²⁶⁴. Por ello, a su juicio, la clave radica en admitir la gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en función del concreto modelo sancionatorio que el Derecho Penal acabe asumiendo²⁶⁵.

Una idea similar es la que plantea HASSEMER y otros, para las nuevas formas de criminalidad como son los ilícitos en materia de drogas, económicos, ecológicos, etc. Se trata de construir un “Derecho de la intervención” situado entre el Derecho Penal nuclear y el de las infracciones al orden, entre el Derecho civil y el público. Este “Derecho de la intervención” sería menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero, a la vez, dispondría de sanciones menos intensas que las penales tradicionales²⁶⁶. En palabras de HASSEMER: “Para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga

²⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M., op. Cit., pág. 153.

²⁶³ Op. Cit., pág. 150.

²⁶⁴ Op. Cit., pág. 149.

²⁶⁵ Op. Cit., pág. 153.

²⁶⁶ Op. Cit., pág. 154.

elementos absolutamente penales, pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva”²⁶⁷.

A diferencia de HASSEMER, SILVA considera que no existirían dificultades para admitir ese modelo de menor intensidad garantística dentro del propio Derecho Penal en la medida que éste no contemplara penas de prisión. Se trataría de un Derecho Penal moderno alejado del núcleo del Derecho Penal de la prisión, con vocación intervencionista y reglamentadora, basado en penas pecuniarias o privativas de derechos, donde sería legítima la flexibilización de los criterios de imputación y de las garantías político criminales.

En definitiva, ante la realidad que representa la expansión del Derecho Penal y frente a una improbable acogida de los movimientos de despenalización frente a la asunción de nuevos intereses afectados mediante formas delictuales que no obedecen al paradigma que sirvió de base al viejo Derecho Penal liberal, SILVA propone una configuración dualista del sistema del Derecho Penal, un Derecho Penal a dos velocidades, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles.

Así se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión (primera velocidad del Derecho Penal). Por el contrario, en una segunda velocidad del Derecho Penal, por ejemplo, en el Derecho Penal económico, cabría la flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad)²⁶⁸.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Op. Cit., pág. 160.

En este Derecho Penal a una segunda velocidad, la sanción debería imponerse por una instancia judicial penal, para salvaguardar el máximo de imparcialidad. Además, se mantendría el significado “penal” de los injustos y de las sanciones, y con ello, los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólica comunicativa propios del Derecho Penal²⁶⁹.

IV. Aplicación de medidas de seguridad a las personas jurídicas.

Ante la imposibilidad de desconocer la peligrosidad de las entidades colectivas que se han encausado en la línea del delito, parte de la doctrina reconoce la posibilidad o, más bien, la necesidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas. En efecto, toda pena supone la culpabilidad del autor en la comisión del hecho, en cambio, las medidas de seguridad se establecen en función de la peligrosidad del autor, su fin es de carácter preventivo, y su gravedad o duración no depende de la medida de culpabilidad sino del principio de proporcionalidad. De esta manera, estableciéndose medidas de seguridad respecto a las personas jurídicas no se lesiona el principio de culpabilidad²⁷⁰.

Sin embargo, parece contradictorio que aquellos autores que niegan la capacidad de acción de las personas jurídicas consideren que éstas pueden ser objeto de medidas de seguridad. La peligrosidad del sujeto en base a la cual se

²⁶⁹ Op. Cit., págs. 160 y 162.

²⁷⁰ En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 124: “El mantenimiento del principio *societas delinquere non potest* no entraña el reconocimiento de un valor ontológico, sino simplemente de un valor político criminal, ya que cumple un papel nada desdeñable en el Derecho Penal al reforzar la vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas. De ahí que las necesidades de tratamiento sancionador en relación con las personas jurídicas deba solucionarse, no tanto admitiendo su responsabilidad criminal como imponiendo sanciones administrativas, civiles y medidas de seguridad”.

establece la medida, supone al menos la realización de una acción típica y antijurídica que sea sintomática de una posible actividad delictual futura²⁷¹.

Por ello, el juicio de peligrosidad sobre las personas jurídicas no es, para ciertos autores, un juicio dirigido al autor, “ya que en puridad y desde el punto de vista criminológico, autor, lo sería el órgano a quien no se aplica la medida”, sino una peligrosidad de la cosa y no del sujeto (BRICOLA) o una peligrosidad de carácter objetivo (SCHMITT)²⁷². En virtud de dicho criterio, la peligrosidad objetiva de la cosa –o de la persona jurídica- no se refiere a la peligrosidad de una persona física determinada, sino a la peligrosidad que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para la persona jurídica, las cuales serían un síntoma de peligrosidad. Por la forma de organización específica que caracteriza a una persona jurídica, ésta se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas y allí radica su peligrosidad objetiva²⁷³.

La naturaleza jurídica de tales medidas de seguridad es controvertida en la doctrina. Para algunos –como BAJO- se trataría de medidas sancionatorias fuera del ámbito puramente penal que dejarían incólumes los principios

²⁷¹ En este sentido ZUGALDÍA “difícilmente puede comprenderse cómo las personas jurídicas van a denotar una peligrosidad criminal (que supone, cuanto menos, la realización de una acción típica) cuando se parte de considerar que los entes sociales son incapaces de acción “. También, GRACIA “presupuesto de la declaración de un estado peligroso y de la aplicación subsiguiente de una medida de seguridad del Derecho Penal es la previa comisión de una o más acciones u omisiones típicas y antijurídicas”. Citados por RODRIGUEZ ARIAS, A. M., “Derecho Penal y protección del medio ambiente”, Ed. Colex, Madrid, 1992. pág. 207.

²⁷² BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 118.

²⁷³ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 283. En similares términos, MIR PUIG, considera que “se puede aplicar auténticas medidas de seguridad a la persona jurídica, porque éstas requieren únicamente una peligrosidad que sí puede proceder de la utilización de una persona jurídica, por lo tanto, el presupuesto para la aplicación de la medida sería una peligrosidad constatada en una serie de hechos realizados por personas físicas pero a través de una persona jurídica. Citado por RODRÍGUEZ ARIAS, A. M., “Derecho Penal y protección del medio ambiente”, op. Cit., pág. 208.

dogmáticos del Derecho Penal liberal²⁷⁴. En este sentido, la objetivación del juicio de peligrosidad, y el dudoso carácter post delictivo de estas medidas, llevarían a pensar más bien en medidas de carácter administrativo que penal²⁷⁵

ZUGALDÍA sostiene, en contra de BAJO, que las medidas de seguridad no tienen un carácter “extra-penal” y que por ello, se presentarían con respecto a ellas problemas similares a los que plantea la imposición de verdaderas penas a las personas jurídicas. Este autor se refiere a la forma en que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre el sistema de doble vía en general y sobre las diferencias entre penas y medidas de seguridad en particular: “El tribunal Constitucional español ha afirmado que aunque se sostenga que la pena es un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, en el fondo, tanto una como la otra constituyen privaciones o restricciones de derecho impuestas en el ámbito penal, por lo que ambas deben ser consideradas como auténticas sanciones penales. Como tales, prosigue el Tribunal Constitucional, ambas deben estar sometidas por igual a las mismas garantías constitucionales, concretamente, el Tribunal Constitucional se refiere al principio de legalidad (y, por consiguiente, al principio del hecho) y al principio de culpabilidad (ya que salvo las medidas de seguridad que se acuerdan respecto a los inimputables, las restantes –v.gr.: medidas de seguridad para rufianes, delincuentes habituales y, en general, todas las que se imponen a

²⁷⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho Penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales”, op. Cit., pág. 72.

²⁷⁵ Así lo sostiene BAJO FERNÁNDEZ, M., Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág.119. También CEREZO MIR, considera que la previsión de medidas de seguridad respecto a las personas jurídicas en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 1980 no supone reconocer a las personas jurídicas capacidad de acción, sino que se trata de medidas que intentan “hacer frente a la peligrosidad de las asociaciones, empresas o sociedades, puesta de manifiesto por la acción de directivos, mandatarios y miembros”. Respecto a su naturaleza, este autor entiende que son medidas de carácter administrativo, “pues se aplican a quien no ha realizado ni puede realizar un hecho previsto como delito”. Citado por RODRÍGUEZ, ARIAS, A. M., op. Cit., pág. 208.

través del sistema vicarial- exigen la previa comprobación de la culpabilidad del autor)”²⁷⁶.

En virtud de ello, para ZUGALDÍA, el hecho de acordar medidas de seguridad respecto a las personas jurídicas vendría a chocar con los mismos problemas y dificultades que la pretensión de sancionarlas con penas²⁷⁷.

Supuesto que las medidas de seguridad son de naturaleza penal, podría considerarse, para el caso de las personas jurídicas, que éstas se asimilan a aquellas que se imponen a sujetos que no reúnen las condiciones para realizar una acción culpable, como son los inimputables. Ello nos permitiría seguir sosteniendo la posibilidad de aplicar estas medidas prescindiendo de la culpabilidad, pero la cuestión que restaría por resolver es si la función esencial de las medidas de seguridad, esta es, la prevención especial, es posible respecto a la persona jurídica²⁷⁸.

Las medidas de seguridad, en sentido amplio, “constituyen una irrupción en los derechos de la persona, destinada al logro de finalidades de prevención especial, esto es, a la resocialización del sujeto peligroso cuando sea posible o a su aseguramiento en los demás casos”²⁷⁹.

²⁷⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, op. Cit., pág. 725.

²⁷⁷ En el mismo sentido, MILITELLO, V., “La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia”, En: “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal”, Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 416: “Contra el intento de superar la antigua zona de irresponsabilidad de las personas jurídicas se pone de relieve, sin embargo, que también las medidas de seguridad poseen funciones o características tales de naturaleza penal, por lo que, para evitar indeseables “fraudes de etiquetas”, tienen que estar sujetos a las mismas garantías.

²⁷⁸ En el discurso de legitimación de la pena, la prevención especial surge en la segunda mitad del siglo XIX, como una respuesta a la ceguera y total inutilidad de una práctica punitiva que, en el momento de ejecución de la pena, no tiene orientación alguna. Así, se propone dotar a esta fase de un sentido racional (instrumental) mediante un programa de ejecución de la pena basado en la obtención de fines relativos al condenado: la corrección (resocialización), la intimidación y la neutralización.

²⁷⁹ CURY URZÚA, E., op. Cit., tomo II, pág. 401.

De este modo, la prevención especial, como fundamento de dichas medidas, supondría un sujeto con características humanas, lo que resulta especialmente evidente si atendemos a su fin resocializador. La prevención especial negativa, entendida como aseguramiento, a lo sumo podría explicar la imposición de medidas como la disolución, la suspensión de actividades, o la sujeción de la empresa a la vigilancia de un interventor, medidas que permiten en mayor o menor medida neutralizar al ente colectivo para impedir que éste cometa delitos en el futuro. La pregunta sería, entonces, cuál es la naturaleza jurídica de otras sanciones que generalmente se imponen a las personas jurídicas y de las que no podría predicarse un fin de aseguramiento, como son las sanciones pecuniarias.

Para STRATENWERTH²⁸⁰, la solución está en considerar, con respecto a las personas jurídicas, nuevos fines para las medidas de seguridad. Este autor parte por apreciar que los delitos realizados por personas jurídicas plantean la necesidad de castigo por exigencias de interés público. Ello exige la configuración de un sistema de medidas de seguridad elaboradas especialmente para personas jurídicas donde se sustituya la finalidad de prevención especial por una orientación preventivo-general. La responsabilidad de la persona jurídica, de este modo, no supone su culpabilidad sino que se centra en la evitabilidad abstracta de la vulneración de la norma.

En todo caso, cabe destacar que las soluciones propuestas en miras a fundar la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas, no toman en cuenta que ello importaría revitalizar o revalorizar un sistema sancionador, como el de las medidas de seguridad, desde hace tiempo en crisis²⁸¹.

²⁸⁰ Citado por BACIGALUPO, S., op. Cit., págs. 165 a 168.

²⁸¹ MILITELLO, V., op. Cit., pág. 416.

V. Nuevo principio de legitimación: estado de necesidad del bien jurídico. Schünemann.

Antes de que se vacíe de sentido el concepto de culpabilidad penal, hasta que se case con la imputación que se realiza de la culpa de un tercero, en opinión de SCHÜNEMANN, “se deberá proceder metodológicamente de forma totalmente distinta y suscitar la cuestión de si el principio de culpabilidad penal puede, en suma, encontrar aplicación racionalmente en la sanción a entidades colectivas, para indagar aquí, en caso negativo, en otros principios informadores. Pues para legitimar sanciones especiales no se debería debilitar y vaciar el concepto de culpabilidad penal en general, sino más bien buscar una legitimación especial para esta sanción especial”²⁸².

La propuesta de SCHÜNEMANN se basa precisamente en la elaboración de un nuevo principio de legitimación y en establecer que los presupuestos de imputación sólo deben configurarse de acuerdo con ese principio.

La legitimación específica para las sanciones aplicables a una entidad colectiva se encontraría en el “estado de necesidad del bien jurídico” que se desencadena por la actitud criminal de la entidad y que no se solventa mediante una sanción penal exclusivamente individual. Así afirma “un concreto estado de necesidad de prueba y con ello un estado de necesidad de prevención, bajo el doble supuesto de que la lesión del bien jurídico cometido en el marco de una empresa no puede demostrar la autoría de una determinada persona natural y de que el fallo de la organización de la empresa ha facilitado, al menos, el hecho o, en su caso, al menos ha hecho más difícil su demostrabilidad”²⁸³.

²⁸² SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 588.

²⁸³ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 589.

A diferencia de la propuesta que realiza en 1979 en su estudio sobre “Criminalidad de empresa y Derecho Penal”, SCHÜNEMANN, considera en sus trabajos más recientes que el estado de necesidad del bien jurídico no se limita a aquellos casos en que no se logra la constatación del autor individual del delito de empresa porque con la sola punición del autor individual no se puede acabar propiamente con el efecto criminógeno de una actitud criminal de la asociación. En otras palabras, explica, “vale compensar un fenómeno colectivo, que ya no es imputable sólo a una persona individual ni controlable a través de él, esto es, la actitud criminal de la asociación, mediante una sanción con efectos igualmente colectivos, cuya legitimación reside en la misma potenciación del peligro que significa la instalación en la empresa de un sistema de acción colectivo, si y en la medida en que este modelo de conducta criminal colectiva se cultiva”²⁸⁴.

Los presupuestos necesarios para calificar un hecho como expresión de una actitud criminal de la asociación son:

1. Que una persona natural realice, en el marco de una empresa, una acción conminada con una pena o una multa administrativa que debería redundar en beneficio de la empresa.

A diferencia de la concepción de TIEDEMANN y de la regulación de la multa asociacional del párrafo 30 OWiG que necesitan siempre como punto de conexión el hecho de un órgano de dirección superior, para SCHÜNEMANN basta la contravención de un único subordinado miembro de la asociación²⁸⁵.

A su juicio, las diferencias entre el modelo que propone y el diseñado por TIEDEMANN se evidencian especialmente en el tratamiento de la imputación de la conducta de los mandatarios externos. En el modelo de TIEDEMANN, una conducta errónea de dichos mandatarios, al no estar incorporados formalmente

²⁸⁴ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 591.

²⁸⁵ Ibid.

en la organización, no responsabilizaría penalmente a la empresa, lo que SCHÜNEMANN considera equivocado desde una perspectiva lógico-material²⁸⁶.

2. Que falten o sean incompletas las medidas de dirección o de vigilancia necesarias para evitar tales hechos.

Según el concepto de SCHÜNEMANN, basta con el fallo objetivo de las medidas necesarias de dirección y vigilancia, mientras que en el parágrafo 30 OWiG y de acuerdo a la concepción de TIEDEMANN, se debe dar, al menos, una infracción individualmente culpable del deber de vigilancia de un órgano de dirección superior²⁸⁷.

En la configuración de las sanciones aplicables a la asociación como sanciones cumulativas junto a la punición del miembro de la entidad que actúe, se debe tomar en especial consideración el beneficio utilitarista que de ellas se reporte. Esto supone evaluar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida en relación a la protección del bien jurídico²⁸⁸.

En cuanto a la necesidad, se trata de corroborar la existencia de una verdadera amenaza para el bien jurídico que, en la formulación actual de SCHÜNEMANN, no exige que sea imposible determinar al autor individual concreto sino que se evidencia en los efectos criminógenos de una actitud criminal de la entidad que no puede ser compensada con la sola imposición de sanciones penales individuales²⁸⁹.

En relación a la idoneidad, se trata de establecer sanciones con una real eficacia preventiva, cuestión que podría ponerse en duda frente a multas que pese a su elevada cifra pueden ser asimiladas por las empresas como meros

²⁸⁶ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 596.

²⁸⁷ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 591.

²⁸⁸ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 592.

²⁸⁹ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 593.

factores de coste. Una sanción adecuada para la prevención y fortalecimiento en la protección de bienes jurídicos debe ir necesariamente acompañada de sólidos y eficientes sistemas de control. El efecto preventivo que persigue la sanción no debe buscarse en la motivación directa de un determinado órgano de la empresa para la introducción de medidas que evitarían futuras infracciones, porque dada su imposición colectiva no se puede decir nada específico sobre qué órgano sería el que directamente se motivaría en este sentido. Explica SCHÜNEMANN que “este efecto principalmente indirecto de la amenaza de multa se corresponde con toda teoría sociojurídica moderna del Derecho reflexivo, que pone en duda la posibilidad de influenciabilidad directa en los subsistemas sociales, es decir, aquí en la economía y en sus submiembros, a través del Derecho, y en lugar de ella recomienda una dirección indirecta de estos sistemas denominados autopoyéticos”²⁹⁰.

La imposición de sanciones a la entidad exige, finalmente, que se respete y se mantengan pautas de proporcionalidad al medir la reacción penal. A juicio de SCHÜNEMANN, “se raya la proporcionalidad, como tercer principio de enjuiciamiento en el plano utilitarista de una multa a entidades colectivas, en todo caso cuando con su magnitud se amenaza la existencia de la empresa”²⁹¹. Por esta razón, considera que en muchos casos la liquidación forzosa de una empresa podría ser una medida más adecuada y de menor afectación que la multa, ya que en el primer caso los accionistas podrían al menos disfrutar del reparto de beneficios mientras que la caída en quiebra por una multa elevada a la asociación destruiría todo valor patrimonial. También defiende, como medida que grava lo menos posible a los accionistas y que tendría un enorme efecto preventivo, la vigilancia estatal temporal de la empresa, es decir, “el

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Ibid.

sometimiento de la empresa a la dirección de una persona o institución determinada por el Estado, declarado para cierto tiempo”²⁹².

SCHÜNEMANN reconoce que su propuesta, basada en los principios del estado de necesidad del bien jurídico, de la compensación de una actitud criminógena de la entidad y del principio de iniciativa, se acerca más a la *corporate liability* del Derecho angloamericano que a los principios imperantes en la dogmática penal europea continental. En su opinión se trata de una perspectiva que se apoya en principios más modernos para explicar la conducta humana en el marco de las organizaciones estructuradas jerárquicamente mientras que la teoría de la imputación por una culpa de organización del Derecho alemán no es, en realidad, más que una analogía penal de figuras jurídicas del Derecho civil, “cuya dudosa se reconoce en Alemania desde que BRUNS proclamara la liberación del Derecho Penal del pensamiento civilista”²⁹³.

Si bien, en estas consideraciones se basan las virtudes de su propuesta, también en ellas se fundan importantes objeciones desde que se trata de un sistema que rompe con la estructura y fundamentos del Derecho Penal continental europeo. Al erigir el estado de necesidad del bien jurídico como principio de legitimación en el caso de los entes colectivos, “se estaría renunciando a la garantía del Estado de Derecho, que ofrece el concepto de culpabilidad frente a castigos inadecuados...la imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad constituiría en definitiva, materialmente, un cuerpo extraño en el Derecho Penal. Éste quedaría desnaturalizado, en esa medida, convirtiéndose en un mero derecho de responsabilidad”²⁹⁴.

²⁹² SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 594.

²⁹³ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 592.

²⁹⁴ HIRSCH citado por RUSCONI, M., “Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?”, op. Cit., pág. 79.

A juicio de SCHÜNEMANN, este estado de necesidad preventivo puede legitimar una sanción independiente de la culpabilidad de manera similar a las viejas conocidas medidas de seguridad y corrección²⁹⁵, es decir, cuando la protección del bien jurídico no se puede asegurar de ninguna otra forma, cuando el mantenimiento de los bienes jurídicos en peligro resulta más gravosa que la sanción a la empresa y cuando la persecución del bien más valioso frente al menos valioso no lesiona ningún otro principio del Estado de Derecho.

En este sentido, RUSCONI, considera que la objeción ante la posibilidad de aplicar una sanción penal sin culpabilidad olvida, que la aplicación de medidas de seguridad no representa otra cosa que aquello que aquí se quiere evitar; “a pesar de que el criterio “cuantificador” de la peligrosidad –propio de las medidas de seguridad- mire, de algún modo, más al futuro que al pasado, ello no puede ocultar que las compuertas del poder penal del Estado, en el marco del Estado de Derecho, sólo se abren luego de un hecho ilícito –típico y antijurídico-. Esta advertencia, junto con la similitud en el grado de violencia, hacen que la afirmación “la sanción sin culpabilidad es un cuerpo extraño para el Derecho Penal” sea un tanto arriesgada”²⁹⁶. De esta manera, siguiendo las ideas de SCHÜNEMANN, hoy ya no sonaría extraña la propuesta de suplantar el juicio de culpabilidad por criterios de proporcionalidad, que podrían ofrecer un límite razonable al *ius puniendi* estatal.

Concluye RUSCONI que “así como la decisión político criminal preferible al momento de diseñar el sistema de imputación de las personas físicas reside en mantener la vigencia del aspecto garantista del principio de culpabilidad, aun frente a un posible costo científico –indemostrabilidad del principio fundamental

²⁹⁵ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 589.

²⁹⁶ RUSCONI, M., op. Cit., pág. 80.

del libre albedrío- no hay demasiados obstáculos para revisar esa decisión externa cuando se evalúa la conducta del ente ideal”²⁹⁷.

Para SCHÜNEMANN, sólo en la medida en que se vea el sentido y fin de la pena exclusivamente en la retribución de la culpabilidad, puede verse como una contradicción en sí misma la imposición de penas independientes de la culpabilidad²⁹⁸. En un Derecho Penal de retribución de la culpabilidad, “la culpabilidad jurídico-penal es, por sí sola, condición suficiente de la imposición de una pena y, con ello, el concepto absolutamente central del Derecho Penal y su sistema”²⁹⁹. No obstante, en Alemania, la concepción de un Derecho Penal puramente retributivo de la culpabilidad fue abandonado definitivamente en los años 70, cuando la discusión en torno a la reforma penal de esos años, tropezó con la resistencia enconada de los cada vez más numerosos defensores de un Derecho Penal preventivo³⁰⁰.

SCHÜNEMANN no considera posible un renacimiento de la teoría retributiva a corto plazo ya que, a su juicio, la idea de retribución de la culpabilidad mediante una pena que lleve en sí su propio fin, en orden a restablecer la justicia, no sólo es en sí misma altamente problemática, sino que además acaba en un programa metafísico, que no es de la incumbencia del Estado en una democracia pluralista y neutral en el plano ideológico, y queda al margen de las funciones admisibles del Estado³⁰¹.

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 588.

²⁹⁹ SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. Cit., pág. 150.

³⁰⁰ SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. Cit., pág. 148.

³⁰¹ SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. Cit., pág. 151.

Desde la perspectiva de un Derecho Penal preventivo, la admisibilidad jurídica de una sanción penal se mide en correspondencia con la determinación del fin del Derecho Penal; es decir, por ser la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos, en virtud de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad³⁰².

³⁰² SCHÜNEMANN, B., "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", op. Cit., pág. 589.

CAPITULO VI. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN.

INTRODUCCIÓN

Que son necesarias sanciones específicas contra la propia empresa paralelamente a un sistema de imputación individual óptimamente configurado, parece un hecho indiscutible. Ya SCHÜNEMANN destacaba como “la eficacia preventivo general del Derecho Penal resulta paralizada frente a un integrante de la empresa inmerso en una actitud criminal colectiva, del mismo modo que sucede con su efecto preventivo-especial frente a un autor ya previamente adaptado y no aquejado de ningún déficit de socialización”³⁰³.

Afirmo que es un hecho indiscutible porque, en la práctica, el legislador aún en aquellos países en que rige el principio *societas delinquere non potest*, ha establecido sanciones contra las personas jurídicas y entes colectivos en general tales como multas, disoluciones, entre otras.

Esto demuestra que junto a la responsabilidad del Derecho Civil –de carácter eminentemente reparatorio- no ha podido prescindirse de una vía de carácter propiamente punitiva contra la empresa.

La calificación de la naturaleza jurídica de tales sanciones impuestas a personas jurídicas no es sólo un problema semántico. Si se trata de sanciones penales entonces imperativo es reconocer su responsabilidad penal con todas las dificultades que ello conlleva desde el punto de vista de las categorías dogmáticas de la teoría del delito y, por sobre todo, desde la perspectiva del principio de culpabilidad y personalidad de las penas. Por esta razón, para

³⁰³ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 572.

muchos autores –entre ellos OTTO³⁰⁴, BAJO³⁰⁵ y en Chile COUSIÑO³⁰⁶ -las necesidades político criminales de prevención y represión de la criminalidad económica empresarial se satisfacen reconduciendo este fenómeno delictual al Derecho Administrativo sancionador en el cual, aparentemente, no se suscitarían las dificultades ya señaladas.

De lege lata, en todos los ordenamientos jurídicos están extendidas las sanciones administrativas para empresas y personas jurídicas, en algunos casos, mediante leyes especiales asociadas fundamentalmente al Derecho económico y, últimamente, a través de un moderno Derecho de contravenciones, como es el caso de Alemania, Portugal, Italia y España.

Por ello, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se presenta hoy, según ZUGALDÍA, en los siguientes términos: o se considera que, en todo caso, la sanción de los actos ilícitos cometidos por personas jurídicas debe estar exclusivamente en manos de la Administración o se admite, por el contrario, que en ciertos supuestos sea la ley penal la que acuerde respecto de aquellas “sanciones penales” (llámense penas o medidas de seguridad) a imponer por los jueces y tribunales del poder judicial³⁰⁷.

La cuestión de si es legítima la potestad de la Administración para establecer infracciones y sanciones, potestad tradicionalmente vinculada a su poder de policía, es objeto de discusión. Se entiende que en un sistema en que rige de manera estricta la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar en manos de la Administración.

³⁰⁴ Citado por BACIGALUPO, S., op.Cit., pág. 159.

³⁰⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 117.

³⁰⁶ COUSIÑO MAC IVER, L., op. Cit., pág. 277.

³⁰⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., op. Cit., pág. 726.

No obstante, es un hecho que dicha potestad existe y forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado. Por ello, lo que interesa para el objeto de este trabajo es la discusión entorno a los criterios para distinguir entre injusto penal e injusto administrativo. La sanción administrativa sería una solución adecuada si fuera posible demostrar que el ilícito administrativo tiene naturaleza distinta de la penal y que, en virtud de ello, los principios y garantías que rigen la imposición de una pena no serían exigibles en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración.

INJUSTO PENAL E INJUSTO ADMINISTRATIVO. CRITERIOS PARA DECIDIRSE A FAVOR DE LA VÍA PENAL O LA VIA ADMINISTRATIVA.

Según GOLDSCHMIDT, propulsor de la teoría autonómica del Derecho Penal Administrativo, y sus principales seguidores –WOLF, SCHMIDT y SCHÖNKE- entre delitos criminales e infracciones administrativas existirían diferencias cualitativas, esenciales u ontológicas³⁰⁸. En términos generales, la llamada tesis clásica o del “aliud”, planteaba que el Derecho Penal protege derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados, mientras que el Derecho Administrativo debe proteger frente a la desobediencia de los mandatos emitidos por la Administración, que no protegen bienes jurídicos ya existentes, sino que están al servicio de los deberes de orden público y del bienestar³⁰⁹. En consecuencia, al ilícito penal le atribuyen el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el ilícito administrativo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro³¹⁰.

³⁰⁸ AFTALIÓN, E., “Derecho Penal Administrativo”, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, pág. 86.

³⁰⁹ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 236.

³¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. Cit., pág. 124.

En la actualidad, la doctrina casi unánime entiende que no existen diferencias ontológicas entre injusto penal y administrativo. Esta distinción no resultaría apropiada hoy porque ambos injustos –el penal como el administrativo- lesionan bienes jurídicos³¹¹. Prueba de que no existen diferencias esenciales serían los delitos que se vuelven infracciones administrativas y viceversa, como las infracciones tributarias³¹².

ACHENBACH no considera posible sostener que la contravención, en oposición al delito, está descolorida éticamente. Tomado algunos ejemplos de la legislación alemana, señala: “que sólo las declaraciones falsas y dolosas que evaden impuestos (pár. 370 Ley General Tributaria AO) o que sólo el conducir un coche con una concentración de alcohol en la sangre de 1,1% o más (pár. 316 StGB) tengan que ser valoradas como contrarias a la ética social, y en cambio, la evasión imprudente de impuestos (pár. 378 AO) o bien la conducción de un coche con una concentración de alcohol en la sangre de 0,8 hasta 1% (pár. 24ª StVG) no lo sea, no me convence –prescindiendo ahora de la comparación entre una contravención de cartel con un aumento de ingreso en millones y el robo de una tienda de libros”³¹³.

En la doctrina ampliamente dominante se ha ido consolidando la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto. El ilícito penal lo integrarían los hechos antijurídicos más graves e intolerables para la vida social, mientras el ilícito administrativo quedaría relegado para los hechos antijurídicos de menor intensidad³¹⁴.

³¹¹ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 236.

³¹² ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 27.

³¹³ ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit., pág. 403.

³¹⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ J. M., “La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. Cit., pág. 124; y BAJO FERNANDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 92.

Defendiendo la tesis de diferenciación meramente cuantitativa, ROXIN argumenta que los hechos punibles y las infracciones administrativas no se diferencian por la existencia o falta de una lesión a un bien jurídico, pues ambos constituyen una lesión a un bien jurídico. Por el contrario, el criterio sustantivo de la delimitación entre ambos lo constituye el principio de subsidiaridad. El legislador debe recurrir a la sanción administrativa y a la sanción pecuniaria, en lugar de la pena criminal, cuando la perturbación social se puede subsanar mejor o de igual forma con una sanción administrativa que con una pena criminal. En la mayoría de los casos la sanción administrativa será adecuada cuando la contravención de la ley exija una reacción estatal, aunque por su mínima peligrosidad social no necesite una pena criminal.

A su juicio, tampoco se puede afirmar que los hechos punibles penalmente sean reprochables éticamente y, por el contrario, que las infracciones administrativas sean éticamente neutras. Más bien, que las infracciones administrativas sólo tienen en relación con los hechos punibles una menor gravedad, en tanto disminuye su peligrosidad social.

ROXIN agrega que, en algunas ocasiones, la pena criminal se excluye desde el principio porque, por su naturaleza, sólo puede ser aplicada a seres

ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág 26, explica que, en la sociedad de riesgos, es la Administración el ente contenedor de riesgos, estableciendo sus límites con una normativa específica, por lo cual suele ser el Derecho administrativo quien delimita los contornos de los riesgos permitidos y por lo tanto, de la antijuridicidad de las conductas. En varios delitos socio-económicos (contra el medio ambiente, por ejemplo) es la Administración la que finalmente determina lo antijurídico al definir los límites de la conducta permitida. De esta forma, el ámbito sancionador del Derecho Administrativo estaría diseñado para sancionar normalmente las conductas menos graves que sobrepasan esos límites permitidos (autorizaciones, infracciones de reglamentos, por ejemplo) dejando para el Derecho Penal los casos más graves. Esto ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia española, prácticamente con unanimidad a sostener que entre ambos injustos no hay una diferencia cualitativa sino simplemente cuantitativa. ACHENBACH, H., "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", op. Cit., pág. 398: "También en Alemania, el modelo de explicación cuantitativa se popularizó a partir de la descriminalización de los delitos de bagatela en los años 70".

humanos como en el caso de las personas jurídicas y corporaciones que sólo podrán ser sancionadas con altas multas³¹⁵.

No obstante, ROXIN está pensando en la pena criminal asociada típicamente a las penas privativas de libertad versus la sanción administrativa pecuniaria, desconociendo que también en sede penal existen penas no corporales –pecuniarias o restrictivas de derechos- que pueden ser perfectamente aplicadas a las personas jurídicas. Así, en base a la tesis de diferenciación meramente cuantitativa sería dable concluir, como señala ZUGALDÍA, que “la potestad sancionadora de la administración en el ámbito de la heterotutela, se puede justificar por evidentes necesidades de la práctica, lo que debe tener como presupuesto actos puramente contravencionales: por el contrario, todo lo que suponga un ataque grave a las reglas mínimas de convivencia social ha de ser sancionado –dado su carácter fragmentario- en el Derecho Penal –sustantivo y procesal- sea el autor de la infracción una persona física o una persona jurídica”³¹⁶.

El problema que plantea esta tesis para quienes defienden la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas es que, en base a esta mera diferencia cuantitativa, el Derecho Administrativo sancionador deviene en un Derecho punitivo de menor cuantía, de bagatelas, lo que hace inexplicable que, en la práctica, existan sanciones administrativas tan severas o más severas de las que se imponen por la vía penal –por ejemplo, la existencia de cuantiosas multas- que por ello exceden el límite de la simple bagatela.

Para otros autores, la distinción entre injusto penal e injusto administrativo se establece por la diversa naturaleza de sus sanciones porque el Derecho Penal, en sentido formal, es precisamente definido por sus sanciones (penas o medidas de seguridad). Esta es la opinión de BAJO, para quien no hay más

³¹⁵ ROXIN, C., citado por BACIGAPUPO, S., op. Cit., pág. 238.

³¹⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., op. Cit., pág. 726.

distinción que la formal, ilícito administrativo es el castigado con sanción administrativa e ilícito penal el castigado con pena³¹⁷.

Es evidente que dicha tesis exige determinar cuál es la diferencia entre una pena y las demás sanciones como las administrativas.

Siguiendo la tesis de la identidad sustancial entre injusto penal e injusto administrativo, debe descartarse que entre sanción penal y administrativa exista una diferencia cualitativa desde un punto de vista estructural³¹⁸.

Dentro de las posibles consecuencias imputables a un comportamiento antinormativo diversas de la pena -v. gr., la nulidad, el cumplimiento forzado, el restablecimiento del estado de cosas anterior, etc., - se da una relación lógica entre la norma como punto de partida (lo que mandaba) y lo que se obtiene en el mundo por la imposición de la fuerza de la consecuencia. En todos estos casos, la coacción al servicio de la realización de la consecuencia restablece el orden del mundo normativamente configurado, en otras palabras, el cumplimiento por la fuerza de la consecuencia reconfigura el mundo conforme a la configuración originariamente establecida por la norma. Esta relación analítica falla con la pena, lo característico de ella es que no tiene esta relación analítica con la norma originaria porque, si la infracción a la norma originaria es un mal, lo que hace la sanción no es reparar ese mal como restablecimiento o impedir ese mal, sino irrogar otro mal. Esta característica de la pena también es predicable respecto a las sanciones que impone la Administración en uso de

³¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., "Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial", op. Cit., pág. 92.

³¹⁸ AFTALIÓN, E., op. Cit., pág. 88: "En cuanto a la pretendida diferencia ontológica –según la cual la sanción de los delitos asume un sentido ético mientras la de las infracciones administrativas es una simple voz de alerta a los ciudadanos para que piensen en sus deberes administrativos- es evidente que tampoco proporciona una firme base científica en que hacer pie. Ni las penas administrativas pueden ser ajenas a la ética, ni las personas sancionadas administrativamente –a menudo con una severidad mucho mayor que la deseada por JAMES GOLDSCHMIDT- quedarían satisfechas con la explicación de que sólo se las ha alertado".

sus facultades gubernativas o correctivas³¹⁹ lo que hace difícil o casi imposible distinguirlas de una pena en sentido estricto.

Tampoco es posible encontrar diferencias de grado entre la sanción penal y la sanción administrativa. Es cierto que la mayor parte de las penas son cuantitativamente distintas a otras sanciones, en particular si se considera la severidad de las penas privativas libertad, pero en el ámbito penal existen otro tipo de sanciones restrictivas de derechos o pecuniarias que pueden aplicarse también en sede administrativa, como el típico caso de la multa cuya cuantía puede ser tan o más elevada que la impuesta por la vía penal.

Para BAJO, la solución se encuentra calificando de sanción administrativa la impuesta por órganos de la Administración Pública y sanción penal o pena, la impuesta por los Tribunales de Justicia³²⁰.

No cabe duda que esta diferencia formal es la más certera para determinar si el legislador a optado por la vía penal o la administrativa. Sin embargo, ella no sirve para definir qué debe ser delito y por tanto sancionado con una pena. Como explica TERRADILLOS, “acudir a la sanción para calificar la naturaleza de sus presupuestos (procedimiento intentado con magros resultados para diferenciar el Derecho Penal del Derecho Administrativo sancionador) es invertir los términos del raciocinio, que exige adecuar la consecuencia al presupuesto y no viceversa”³²¹.

³¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial”, op. Cit., pág. 87: Quedan fuera de discusión, las sanciones que impone la Administración en ejercicio de su poder disciplinario, poder que “habita una zona pacífica en relación con el Derecho Penal”. Explica BAJO, que el carácter de las sanciones disciplinarias (desde la amonestación a la separación del servicio) y el fundamento que las justifica (las relaciones especiales de poder) difieren de los del Derecho Penal. De ahí la posibilidad de su acumulación, legal y doctrinariamente reconocida. El tema verdaderamente controvertido es el de las sanciones gubernativas, es decir, de aquellas que constituyen un medio represivo que castigan el incumplimiento de una obligación y que son las que integran el poder sancionador de la Administración.

³²⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., op. Cit., pág. 92.

³²¹ TERRADILLOS, citado por ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 29.

En definitiva, que ciertas sanciones se apliquen por la Administración y otras por los Tribunales de Justicia responde a una decisión legislativa previa. ACHENBACH estima que la dicotomía planteada se explica mediante la “teoría decisionista limitada”, según la cual queda en principio al arbitrio del legislador, decidir si se reacciona frente a una infracción normativa por medio del Derecho Penal o con el Derecho de contravenciones. Agrega que sólo en el “ámbito nuclear del Derecho Penal” para cuya delimitación es preciso recurrir a las opiniones mayoritarias de la comunidad jurídica, le está prohibido al legislador renunciar a las sanciones penales específicas³²².

La cuestión es bajo qué consideraciones efectúa el legislador una u otra opción en aquellos casos que no pertenecen indiscutiblemente al núcleo duro del Derecho Penal como sucede con los ilícitos socio-económicos que, en la mayor parte de los casos, o al menos en los más importantes, son cometidos en el seno de una empresa.

ZÚÑIGA explica que actualmente va cobrando más vida la tesis de que el asunto no se puede tratar como una simple diferencia cuantitativa o cualitativa, pues la tesis de la distinción ontológica resulta deficitaria, pero tampoco se puede sostener que entre ambos injustos hay sólo una diferencia de grado³²³. Pese a que la tesis de la diferenciación cuantitativa es mayoritaria en la doctrina, según TORÍO, “la referencia a un momento sólo gradual, o cuantitativo, entre ambos campos es quizás poco rigurosa...La inviabilidad material o lógica de los criterios cualitativos ha despejado el camino para hallar la pauta metódica desde la cual el problema puede ser finalmente abordado. Esta pauta tiene un carácter normativo, es decir, valorativo”³²⁴.

³²² ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit., pág. 398.

³²³ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 198. También ACHENBACH, H., op. Cit., pág. 398: “Las contravenciones no se distinguen de los delitos ni en la esencia ni en el peso”.

³²⁴ TORÍO, citado por ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 28.

La opción por la vía administrativa o penal, tratándose de ilícitos socio-económicos, requiere una decisión político criminal racional, es decir, habrá que precisar criterios valorativos o normativos claros que puedan servir al legislador para decidir sobre la idoneidad de la utilización de uno u otro derecho. Los criterios racionales para fundamentar dicha decisión se fundan en el principio de subsidiariedad y en el carácter fragmentario del Derecho Penal que mandan que el sistema penal de control social intervenga como último recurso, para las infracciones más graves a la convivencia social³²⁵.

Erradicar la criminalidad de empresa del Derecho Penal ha sido hasta hoy una opción que no se ha definido en base a dichos principios sino que ha obedecido a la necesidad de evitar el costo dogmático de tener que revisar los conceptos clásicos del Derecho Penal.

Al respecto cabe precisar dos cosas. Primero, que ya no puede sostenerse sin más, que dichos costos se evitan trasladando el problema al Derecho Administrativo sancionador³²⁶. Segundo, si la cuestión radica en conservar la rigidez de los principios y garantías propias del Derecho Penal liberal, no sólo la responsabilidad de las personas jurídicas debería trasladarse en exclusiva al Derecho Administrativo sancionador, sino en general el grueso de los ilícitos socio-económicos que, como hemos visto, responden a la complejidad de las relaciones sociales de la moderna sociedad post-industrial y que ponen en jaque el paradigma del delito como lesión de un bien jurídico individual por un sujeto individual³²⁷.

³²⁵ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 199.

³²⁶ Cuestión que se analizará en detalle en el título siguiente.

³²⁷ SILVA SÁNCHEZ J. M., "La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", op. Cit., pág. 99: "El paradigma del Derecho Penal clásico es el homicidio de un autor individual. No resulta aventurado sostener que la mayor parte de las garantías clásicas del Derecho Penal adquieren su fundamento en esta constatación". Pág. 121: "La combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo de delito de lesión de bienes individuales al modelo de peligro (presunto) para bienes supraindividuales, pasando por todas las modalidades intermedias".

Precisamente los delitos socio-económicos son aquellos que han estado en debate en cuanto clara manifestación del fenómeno expansivo que sufre actualmente el Derecho Penal. Frente a dicho fenómeno, parte de la doctrina se ha manifestado contraria a su tutela penal porque con ello el Derecho Penal dejaría de cumplir su función de *ultima ratio*. En este sentido se orienta el sector doctrinal vinculado a la escuela de Frankfurt para quienes la crítica a la extensión del Derecho Penal más allá de los límites tradicionales de protección de los bienes jurídicos clásicos -por ejemplo, al campo de la economía- se funda en que con ello se transformaría en un Derecho Penal puramente funcionalista que sacrificaría garantías esenciales del Estado de Derecho³²⁸.

No obstante, dicha objeción no resulta conciliable con una realidad respecto de la cual “se estima imposible la vuelta atrás”. Es una realidad indiscutible la introducción en los códigos penales de los últimos decenios de delitos que protegen bienes jurídicos de carácter supraindividual como expresión del modelo del Estado Social de Derecho. “Estos bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o difusos crecen en la valoración social de los ciudadanos dada la trascendencia social y económica que su vulneración supone”³²⁹.

Por ello, no parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho Penal orientado al paradigma del Derecho Penal mínimo. Pero ello no significa –como explica SILVA- que la situación nos aboque a un modelo de

³²⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN, C., op. Cit., pág. 22.

³²⁹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 91. Al respecto, CATANIA, A. J., op. Cit., pág. 168, señala: “Visto el sistema economicista que rige el mundo, donde la acumulación de capitales importa el control del poder y la posibilidad de injerencia en economías estatales y hasta regionales, ciertos manejos económicos que afectan al Orden Público Económico del Estado directamente, y a la posibilidad de cumplimentar con sus deberes esenciales (justicia, salud, educación y otros componentes del “digno vivir”) indirectamente, trascienden el ámbito puramente comercial y merecen una mayor protección por parte del Estado. Esta protección, por la importancia del valor social tutelado, amerita la utilización de la última ratio, a efectos de eliminar los abusos del sistema que se manifiestan sumamente contrarios y perjudiciales a los principios sociales antes esbozados, por intermedio de la lesión del orden público económico. Pues es desde el punto de vista del derecho, de donde debe ponerse coto a las actividades que redundan en perjuicio de la sociedad”.

Derecho Penal máximo. A su juicio, la función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista”³³⁰.

La postura de Frankfurt no sólo resulta impracticable en la realidad sino en gran medida injusta y contraria al principio de igualdad ante la ley. Resulta evidente –como aprecia MARTÍNEZ-BUJÁN- que lo que se ha calificado de núcleo histórico del Derecho Penal en materia patrimonial y económica se identifica con un Derecho Penal clasista, que sirve sólo para castigar a los sectores de la población sociológicamente más desfavorecidos. Asevera, con razón, que ya existe suficiente discriminación por parte de la opinión pública y por parte de los Tribunales de Justicia, como se ha acreditado en la indagación criminológica para que venga a ahondarse todavía más en el carácter discriminatorio del propio sistema legal³³¹. Por esta razón, del reduccionismo del sistema penal en el coinciden todas las corrientes progresistas no debiera seguirse –según POLITOFF- que la descriminalización y despenalización en el ámbito del Derecho Penal individual haya de significar necesariamente la renuncia a las verdaderas necesidades de política criminal actual, que debiera atender, sobre todo, a la protección penal de los más débiles frente al abuso de poder de las grandes corporaciones y de la gran criminalidad³³².

³³⁰ SILVA SÁNCHEZ J. M., “La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. Cit., pág. 160.

³³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN, C., op. Cit. pág.26.

³³² POLITOFF, S., op. Cit., pág 412. También SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág 598: “No vacilaré ni un momento en declarar necesario el desarrollo de un Derecho Penal de la persona jurídica y de los consorcios, para asegurar la supervivencia literal, donde se manifieste la dimensión de defensa social como núcleo irreductible del Derecho Penal, es decir, en concreto en el ámbito del Derecho Penal del medio ambiente...El minimalismo anunciado últimamente por la escuela de Frankfurt, que califica ya el Derecho Penal actual de demasiado amplio y que cree poder solucionar los problemas de la sociedad moderna en cualquier caso mediante una vuelta del Derecho criminal al romanticismo del caballero y el ladrón, en absoluto puede hacerme vacilar aquí, porque estás exigencias me parece desembocan únicamente en una alianza, tan bizarra como sacrílega, entre doctrinarismo, entendido originalmente de forma progresiva, y la agitación, harto conocida, del lobby de la industria”.

En definitiva, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad o *ultima ratio*, deberán ser sancionadas penalmente conductas que sean claramente merecedoras y necesitadas de pena. El merecimiento de pena supone evaluar la importancia del bien jurídico y el grado de afección del mismo. En este sentido, hemos dicho que los bienes jurídicos supraindividuales crecen en la valoración social en cuanto a su importancia porque, en primer lugar, de su tutela depende, muchas veces, la protección -al menos de forma mediata- de bienes jurídicos individuales fundamentales tradicionalmente tutelados por el Derecho Penal³³³, v. gr., la afectación del equilibrio de los sistemas naturales en materia medio ambiental puede importar la lesión de la vida y salud de las personas³³⁴. En segundo lugar, porque la dañosidad social de la conducta que atenta contra ellos, supera con frecuencia la de la delincuencia tradicional, como resulta de comparar los efectos de un clásico delito contra la propiedad o el patrimonio con los efectos propios de los delitos socio-económicos que pueden afectar, en general, la estabilidad del propio sistema.

Esto es muchos casos importará la consideración de criterios cuantitativos, pero no en exclusiva, ya que el *test* del principio de proporcionalidad prospectivo exige además que la opción penal sea el medio adecuado para la consecución del fin perseguido (“adecuación”), -por lo cual frente a ciertas

³³³ MARTÍNEZ-BUJÁN, C., op. Cit., págs. 90 a 93, señala que, en la inmensa mayoría de los delitos socio-económicos, es posible descubrir un bien jurídico inmediato o directamente tutelado (bien jurídico en sentido técnico) y un bien jurídico mediato. La importancia de este último esta dada por su función de límite y orientación del *ius puniendi* (función político-criminal atinente a la posible creación o supresión de delitos), por su función sistemática (referente a la clasificación y a la sistematización de los grupos de delitos) y podrá también tener influencia en la función de criterio de medición o determinación de la pena (en la medida en que la posible incidencia mediata sobre un bien jurídico adicional al directamente protegido pueda tomarse en consideración, como un dato más, para la determinación de la gravedad del injusto).

³³⁴ RUSCONI, M., “Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico”, En: “Delitos no convencionales”, compilado por JULIO B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, pág. 173: “En realidad este bien jurídico (el medio ambiente) protege el marco básico que asegura el goce de bienes individuales, estos, en buena medida, se sirven de él”.

materias la eficacia y especialidad podrían aconsejar un tratamiento fuera del Derecho Penal- y que ese medio sea el menos lesivo de intereses fundamentales entre los diversos medios de un mismo nivel de adecuación (“necesidad”).

Estos son los criterios valorativos que el legislador debiera tener en consideración al optar por la vía penal o administrativa, donde el eje de la selección viene dado por la importancia del bien jurídico –individuales o colectivos- y por su forma de ataque. En este sentido, la intervención penal sólo estaría justificada en la medida que se protege directamente intereses fundamentales frente a ataques constitutivos de lesión o peligro concreto, esto independientemente de si el sujeto autor de dicho ataque es una persona natural o jurídica.

ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL SISTEMA PENAL.

Decíamos que la exclusión de la criminalidad de empresa protagonizada por entes colectivos del Derecho Penal ha pretendido evitar el costo de tener que revisar los conceptos y principios tradicionales del Derecho Penal. Prueba de ello es que, ni la adopción de un criterio netamente cualitativo ni la adopción de uno meramente cuantitativo, justificaría el traslado en exclusiva de la criminalidad de empresa al Derecho Administrativo sancionador.

No puede sostenerse que todo ilícito cometido en el seno de una empresa deba considerarse, cualitativamente, como una mera contravención a un interés administrativo desprovisto de contenido ético o, cuantitativamente menor, en cuanto al contenido de injusto (es decir, de menor gravedad) en comparación con los clásicos delitos contra el patrimonio o la propiedad o los nuevos delitos socio-económicos del Derecho Penal individual. Tomando nuevamente el ejemplo que diera ACHENBACH, ¿a quién puede convencer que una

contravención de cartel con un aumento de ingreso en millones no pase de mera infracción administrativa mientras que el hurto en una tienda de libros sea indiscutiblemente un ilícito penal cualitativa o cuantitativamente más grave que el primero?

Sin embargo, muchos afirman que el medio adecuado para el control de las conductas delictivas de las personas jurídicas relacionadas con su actividad empresarial es el de la sanción administrativa por cuanto ésta aportaría la necesaria eficacia preventiva dejando a salvo los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

La cuestión está en determinar si es efectivo que trasladando el problema al Derecho Administrativo sancionador –donde son generalmente sancionados los entes colectivos sin mayores reparos- se evitan, efectivamente, dichos costos.

Sólo en la medida en que pudiésemos constatar diferencias esenciales u ontológicas entre el injusto penal y el administrativo sería dable aceptar que las sanciones a imponer por la vía administrativa no están sujetas al mismo marco garantista que caracteriza a la sanción penal. En efecto –como señala AFTALIÓN- si el llamado Derecho Penal Administrativo es una disciplina independiente con respecto al Derecho Penal, ya no cabe exigir en todos los casos la vigencia de ciertas garantías fundamentales, hoy de pacífico reconocimiento en el campo de este último (ley previa, veda de la analogía, restricción interpretativa, debido proceso, *in dubio pro reo*, etc.)³³⁵. El Derecho Administrativo sancionador es, entonces, una vía adecuada para sancionar a los entes colectivos porque mientras los delitos del Derecho Penal exigen dolo o culpa, las infracciones administrativas son más formales en el sentido que suelen conformarse con una responsabilidad de tipo objetivo³³⁶.

³³⁵ AFTALIÓN, E., op. Cit., pág. 47.

³³⁶ AFTALIÓN, E., op. Cit., pág. 7.

De este modo, la forma más sencilla de escapar del ámbito de aplicación del principio de culpabilidad es calificando las sanciones impuestas a las personas jurídicas como consecuencias de naturaleza no penal o administrativa. No obstante, como aprecia SCHÜNEMANN, con esta nomenclatura no se puede obviar la problemática constitucional de si estas sanciones se asemejan en cuestiones relevantes a las penas y si por eso están también sujetas a las mismas garantías. Más bien es evidente que la cuestión de si en un Estado de Derecho sólo se puede proceder a su imposición con sometimiento a aquellas cautelas que se han desarrollado en el modelo del Derecho Penal tradicional, no depende de la denominación sino del contenido y efectos de las sanciones. Para ello –agrega- no cumplen un papel esencial las explicaciones sobre la presunta diferencia esencial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador o entre la multa penal y la administrativa; sobre todo porque tampoco han conducido hasta hoy a ninguna diferenciación convincente. Así la diferenciación tradicional entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador contiene puntos de vista constitucionalmente obsoletos que postulan, bajo el aspecto de la vinculación jurídica, una diferencia entre Justicia y Administración, y por ello no pueden seguir siendo defendidos en un Estado de Derecho moderno³³⁷.

Si consideramos, como la doctrina mayoritaria, que existe una identidad sustancial entre injusto penal e injusto administrativo, entonces, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador se plantearían similares problemas de cara al principio de culpabilidad.

La adopción de un criterio meramente cuantitativo, reduce –como hemos dicho- al Derecho Administrativo sancionador a meras infracciones de bagatela. Según SCHÜNEMANN, en el ámbito de infracciones de bagatela sería admisible una *strict liability* en la medida que la cuantía de la sanción se

³³⁷ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 583.

mantenga por debajo del límite de lo que no es más que bagatela o sea posible protegerse contra el riesgo de sanción por la contratación de un seguro. Se trataría de un control no jurídico-penal sino alternativo de la delincuencia económica pero de una escasa eficacia preventiva, pues sanciones módicas o asegurables con módicas primas representan un mero factor de coste, por lo demás insignificante si la tasa de sanciones es muy baja. Por otro lado – explica- una *strict liability* dotada de una elevada eficacia preventiva no se puede legitimar ya con criterios extrapenales. La imposición de sanciones verdaderamente incisivas serían, de este modo, imposibles de legitimar en un Estado de Derecho³³⁸.

La imposición de una elevada multa que no representa un mero factor de coste es una pena patrimonial que afecta el Derecho de propiedad, medidas como la disolución de una persona jurídica, la clausura de un establecimiento y la suspensión de actividades, entre otras, que permiten una efectiva neutralización de la actitud criminal de la asociación, son penas restrictivas del desarrollo de actividades lucrativas que afectan el derecho a la libertad económica. Todas ellas son penas en un sentido amplio –cualquiera sea la etiqueta legal con que se las denomine- por cuanto constituyen una intervención represiva por parte del Estado en la esfera de los derechos fundamentales de las personas.

Es evidente que la capacidad sancionatoria del Estado, en general, se ha ido expandiendo e incrementando. Este fenómeno, explica ZÚÑIGA, es fruto de las modernas tareas de regulación social y económica del Estado social, siendo prácticamente iluso plantear un retroceso en este aspecto, por lo que el peso de las garantías cobra especial importancia. Si ahora el *ius puniendi* se expresa también en otro ámbito sancionatorio no propiamente penal, debemos preocuparnos de las garantías y los principios de atribución también en ese ámbito, porque si no estaríamos dejando en manos del Estado la potestad de

³³⁸ SCHÜNEMANN, B., op. Cit., pág. 575.

intervenir en la vida y bienes de los ciudadanos de manera excesiva, con un mero fraude de etiquetas³³⁹.

Es por ello que los autores que pretenden eludir la pregunta acerca de la culpabilidad de las personas jurídicas trasladando el problema al Derecho Administrativo sancionador se enfrentan a una resuelta tendencia jurisprudencial y doctrinaria, en el ámbito internacional, que exige también para las sanciones administrativas la concurrencia de culpabilidad.

La *strict liability*, que anteriormente constituía la forma normal de imputación en el Derecho Administrativo penal, se ha reducido mucho en los últimos decenios incluso en su patria de origen, Inglaterra, y ha sido completamente eliminada en muchos países también del Derecho Administrativo penal o de su forma moderna de aparición, el Derecho de Contravenciones³⁴⁰.

El moderno Derecho de Contravenciones es fruto de una técnica legislativa de tipo codificadora que, orientada por la experiencia alemana (*Rahmengesetz* de 1952, *Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1968), se ha ido extendiendo por el resto de Europa.

Estos cuerpos legislativos orgánicos de carácter administrativo, conforman un Derecho Intermedio, un *tertium genus* entre el clásico Derecho Administrativo sancionador (de meras contravenciones) y el Derecho Penal, en los cuales, se establecen modelos punitivos para reaccionar contra el fenómeno de la criminalidad económica a través de un arquetipo de ilícito normativo que se puede definir como “parapenal”, por la marcada semejanza de su “parte general” con el clásico modo de articularse el delito y mediante una sanción “cuasi-penal” cuya imposición se apoya en las categorías y reglas penales³⁴¹.

³³⁹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 203.

³⁴⁰ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 574.

³⁴¹ En este sentido, PALIERO, C. E., “La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial de Madrid, 1995, pág. 485; y

Son manifestaciones de este nuevo modelo la Ley de Contravenciones o Infracciones Administrativas alemana de 1968 (*Ordnungswidrigkeit* de 1968 - OWiG), la Ley portuguesa de Contravenciones Administrativas de 1982 (Decreto-Lei N° 433/82), la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 (LRJPAC) y el Decreto legislativo italiano N° 231, de 8 de junio de 2001.

Todas ellas contienen disposiciones que establecen la responsabilidad directa de las personas jurídicas y reconocen –sea en el mismo texto legal o por la vía jurisprudencial- la plena vigencia del principio de culpabilidad.

Así, por ejemplo, el Tribunal Federal Constitucional alemán ha calificado al principio de culpabilidad como derivado del principio del Estado de Derecho de la Ley Fundamental alemana y lo ha hecho extensivo a las sanciones represivas similares a la pena por cualquier otro injusto³⁴². La multa a entidades colectivas establecida en el parágrafo 30 de OWiG ha debido situarse, entonces, bajo el dominio del principio de culpabilidad.

Inicialmente, el legislador de la Ley de Contravenciones de 1968 pretendió eludir esta problemática definiendo la multa contra las asociaciones como mera “consecuencia accesoria”, producto de haber sancionado a una persona natural que había actuado en nombre de la asociación y que ocupaba un lugar en la dirección. Sin embargo, desde que la 2° Ley para la lucha contra la criminalidad económica de 1986 eliminó esa expresión del parágrafo 30 I OWiG y posibilitó la imposición de forma inmediata y sin rodeos de una multa a la sociedad, se ha planteado con más vivacidad la cuestión relativa a los fundamentos materiales

TIEDEMANN, K., “Derecho Penal económico en la Comunidad Europea”, En: “Estudios de Derecho Penal Económico”, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 249.

³⁴² SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 585.

de la sanción con la que se puede castigar a una unidad supraindividual³⁴³. En esta discusión, ha tenido especial importancia la contribución de TIEDEMANN y su tesis de la culpabilidad propia del ente por defectos de organización.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Español ha declarado la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Particular relevancia tiene la sentencia 246/1991 en la que se declara que son aplicables al Derecho Administrativo sancionador los principios del Derecho Penal, incluyendo el principio de culpabilidad, ya que es inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva en la medida que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. Agrega que la persona jurídica es responsable directa de la infracción administrativa pues tiene capacidad infractora no siendo un impedimento el reconocimiento del principio de culpabilidad ya que éste se ha de aplicar en forma distinta a como se hace respecto a las personas físicas.

Por ello, pese a que el artículo 130 de la LRJPAC, que regula la responsabilidad de las personas jurídicas, no es suficientemente claro en cuanto a la exigencia de culpabilidad, se entiende que ésta debe estar presente como lo ha impuesto la Jurisprudencia³⁴⁴.

Por su parte, el Decreto Legislativo italiano N° 231, se rige por las reglas y garantías penales y reconoce también una responsabilidad “cuasi-penal” de los entes colectivos. Sus artículos 5, 6 y 7 regulan los criterios fundamentales de atribución de responsabilidad del ente. En cuanto a los criterios subjetivos, la Ley, en su exposición de motivos, establece que se trata de una culpabilidad propia del ente, en tanto reprochabilidad por ser expresión de una política de administración o una culpa de organización³⁴⁵.

³⁴³ ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit., pág. 403.

³⁴⁴ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 245 a 248.

³⁴⁵ ZÚÑIGA, L., op. Cit., 124.

La aplicación de las garantías del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador ha sido también fuertemente promovida por la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos del Hombre. PALIERO explica que, a partir del caso *Engel*, pero sobre todo del caso *Öztürk*, verdadera y propia piedra miliar del desarrollo garantista del ilícito administrativo, y seguido con los casos *Campel* y *Lutz*, la jurisprudencia europea ha creado una concepción en materia penal que en sustancia ha impuesto la igualdad del sistema administrativo sancionador con el sistema penal bajo el aspecto de los principios liberales clásicos³⁴⁶.

De todo lo anterior se puede concluir que las alternativas propuestas por los que se oponen al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son satisfactorias. Si se opta por el clásico Derecho Administrativo sancionador, las infracciones devienen de menor importancia, en meras contravenciones. Si se opta por un Derecho intermedio como el moderno Derecho de Contravenciones al que aludíamos, se plantean los mismos problemas que en el Derecho Penal³⁴⁷.

Como advierte BACIGALUPO, si no es posible prescindir del principio de culpabilidad para aplicar una sanción administrativa continuamos enfrentados al mismo problema que en el Derecho Penal. Esta razón va a conllevar, necesariamente, a una revisión de los conceptos clásicos de acción y culpabilidad también en el marco del (moderno) Derecho administrativo sancionador, al igual que ya han tenido lugar en el Derecho Penal³⁴⁸.

³⁴⁶ PALIERO, C. E., "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica", op. Cit., pág. 484.

³⁴⁷ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 226.

³⁴⁸ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 252.

CAPITULO VII. EL PRINCIPIO “*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*” EN EL DERECHO COMPARADO

DIFERENCIAS ENTRE LOS PAÍSES DE TRADICIÓN EUROPEO CONTINENTAL Y LOS PAÍSES DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA

“Según las épocas y los países ha imperado tanto el principio *societas delinquere non potest*, como su contrario *societas delinquere potest*. La aceptación o repulsa de uno u otro principio ha dependido de condicionamientos históricos complejos”³⁴⁹.

Históricamente, ha sido diverso el enfoque anglosajón y el enfoque romano-germánico. En la sociedad industrializada del siglo XIX las corporaciones desempeñaron un papel preponderante en las grandes transformaciones sociales y económicas de la época. A los beneficios que se obtenían de la actividad de tales corporaciones se sumaban también los enormes perjuicios que éstas podían producir al incurrir en conductas ilícitas. De ahí que en los países de tradición anglosajona, primero la jurisprudencia y luego el legislador, reconocieran a las personas jurídicas como titulares de derechos y obligaciones que incluyen la responsabilidad penal. Se optó por hacer frente a las necesidades político criminales impuestas por la realidad, considerando que las personas jurídicas pueden ser responsables en el ámbito penal desde una perspectiva funcional (*vicarious liability*) por los actos o la omisión de sus empleados.

Esta visión, eminentemente pragmática, no tropezaba con el obstáculo impuesto por el principio de culpabilidad en virtud del cual la responsabilidad penal es personal y, por lo tanto, excluye formas de responsabilidad por actos ajenos (*vicarious liability*). Esa era la perspectiva de la Europa continental pero no la del sistema angloamericano.

³⁴⁹ BARBERO SANTOS, M., op. Cit., pág. 26.

En el Derecho europeo continental, desde el nacimiento del Derecho Penal liberal con la Revolución Francesa, se consagra el principio de la responsabilidad personal para limitar que cada uno sea sancionado por el propio hecho cometido. “Las concepciones filosóficas individualistas de la época –principalmente el retribucionismo de KANT y HEGEL- coadyuvaron a entender la responsabilidad penal a partir de unas premisas estrictamente centradas en el individuo (el libre albedrío como base del reproche de culpabilidad y de la evitabilidad de la conducta punible sustentaron una responsabilidad penal estrictamente personal). Paralelamente se fue diseñando un sistema dogmático que ha tenido como base la responsabilidad personal”³⁵⁰.

De este modo, el modelo romano-germánico parte, no de la culpa funcional sino de la culpa individual, y establece consecuentemente que las acciones criminales no pueden imponerse más que a personas físicas que actúan en el seno de la persona jurídica y no a la persona jurídica misma.

Decenios después –explica BARBERO- surgen en contraposición a la teoría de la ficción de la persona jurídica de SAVIGNY, las teorías orgánicas, cuyo máximo exponente es GIERKE, lo que abre la vía a favor de la realidad de la persona jurídica iniciando una tendencia favorable a su responsabilidad penal. Agrega el citado autor, que “esta tendencia fue favorecida después de la primera guerra mundial por dos factores:

1. El desbordamiento del Derecho Económico-social. La situación socio-económica obligó al legislador a regular minuciosamente la producción, distribución y consumo de productos, los precios, la utilización de servicios, etc., y a prever para su incumplimiento cada día más numerosas sanciones represivas.
2. Las sociedades comerciales o industriales, cuyo número y poder no dejaba de crecer, eran las principales infractoras de esta reglamentación.

³⁵⁰ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 175.

El eventual reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suscitó por ello la máxima atención por parte de los juristas continentales y pasó un a ser un tema a discutir en Comisiones y Congresos”³⁵¹.

Desde entonces, a los países de tradición europeo continental les ha resultado imposible mantener la inmunidad de las personas jurídicas cuando se evidencia que bienes jurídicos de nuevo cuño y de gran trascendencia social como la estabilidad económica, el medio ambiente o la seguridad laboral, etc., son principalmente puestos en peligro o lesionados por estos entes colectivos.

El proceso de armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros propiciado por la Unión Europea ha sido un factor determinante también en la paulatina erosión del principio *societas delinquere non potest*³⁵².

No es extraño que los primeros países de Europa continental en reconocer una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas en su Código Penal fueran aquellos que no encontraron como impedimento el principio de culpabilidad. Este es el caso de Holanda en 1976 y de Francia en 1992³⁵³.

Por el contrario, los ordenamientos jurídicos que tropiezan con este obstáculo optan por la exclusiva aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas, como sucede en Alemania e Italia.

En estos países se comienza por reconocer una responsabilidad “cuasi penal” de naturaleza administrativa mediante leyes especiales relacionadas con

³⁵¹ BARBERO SANTOS, M., op. Cit., pág. 26.

³⁵² TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 233: “...da que pensar el hecho de que el postulado latino *societas delinquere non potest* sea de dudosa genuinidad histórica y que hasta la Revolución francesa (1791) la punibilidad de las asociaciones en Europa continental era admitida y habitual. La introducción de una única y exclusiva punibilidad personal (de las personas naturales) es, por ello, relativamente reciente y necesitada actualmente tanto de discusión como de reforma”.

³⁵³ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 326: “En Francia, no parecen existir impedimentos de índole constitucional para poder contemplar este tipo de responsabilidad. Ni el *Conseil Constitutionnel* ni el *Conseil d’Etat* han apreciado ningún inconveniente constitucional en los dictámenes que ambos debieron elaborar sobre el nuevo Código Penal antes de su sanción por el parlamento”.

los típicos ámbitos de la criminalidad empresarial como son los delitos económicos. A esta legislación dispersa, generalmente, se le criticaba la falta de criterios de imputación claros para establecer la responsabilidad de la persona jurídica, la prescindencia de las debidas garantías para la imposición de sanciones y en definitiva, se denunciaba que en muchos casos se trataba de una verdadera responsabilidad objetiva de la empresa.

Como consecuencia de ello, en algunos Estados se procedió a una regulación orgánica de esta clase de responsabilidad configurando un Derecho de Contravenciones que establecería sistemas de imputación apropiados para personas jurídicas y entes colectivos en general, reconociéndose la plena vigencia de los principios garantistas como el de legalidad y culpabilidad. Así, Alemania, desde el año 1968 y Suecia desde el año 1986 prevén para las personas jurídicas y asociaciones un sistema de sanciones administrativas que están fuertemente vinculadas al Derecho Penal y que, en parte, adoptan denominaciones propias para diferenciarse de las clásicas sanciones administrativas³⁵⁴.

Razones de orden práctico ligadas a la necesidad de la prevención y represión penal han llevado a otros ordenamientos jurídicos a admitir excepciones al dogma de la responsabilidad penal individual. Un ejemplo de ello es Portugal que, reconociendo el principio de culpabilidad a nivel constitucional, desde 1983 incluye en el Código Penal (artículo 11) una cláusula que posibilita al futuro legislador establecer en ciertos ámbitos la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Señala TIEDEMANN que, como consecuencia de las tendencias político criminales internacionales, existe una fuerte inclinación a aceptar una auténtica punibilidad de las personas jurídicas. “Numerosos Estados sólo reconocen una auténtica punibilidad de las personas jurídicas en algunos sectores...en el futuro por razones de practicabilidad y efectividad en diversos ámbitos, será

³⁵⁴ TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 232.

válido incorporarse a un sistema general de la hasta ahora sólo excepcionalmente instituida punibilidad de las personas jurídicas”³⁵⁵.

PAÍSES DEL COMMON LAW

En el Reino Unido, la responsabilidad penal de las corporaciones es una creación jurisprudencial del siglo XIX.

Inicialmente, en los países del *Common Law*, el principio que regía era el de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (*corporations*). Ello obedecía a la existencia de obstáculos materiales (incapacidad de querer) como procesales (incapacidad de comparecer en juicio). No obstante, a mediados del siglo XIX, la multiplicación de las *corporations* y el aumento de su poder, consecuencia del gran desarrollo industrial de la época, llevó a los tribunales ingleses a admitir su responsabilidad penal por infracciones en las que no debía probarse ninguna intención o voluntad criminal (*mens rea*)³⁵⁶.

La evolución más significativa en esta materia ha sido la doctrina judicial de la “identificación”. Esta teoría parte del reconocimiento de que toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma y éstas pueden ser consideradas su alter ego. Por lo tanto, todo hecho cometido por dichas personas –incluyendo cualquier delito de carácter penal- puede ser imputado como un hecho de la empresa³⁵⁷.

³⁵⁵ Ibid

³⁵⁶ En este sentido, BARBERO SANTOS, M., op. Cit., pág. 29. Agrega que, el precedente jurisprudencial en esa línea, fue la sentencia dictada en 1849 por el Queen s Bench en el Reg. Versus The Birgmingham and Gloucester Railways. La compañía ferroviaria fue condenada por haber desobedecido la orden judicial de demolición de un puente erigido sobre la vía y que se estimaba causante de daños.

³⁵⁷ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 330.

La jurisprudencia inglesa ha desarrollado este principio en forma restringida aplicando la clásica teoría del órgano o alter ego en forma limitada, en virtud de la cual, para poder imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica, se exige la identificación de la persona física específica que ha ejercido el control de la empresa, estableciéndose una diferenciación entre el “cerebro” (*brain*), es decir, la persona que representa la mente y voluntad de la persona jurídica, de las manos (*hands*). La jurisprudencia inglesa no admite una culpa colectiva ni la posibilidad de acumular una serie de culpas leves de diversas personas que trabajan para la empresa para construir una culpa grave atribuible a la persona jurídica, se exige al menos que un directivo reúna todos los elementos de la infracción³⁵⁸.

Desde el reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han dictado diversas leyes que la acogen. Este es el caso de la ley *Natural Heritage (Scotland) Act* de 1991 sobre protección del medio ambiente³⁵⁹ y del proyecto de Código Penal de la Comisión de Legislación de Inglaterra y Gales de 1989 en el que se recogen los principios de la responsabilidad vicaria y se establece la responsabilidad criminal directa de la empresa por las infracciones cometidas por los dependientes a causa de la falta de control de sus directivos³⁶⁰.

En Estados Unidos, la doctrina inglesa fue seguida en sus lineamientos generales hasta finales del siglo XIX. A partir del siglo XX, no obstante, la jurisprudencia norteamericana seguirá un camino diferente a la del Reino Unido. Se introducen las infracciones *mens rea* (con intención) y se abandona la teoría del órgano, es decir, no sólo los actos u omisiones de los órganos de la persona jurídica sino también los de no importa qué persona física que trabaja en el seno o para la persona jurídica pueden implicar la responsabilidad penal de

³⁵⁸ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 128.

³⁵⁹ Al respecto ver, BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 333.

³⁶⁰ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 128.

ésta. Por otra parte, se acepta la noción de culpa colectiva o agregada porque bajo un enfoque eminentemente prevencionista, lo que interesa es contener los riesgos generados por defectos de organización al interior de la empresa de modo que se desplieguen todos los mecanismos para evitar comportamientos peligrosos³⁶¹.

Otros países con influencia del *Common Law*, como Australia y Canadá, reconocen también hace tiempo la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Entre los Países Escandinavos, por ejemplo, Dinamarca reconocía dicha responsabilidad en numerosas leyes especiales que permitían imponer una pena de multa a empresas y otros entes colectivos. En 1996 se establece, entre las disposiciones generales del Código Penal danés (capítulo 5°), la responsabilidad penal de las personas jurídicas en todos aquellos casos en los que ello esté expresamente previsto. A la empresa, se le puede imputar un hecho punible cometido en su seno bien sobre la base de un comportamiento doloso o culposo de un empleado, que no necesariamente debe ocupar un puesto directivo o bien, sobre la base de una deficiente estructura de organización de la empresa misma³⁶².

También Noruega, inicialmente, reconoce la posibilidad de sancionar penalmente con multas, a las personas jurídicas mediante una serie de leyes especiales. Ello hasta que en 1992 se reconoce explícitamente tal posibilidad en el artículo 48 del Código Penal noruego (capítulo III), el que establece que, cuando un precepto penal es violado por una persona que actúa en nombre de una empresa, la empresa “puede” (es facultativo) ser sujeta a una pena consistente en una multa o en la privación de su derecho a continuar en actividad o en la prohibición de continuar bajo ciertas formas. El único requisito es que una persona que actúa en nombre de la empresa haya vulnerado un

³⁶¹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 129.

³⁶² BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 335.

precepto penal aún cuando dicha persona física no pueda ser castigada por la infracción. Esta formulación no requiere prueba de la culpabilidad con lo cual cubre tanto “faltas anónimas” como “faltas acumuladas”³⁶³.

Finlandia en el mismo camino, pasa del reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos en leyes especiales a su acogida en el Código Penal en 1995.

PAÍSES DE TRADICIÓN EUROPEO CONTINENTAL

Holanda

Es de especial interés el examen del modelo holandés referente a esta materia porque Holanda es el primer país de Europa continental en reconocer la punibilidad de las personas jurídicas. Se trata además, de un país bisagra, situado entre la tradición jurídica continental y el mundo anglosajón³⁶⁴.

Ya desde el siglo XIX, la constatación de la importancia que revisten las personas jurídicas en la sociedad industrial de la época había llevado a los juristas holandeses a admitir la punibilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal fiscal y aduanero aún cuando, el Código Penal, en su versión original de 1886, consagraba el principio *societas delinquere non potest*.

Dos son los antecedentes del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal holandés.

³⁶³ ROSTAD, H., “Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial de Madrid, 1995, pág. 520; y CATANIA, A. J., op. Cit., pág. 188.

³⁶⁴ Así, VERVAELE, J., op. Cit., pág. 485, señala que: “Hasta hace poco tiempo Holanda era el único país del continente europeo que disponía de una responsabilidad penal general para las personas jurídicas. A pesar del origen napoleónico del Derecho Penal holandés y de la tradición jurídica y dogmática continental, Holanda, en cuanto especie de enclave anglosajón, ha optado por el aforismo *societas/universitas delinquere ed puniri potest*”.

En la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia había elaborado la teoría de la responsabilidad funcional. Como explica POLITOFF, los criterios de la autoría funcional sentados en el fallo del alambre de hierro dieron lugar a una nueva pregunta, esta vez, acerca de lo que acontecería si el que aparece como autor funcional fuera no ya una persona natural sino una persona jurídica³⁶⁵. Por otra parte, después de la crisis de los años 20 y de la economía de guerra, se sintió la necesidad de someter la vida económica a obligaciones de Derecho Público y de Derecho Penal. En virtud de ello, el 22 de junio de 1950, entra en vigor un Código especial de Derecho Penal económico, la *Wet op de Economische Delicten* (WED) en cuyo artículo 15 se reconoce la cualidad de autor y la punibilidad de la persona jurídica en el ámbito de los delitos económicos. Supone también el fin de la teoría de la ficción y la adopción de los criterios de la responsabilidad funcional³⁶⁶.

El artículo 15 WED queda derogado en 1976 por la introducción en el Código Penal holandés del artículo 51 que recoge el contenido del artículo 15 WED pero reconociendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en términos generales, es decir, sin restringirla a los delitos económicos. Según el citado artículo, “los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, pueden ser perseguidas y sancionadas:

1. La empresa, o
2. La persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o
3. Cualquiera de los sujetos a la vez”³⁶⁷.

³⁶⁵ POLITOFF, S., op. Cit., pág. 367.

³⁶⁶ VERVAELE, J., op. Cit., pág. 489.

³⁶⁷ Sobre el artículo 51 del CP holandés, BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 323.

La calidad de autor funcional y los criterios de imputación aplicables a la persona jurídica son producto del desarrollo jurisprudencial. La teoría de la cualidad funcional de autor que tiene su origen en el fallo sobre el caso del alambre de hierro en 1954, es extendida en 1979 por el *Hoge Raad* a la persona jurídica en el caso *Kabeljauw*³⁶⁸.

En virtud de dicho fallo, se reconoce la condición de autor funcional de la persona jurídica por el comportamiento ilícito de una o varias personas físicas que actúan en la esfera de la misma.

La atribución de responsabilidad penal a la empresa no se funda en una noción restrictiva como la teoría del órgano o *alter ego* sino que en una noción pragmática que se contenta con los actos de cualquier persona que actúa en nombre o a favor de la empresa. Lo decisivo para imputar responsabilidad a la empresa es si la acción de la persona física en el “contexto social” ha de calificarse como una acción de la persona jurídica, es decir, si el comportamiento real de la persona física concuerda con la función social que cumple la persona jurídica en cuestión se considera que dicha acción es un comportamiento funcional de la empresa. Por ejemplo –señala DE DOELER– cuando se compra algo en un comercio, no se compra la cosa al vendedor privado de la tienda, sino que en el contexto social se adquiere el artículo de la persona jurídica (por ejemplo, del gran almacén)³⁶⁹.

Pero dicho criterio considerado aisladamente resulta extremadamente amplio, ya que no permite determinar qué personas físicas provocan la responsabilidad de la empresa y bajo que condiciones se puede considerar autor funcional a la persona jurídica. Por esta razón los criterios del poder y de la aceptación que delimitan la autoría funcional son también aplicados en este caso. El *Hoge Raad* considera que la persona jurídica debe tener un cierto

³⁶⁸ Caso de un armador, persona jurídica, que fue procesado por pesca ilegal.

³⁶⁹ DE DOELDER, H., “La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial de Madrid, 1995, pág. 498.

poder sobre la persona en cuestión para poder prohibir o regular una determinada conducta (criterio del poder) y debió aceptar el comportamiento punible o al menos haber tolerado un comportamiento análogo en el pasado (criterio de la aceptación)³⁷⁰.

En lo que respecta a la imputación subjetiva, es decir, al dolo o culpa de la empresa, en la exposición de motivos del artículo 51 se señala que “la intención presente en las personas físicas, incluso en los subalternos, puede imputarse a la persona jurídica para la que trabajan. Todo depende de la organización interna de la persona jurídica, el trabajo y las responsabilidades concedidas a esa persona física. Las relaciones de hecho existentes son determinantes, por tanto, para que el juez impute la intención o culpa de la persona física a la jurídica”³⁷¹. Señala VERVAELE que “la condición suplementaria de intención o culpa se aplica en caso de delitos. Esto implica al menos el conocimiento de la comisión (eventual) de infracciones a nivel de dirección, sin que se hayan tomado medidas de prevención, sea porque se acepta la situación (dolo), sea porque se subestima (culpa)”³⁷².

Finalmente, cabe destacar que la responsabilidad penal de la empresa no excluye la de aquellas personas físicas que hayan intervenido en el hecho punible. El artículo 51 del Código Penal holandés contempla, además, la posibilidad de perseguir penalmente, sobre la base de la noción de autor funcional, a la persona física que haya tenido la dirección de la acción prohibida, es decir, del dirigente de hecho, esto siempre y cuando pueda construirse la cualidad de autor de la persona jurídica.

³⁷⁰ VERVAELE, J., op. Cit., pág. 487 y sgtes.

³⁷¹ Ibid

³⁷² Op. Cit., pág. 501.

Francia

Durante el Antiguo Régimen, no existió en Francia un verdadero Código Penal. Fueron los principios del Derecho Penal romano interpretados, y muchas veces deformados, por los glosadores y post glosadores, y desarrollados por los criminalistas italianos del siglo XVI, los que representaron el Derecho aplicable por los tribunales de la época. Como consecuencia de ello, las nociones de delito colectivo y de pena corporativa, se encontraban indiscutiblemente arraigados en la práctica francesa. La consagración solemne del principio según el cual las agrupaciones tienen capacidad delictiva, que venía siendo aplicado ya desde hace tiempo por la jurisprudencia, se verifica en la Ordenanza de 1670. Esta Ordenanza consagra un título entero al procedimiento criminal contra cuerpos o comunidades (Título XXI “De la manera de procesar a las comunidades de las ciudades, villas y aldeas, cuerpos y compañías”)³⁷³.

La teoría del delito corporativo -y la consecuente posibilidad de penalizar a las corporaciones- siguió siendo a idea acogida por el Antiguo Régimen hasta la revolución. Como señala MESTRE “las leyes revolucionarias desconociendo, bajo la influencia de ROUSSEAU, la existencia misma de las corporaciones, no podían admitir que éstas pudiesen cometer delitos”³⁷⁴.

En definitiva, la revolución trata de proscribir el espíritu corporativo y da origen a un Derecho Penal liberal que se funda en la responsabilidad personal y en la culpabilidad concebida como un reproche moral al delincuente. Estos principios son recogidos en el Código Penal Napoleónico de 1810 bajo cuya inspiración la jurisprudencia francesa consideró que las personas morales no podían sufrir una pena, ni siquiera pecuniaria³⁷⁵.

³⁷³ MESTRE, A., “Las personas morales y su responsabilidad penal; asociaciones, corporaciones y sindicatos”, Góngora Casa editorial, Madrid, España, [19--], pág. 115 y 120.

³⁷⁴ Op. Cit., pág. 125.

³⁷⁵ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 111.

No obstante, las necesidades de la práctica, principalmente en materia de infracciones económicas y de seguridad laboral, llevaron al legislador francés, a través de ordenanzas y leyes especiales, a buscar formas de responsabilizar a la empresa, sea por la vía civil (responsabilidad solidaria de la empresa) sea por la vía de sanciones pecuniarias cuasi-penales (administrativas). Esto explica que uno de los principales temas de debate para la reforma del Código Penal fuera el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El nuevo Código Penal francés de 1992 que entró en vigor el 1 de marzo de 1994 incorpora, como una de las mayores novedades en la Parte General, un precepto que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el Libro I, Título II (“De la responsabilidad penal”), el artículo 121. 2 del Código Penal Francés establece: “Las personas jurídicas, exceptuando el Estado, son penalmente responsables de las infracciones cometidas en nombre de ella, por sus órganos o representantes, según las disposiciones de los artículos 121.4 a 121.7 en los casos previstos por la Ley o el Reglamento. No obstante, los entes territoriales y sus corporaciones sólo son penalmente responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos *sin perjuicio de lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 121.3*”³⁷⁶

Como puede desprenderse del texto transcrito, el Código Penal francés consagra la responsabilidad penal de las “personas jurídicas”, excluyéndose, por tanto, la punibilidad de asociaciones sin personalidad jurídica. La disposición se aplica a las personas jurídicas de Derecho Público que cumplan los requisitos establecidos por el artículo 121, excepto al Estado, que como

³⁷⁶ Letra cursiva: texto que no estaba en la redacción original sino que fue incorporado por la Ley N° 00-647 de 10 julio 2000, que precisa la definición de delitos no dolosos.

detentador del monopolio de la fuerza pública, mal podría castigarse a sí mismo. Dentro de las personas jurídicas de Derecho Privado, se excluyen las sociedades en fase de constitución y liquidación.

Los requisitos para responsabilizar penalmente a la persona jurídica son: que se haya realizado un delito o infracción (acción u omisión) por un órgano o representante de la persona jurídica y que esa infracción sea cometida en beneficio de ella, es decir, si el órgano o representante actúa en interés propio o de un tercero, la persona jurídica no es responsable.

De este modo, el Código Penal francés consagra la teoría del órgano que hace depender la punibilidad de la persona jurídica del comportamiento no de cualquier individuo que trabaje para la empresa sino sólo de ciertas personas formalmente autorizadas para actuar en nombre de ella.

No cualquier delito o infracción del órgano o representante puede ser imputado a la persona jurídica, el artículo 121 establece un sistema *numerus clausus*, conocido como principio de especialidad, en virtud del cual las personas jurídicas sólo son responsables en aquellos casos expresamente previstos por el legislador. Así, a modo de ejemplo, las personas jurídicas responden por homicidio y lesiones imprudentes que tengan lugar dentro de accidentes del trabajo, por tráfico de drogas, discriminación, estafas, actos de terrorismo, entre otros³⁷⁷.

Es claro, según el tenor literal del texto, que la responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la de las personas físicas autoras o partícipes del mismo hecho. Sin embargo, no queda claro si la determinación de la responsabilidad penal individual del órgano o representante es requisito o no para atribuir responsabilidad penal a la empresa. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más reciente se han inclinado por exigir la previa constatación de la responsabilidad del representante, es decir, exigen una actuación culpable de

³⁷⁷ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 116.

éste. La responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo tanto, es indirecta, por reflejo o vicaria³⁷⁸.

Alemania

En Alemania, la consagración del principio de culpabilidad a nivel constitucional, ha sido óbice para el reconocimiento de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Rige, en consecuencia, el principio *societas delinquere non potest*.

Aún cuando no se admite la imposición de penas, en el sentido propio de la palabra, el StGB establece ciertas medidas que pueden imponerse contra la empresa, éstas son: el comiso de las ganancias obtenidas ilícitamente (parágrafo 73 StGB y en el ámbito de las contravenciones el parágrafo 29 a II OWiG) y el comiso de los bienes utilizados para la comisión del delito o que son producto de la infracción (parágrafo 74)³⁷⁹.

En el ámbito del Derecho de contravenciones, en cambio, se admite la imposición de verdaderas consecuencias principales de carácter sancionador a la empresa como tal. La ley de contravenciones o infracciones administrativas de 1968 (OWiG) contempló en el parágrafo 30, la posibilidad de imponer una multa a las personas jurídicas y asociaciones de personas como consecuencia accesoria de la sanción impuesta a una persona natural que, ocupando un lugar en la dirección, hubiere actuado en nombre de la asociación.

Posteriormente, la 2º Ley de lucha contra la criminalidad económica (WiKG) de 1986 modificó la redacción del parágrafo 30 OWiG eliminando el carácter accesorio de la multa asociacional estableciendo la responsabilidad directa de las personas jurídicas.

³⁷⁸ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág 118.

³⁷⁹ ACHENBACH, H., "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", op. Cit., pág. 390.

Según el citado artículo, se podrá imponer una multa a la asociación siempre que exista un hecho vinculante, es decir, un delito o contravención cometido por una persona natural plenamente imputable. El círculo de posibles autores cuya actuación vincula a la empresa es limitado, debe tratarse de un órgano o miembro de éste con poderes de representación o dirección.

El hecho que sirve de conexión es el delito o contravención cometido por tales personas siempre que importe la lesión de deberes relacionados con la empresa o se trate de un hecho que ha producido o perseguido el enriquecimiento de la asociación³⁸⁰.

La multa asociacional no excluye la responsabilidad de la persona natural cuya actuación sirve de hecho de conexión. Es posible en un único procedimiento perseguir ambas responsabilidades (multa asociacional cumulativa). El carácter directo de la responsabilidad de la empresa deriva de la posibilidad de que está se imponga independientemente de la sanción a personas naturales. Así, el párrafo IV del parágrafo 30 OWiG establece que: “Si por el delito o la contravención no se incoa procedimiento penal o administrativo, o se suspende la imposición de la pena, la multa administrativa se podrá imponer independientemente” (multa asociacional aislada)³⁸¹.

España

De *lege lata*, la doctrina está de acuerdo en señalar que el Código Penal español, de conformidad con la tradición europeo continental, se adhiere al principio *societas delinquere non potest*, es decir, estima que las agrupaciones de personas, aún cuando gocen de personalidad jurídica, no pueden ser sujetos activos de delito. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del

³⁸⁰ ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán”, op. Cit., pág. 391.

³⁸¹ BACIGAPUPO, S., op. Cit., pág. 337.

Tribunal Supremo español que desde el siglo pasado y hasta hoy mantiene una posición firme e inalterada favorable a dicho principio.

Según GRACIA, la doctrina del Tribunal Supremo puede resumirse en dos premisas: “a) la responsabilidad penal es aplicable únicamente a las personas físicas; b) de las infracciones llevadas a cabo en el seno de una sociedad mercantil responden los individuos integrantes de ésta”³⁸².

No obstante, se acepta que las personas jurídicas y demás asociaciones puedan ser objeto de sanciones de Derecho administrativo. Esta clase de sanciones se contemplan en una serie de leyes especiales cuya justificación y fundamento no es claro y que redundan en muchos casos en una responsabilidad de carácter marcadamente objetivo.

Distinto es el caso de la reciente Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) de 26 de noviembre de 1992 (L 30/ 1992) que establece los principios a que debe estar sometida la potestad sancionadora de la Administración y en cuyo artículo 130 se regula la responsabilidad de las personas jurídicas³⁸³.

Fuera del ámbito de las infracciones administrativas, frente a la delincuencia que se desarrolla al interior de organizaciones complejas como la empresa, los instrumentos dogmáticos de los que se disponía se mostraban claramente insuficientes. Como consecuencia de ello, el legislador recoge la figura “actuar en lugar de otro” en el artículo 15 bis (actual artículo 31) y la doctrina mayoritaria centra sus esfuerzos en la configuración de modelos de imputación individual idóneos.

Pero a pesar del firme arraigo del principio *societas delinquere non potest*, el legislador español consideró como instrumento necesario para hacer frente a la criminalidad desarrollada por entes colectivos y para contener su poder

³⁸² GRACIA MARTÍN, L., “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante en la empresa en el Derecho Penal español”, op. Cit., pág. 85.

³⁸³ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 243.

criminógeno, el establecimiento, en el mismo Código Penal, de una serie de medidas que afectan directamente a las personas jurídicas.

Inicialmente, se contemplaban sólo respecto de algunos delitos concretos en la Parte Especial³⁸⁴. Es el proyecto de Código Penal de 1980 el que introdujo por primera vez, con carácter general, la aplicación de “medidas de seguridad” a la persona jurídica. Le siguió la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en el cual se consagran idénticas medidas a las previstas por el proyecto de 1980 pero, frente a las críticas efectuadas a su denominación, se las llama por primera vez “consecuencias accesorias”. Lo mismo puede decirse de los proyectos de Código Penal de 1992, 1994 y 1995, en ellos se consagran las mismas consecuencias accesorias aplicables a la empresa pero a diferencia de los proyectos anteriores, se utiliza un sistema *numerus clausus*, es decir, sólo se aplican en los casos previstos expresamente por el legislador³⁸⁵.

El Código Penal de 1995, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, es el primer código sancionado que contempla en la Parte General (Título VI del Libro I), un conjunto de medidas aplicables a empresas, asociaciones y organizaciones, bajo el nombre de “consecuencias accesorias”. Dichas consecuencias están reguladas en el artículo 129, que señala:

“1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código y, previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

³⁸⁴ El Código Penal vigente aún contempla preceptos específicos en que se establecen medidas aplicables a las personas jurídicas. La denominación de ellas no es uniforme, incluso se ha incurrido en la incongruencia de denominarlas “penas” como es el caso del artículo 262 sobre alteración de precios en concursos y subastas públicas en que se le impone a la empresa “la pena de inhabilitación especial”.

³⁸⁵ BACIGALUPO, S., op. Cit., págs. 262 a 276.

- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
 - e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.
2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.
3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.”

En el apartado 1º, el legislador establece los requisitos para la aplicación de las consecuencias accesorias que enumera en cinco subapartados. La exigencia de que sean impuestas previa audiencia y mediante sentencia fundada se considera, en general por la doctrina, como superflua ya que ambos requisitos procesales tienen reconocimiento constitucional y se hayan previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se consagra además un sistema *numerus clausus*, es decir, estas medidas sólo se aplican en los casos de la Parte Especial que se remiten con carácter general al artículo 129. En la práctica, esto ha hecho que el ámbito de aplicación del artículo 129 sea muy reducido porque los únicos artículos que hacen referencia expresa a él, como cláusula general, son los artículos 288 (delitos contra el mercado y los consumidores), 292.2 (delitos societarios) y 520 (delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derecho fundamentales y de

las libertades públicas garantizadas por la Constitución), sin perjuicio de los casos en que el legislador a previsto consecuencias idénticas a las contempladas por el artículo 129 en el tipo de la parte especial³⁸⁶.

Mediante la expresión “podrá”, se establece el carácter facultativo de estas medidas para el juez.

En el Apartado 2°, el legislador permite imponer dos de estas consecuencias accesorias como medidas cautelares durante la tramitación de la causa.

Finalmente, el apartado 3° aclara la finalidad de estas consecuencias al establecer que estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Las principales preguntas que plantea esta regulación se refieren al carácter accesorio y a la naturaleza jurídica de las consecuencias que pueden aplicarse a la empresa.

Con respecto a su carácter accesorio, no queda claro si la aplicación de estas medidas depende de la existencia de una sentencia en la que se imponga una pena o medida de seguridad a una persona física. El dilema surge porque sólo en el artículo 194 se hace referencia a que la clausura temporal o definitiva se impondrá en la sentencia condenatoria. Por el contrario, en el artículo 300 se prevé que las consecuencias accesorias que pueden aplicarse al delito de receptación, se impondrán aun cuando el autor o cómplice fueren irresponsables o estuvieran personalmente exentos de pena. En el resto de los delitos queda sin resolver si estas consecuencias se imponen, si el sujeto activo es declarado irresponsable, si es inimputable o está exento de responsabilidad penal por concurrir una causa de inculpabilidad³⁸⁷.

Para algunos autores como GRACIA, la ley no exige una sentencia en que se imponga una pena o medida de seguridad a una persona física, por lo que

³⁸⁶ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 287; y DE VICENTE, R., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa”, En: Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional N°1, Ed. Legis, Bogota, octubre-diciembre 2002, pág. 55.

³⁸⁷ DE VICENTE, R., op. Cit., pág. 54.

bastaría el hecho típico y antijurídico de ésta como hecho de conexión idóneo para revelar la peligrosidad objetiva de la organización sin que además se requiera que sea culpable³⁸⁸. Por el contrario, otros autores como MARTINEZ-BUJÁN y SILVA, consideran que la característica de accesoriedad de estas consecuencias reside precisamente en tener que acompañar siempre a una pena o medida, por lo que no es posible aplicarlas si no hay un sujeto individual imputado y sancionado³⁸⁹. En este punto –señala ZUÑIGA- “la jurisprudencia ha sido dubitativa, pues lo ha requerido en delitos socioeconómicos, pero en el caso de criminalidad organizada ha resuelto aplicar la medida independientemente de la responsabilidad penal de los miembros”³⁹⁰.

El legislador de 1995 ha calificado las medidas aplicables a entes colectivos como “consecuencias accesorias” y las sitúa en un título propio e independiente (Título VI) de aquellos referidos a las penas (Título III), a las medidas de seguridad (Título IV) y a la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas (Título V). Con ello, ha eludido el tema de fondo, evitando calificar estas medidas como verdaderas sanciones penales -penas en sentido estricto o medidas de seguridad- “acudiendo a una fórmula terminológica donde no aparecen claros los fundamentos de tal consecuencia”³⁹¹.

La determinación de la naturaleza jurídica de estas medidas es de suma importancia ya que de ella dependen los criterios o presupuestos que exija su imposición y las garantías de las que deberá estar revestida su aplicación. De ahí que este tema ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina.

³⁸⁸ Citado por ZUÑIGA, L., op. Cit., 210.

³⁸⁹ MARTÍNEZ BUJÁN, C., “Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág.232 y; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Responsabilidad Penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, op. Cit., pág. 363.

³⁹⁰ ZUÑIGA, L., op. Cit., pág. 215.

³⁹¹ ZUÑIGA, L., op. Cit., pág. 208.

No es de extrañar, señala DE VICENTE, que las propuestas realizadas por la doctrina en esta materia, hayan agotado todas las soluciones imaginables posibles, desde que se tratan de verdaderas penas, o bien de medidas de seguridad o de otra clase de consecuencia jurídica del delito distinta de las anteriores³⁹².

Italia

La Constitución de 1948 dispone, en su artículo 27 inciso 1° “La responsabilidad penal es personal” lo que, según MILITELLO, ha sido interpretado como “una convalidación a nivel constitucional del antiguo pensamiento *societas delinquere non potest*”³⁹³.

Por otra parte, el inciso 3° establece: “Las penas deben tender a la reeducación del condenado”. De ello, concluye MILITELLO que, “el aspecto constitucional de la responsabilidad penal se muestra inaplicable a la empresa, cuya voluntad no es éticamente reprobable y no puede ser intimada ni reeducada a los valores tutelados por el ordenamiento penal”³⁹⁴.

Consecuente con ello, el Código Penal italiano de 1930, en su artículo 197, sólo contempla una responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por los ilícitos penales menos graves que representantes, administradores o dependientes hayan cometido pero sólo en caso que estos sujetos no puedan pagar la correspondiente pena pecuniaria.

El sistema italiano, por lo tanto, no contaba con mecanismos apropiados para hacer frente a la criminalidad empresarial, cuestión de enorme

³⁹² Sobre el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias ver: DE VICENTE, R., op. Cit., págs. 49 a 55; ZÚÑIGA, L., op. Cit., págs. 208 a 214; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Responsabilidad Penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, op. Cit., págs. 361 a 364; BACIGALUPO, S., op. Cit., págs. 278 a 286.

³⁹³ MILITELLO, V., op. Cit., pág. 414.

³⁹⁴ Op. Cit., pág. 416.

trascendencia “en un país donde la criminalidad organizada ha sabido infiltrarse en empresas reputadas en el mercado”³⁹⁵.

La sola consideración de una responsabilidad civil subsidiaria de las empresas respecto a delitos de menor gravedad, de carácter eventual y que supone la sanción previa de las personas físicas responsables, resultaba deficiente para hacer frente al problema de la criminalidad de empresa, más aún si se piensa que el legislador italiano, a diferencia del alemán, español y portugués, no contempló la figura del actuar en nombre de otro.

Esto explica, quizás, por qué a partir de la década del 90 se comenzaron a dictar leyes especiales en materia económica que reconocían la responsabilidad directa de las personas jurídicas pero en sede administrativa. En estas disposiciones especiales no se quedaban claramente sentados cuáles eran los criterios de atribución del hecho ilícito a la persona jurídica y redundaban en la responsabilidad objetiva de ésta.

Finalmente, el legislador italiano mediante el Decreto Legislativo N° 231 del 8 de junio de 2001, reguló de forma orgánica la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones incluso privadas de personalidad jurídica.

Para salvar las objeciones constitucionales las sanciones previstas han sido consideradas de carácter administrativo aún cuando los criterios de atribución que contempla son claramente penales. Se trata de una responsabilidad derivada de un delito, con sanción impuesta por el juez penal y con las garantías penales³⁹⁶.

³⁹⁵ PALIERO, citado por ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 121.

³⁹⁶ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 123.

DERECHO COMUNITARIO

El adecuado funcionamiento de una comunidad de países que se integran primeramente en torno a un mercado común y luego como una unión política y jurídica, demanda la existencia de todo un marco regulativo que permita a dicha comunidad subsistir y funcionar adecuadamente en cuanto a la consecución de los fines que persigue.

Dicho marco jurídico en el ámbito de la Comunidad Europea (CE) -hoy Unión Europea (UE)- esta dado en primer lugar por el Derecho originario, es decir, el Tratado de la CE del Carbón y del Acero de 1951 (TCECA) y los Tratados de fundación de la CE de la energía atómica (EURATOM) y de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 1957 y, en segundo lugar, por el Derecho derivado, esto es, las Directivas y Reglamentos emanadas de las instituciones comunitarias³⁹⁷.

Si se piensa que dicha Unión de países surge originariamente con miras a la creación de un mercado único, se comprenderá por qué el eje central de dicha normativa supranacional recae fundamentalmente en el ámbito del Derecho Económico. A ello cabe agregar la evidente necesidad de establecer un adecuado sistema de sanciones que aseguren el cumplimiento de estas disposiciones por parte de los Estados miembros, lo que ha despertado un fuerte interés de la doctrina europea³⁹⁸ en torno a la idea de un futuro Derecho Penal económico europeo.

El grueso de las normas comunitarias se dirige a los principales agentes económicos de este mercado común, es decir, a las empresas, éstas como

³⁹⁷ Sobre el marco jurídico de la CE, ver: FERRE OLIVE, J. C., "Derecho Penal y competencias de las comunidades europeas", En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, págs. 275 a 291, y; SIEBER, U., "Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal económico europeo", En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo", Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial de Madrid, 1995, págs. 601 a 620.

³⁹⁸ Entre ellos, Ulrich SIEBER y Klaus TIEDEMANN.

principales infractoras de la legislación económica supranacional son las verdaderas destinatarias de las normas de comportamiento económico y objeto de las sanciones.

Por eso, no debe extrañar que numerosos autores como TIEDEMANN, consideren que para una eficaz lucha contra la criminalidad económica europea se requiera enfocar los esfuerzos en la elaboración de un Derecho Penal europeo de la Empresa³⁹⁹.

Pero la existencia de un verdadero Derecho Penal Económico Europeo y en particular de la empresa, que ineludiblemente pone de relieve el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tropieza con la ausencia de transferencia de competencias penales a la CE por parte de los Estados miembros. En definitiva, la CE no puede crear tipos penales y sus órganos no pueden imponer sanciones penales por lo que no existe un Derecho Penal propio de la CE⁴⁰⁰.

La protección penal de los intereses comunitarios sólo puede verificarse a través del Derecho Penal nacional de los Estados miembros, cuestión a la que tienden los procesos de asimilación y armonización actualmente en curso en la CE.

Aún cuando la CE no dispone de competencias penales, “el ordenamiento jurídico supranacional conoce y utiliza tipos y sanciones de carácter administrativo, sobre todo en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero, pero también en el de los productos agrarios y de la pesca”⁴⁰¹.

³⁹⁹ TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 232.

⁴⁰⁰ TIEDEMANN, K., “El Derecho Penal Económico en la Comunidad Europea” En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 237.

⁴⁰¹ TIEDEMANN, K., “Reglas y garantías de la Comunidad Europea en materia penal administrativa” En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 256.

Como señala FERRE “desde un punto de vista esencialmente práctico que caracteriza la actuación de los órganos comunitarios, pudo parecer preferible en los primeros años de existencia de las Comunidades el recurso exclusivo a las sanciones administrativas, porque los requisitos garantistas son menos estrictos. Así, a título de ejemplo, nada obstaba a la responsabilidad de las personas jurídicas, que son las principales infractoras a la legislación comunitaria”⁴⁰².

No obstante, “la parte general, hasta hoy no escrita, del Derecho sancionador administrativo de la competencia y del TCECA, así como del Derecho agrícola y pesquero, conoce de modo ya suficiente las garantías penales clásicas, especialmente el principio de legalidad y culpabilidad, que son válidos en el caso de medidas que buscan efectos semejantes a las penales, ya que independientemente de su denominación legal persiguen fines represivos. La aplicación de estos principios penales más allá del Derecho Penal *strictu sensu*, se corresponde con la doctrina común del TEDH y los tribunales Constitucionales de Alemania, Francia y España, y además con las leyes de contravenciones existentes en Italia, Portugal y Alemania⁴⁰³”.

El ámbito de mayor relevancia para el objeto de nuestro estudio es aquel que históricamente ha dado origen a la criminalidad económica específicamente europea (en sentido estricto)⁴⁰⁴, me refiero a los delitos contra la competencia.

La existencia de un mercado común exigía, ante todo, la garantía de la igualdad de los agentes económicos para concurrir en el, lo que explica que

⁴⁰² FERRE OLIVE, J. C., op. Cit., pág. 276.

⁴⁰³ TIEDEMANN, K., “El Derecho Penal Económico en la Comunidad Europea”, op. Cit., pág. 246.

⁴⁰⁴ Para SIEBER, U., op. Cit., pág. 602: “delincuencia económica europea en sentido estricto es aquella que ataca un bien jurídico europeo supranacional”. Por su parte, la “delincuencia económica europea en sentido amplio” se refiere a los ataques a los bienes jurídicos nacionales, cuya protección para evitar tergiversaciones de la competencia o para evitar un comportamiento desviado de los autores, debería tener lugar en Europa de una forma unitaria (pág. 604).

tanto el TCECA, así como el EURATOM y TCEE hayan previsto ya a nivel de Derecho originario o primario preceptos sancionadores para las infracciones contra la libre competencia.

Es del mayor interés examinar el Derecho de Competencia comunitario porque es en él donde mayor desarrollo se ha dado a un auténtico sistema de imputación dirigido exclusivamente a empresas que, en el futuro, podría servir de inspiración para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como señala SCHÜNEMANN “la praxis sancionatoria supranacional después del Reglamento N° 17 constituye hoy verdaderamente la punta de lanza del Derecho Penal colectivo en Europa”⁴⁰⁵.

La libre competencia en el mercado común se encuentra regulada en los artículos 85 y 86 del TCEE que prohíben las restricciones artificiales a la competencia y el abuso de la posición dominante en el mercado. El artículo 87 del mismo tratado prevé expresamente la posibilidad de reforzar dichas prohibiciones mediante multas pecuniarias establecidas en Reglamentos o Directivas. El Consejo, haciendo uso de esta facultad ha dictado el Reglamento número 17 de 1962 en cuyos artículos 15 y 16 se establecen las multas que la Comisión puede aplicar a las empresas o grupos de empresas.

La particularidad de dichas sanciones es que son impuestas y además directamente ejecutadas por las autoridades comunitarias, específicamente por

⁴⁰⁵ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 595. También DANNECKER, G., “Sanciones y principios de la parte general del derecho de la competencia en las comunidades europeas”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial de Madrid, 1995, pág. 549, aprecia la importancia que presenta una dedicación a la Parte General del Derecho Administrativo sancionador supranacional de cartel porque tanto Comisión y Tribunal de Justicia han llegado a elaborar un Derecho Penal de Empresa que, frente al de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, muestra rasgos propios, habiendo permitido en los últimos años que países como Francia, Grecia, Italia y España, apoyadas en el “Derecho Penal de Empresa” de la Comunidad, hayan introducido sanciones nacionales a las empresas en la lucha contra las infracciones de la competencia.

la Comisión de la CE a través de un procedimiento conformado administrativamente⁴⁰⁶.

Destinatarios de las normas de conducta y de las sanciones previstas por el Derecho de Competencia son sólo y exclusivamente empresas o grupos de empresas⁴⁰⁷, lo que significa que esta clase de contravenciones son delitos especiales propios. DANNECKER sostiene, que “con ello el Derecho sancionador de la CE contraría la tendencia de los ordenamientos del círculo jurídico continental que afirmaba como evidente desde hace mucho tiempo que sólo las personas físicas pueden ser destinatarios de las normas penales”⁴⁰⁸.

El concepto de empresa, por lo tanto, es central, pero no se encuentra definido en el Tratado ni en el Reglamento. La Comisión ha operado con un concepto económico funcional que es más extenso que el de persona jurídica, concibiendo a la empresa como unidad económica. “Se define a la empresa como un solo sujeto jurídico determinado por factores personales materiales e inmateriales cuya actividad persigue un fin económico. Es decir, independientemente de su forma jurídica y de la forma de su financiación, se define la empresa como una unidad económica cuando existe una unidad en el fin económico”⁴⁰⁹.

Este concepto ha permitido resolver los casos planteados por grupos empresariales haciendo posible que la conducta de las filiales pueda

⁴⁰⁶ DANNECKER, G., op. Cit., pág. 546: “contra las decisiones de multa cabe el recurso ante el Tribunal de Justicia de la CE. Los asuntos de competencia son de la incumbencia, ya en primera instancia, desde 1989, del Tribunal Europeo”.

⁴⁰⁷ No es posible imponer multas a las personas naturales, lo que para TIEDEMANN, representa una grave insuficiencia a la vista del actual estado de la discusión político criminal que tiene lugar en el ámbito internacional: “en términos generales en la política criminal cuyos postulados se apoyan en la criminología, se asume que por motivos preventivo especiales y generales no sólo debe ser castigada la empresa o bien la persona jurídica, sino también la persona natural que realizó la acción”. “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 73.

⁴⁰⁸ DANNECKER, G., op. Cit., pág. 549.

⁴⁰⁹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 142.

fundamentar sanciones a la sociedad madre y viceversa. Cuando una empresa extranjera incurre en infracciones contra la libre competencia que producen consecuencias dañinas en el territorio de la Comunidad se recurre para la ejecución de la sentencia a las sucursales o filiales dentro de la Comunidad. De esta manera, es posible entender que empresas que desde un punto de vista jurídico son independientes, conforman unidades económicas, de modo que una empresa debe responder por la conducta de otra y puede ser sancionada por ella⁴¹⁰. Esta figura, como señala TIEDEMANN “se fundamenta en la dependencia general, como consecuencia de una mayoría de capital, de la competencia para impartir órdenes globales, de la coincidencia parcial del personal directivo o de la unidad de producción, y ha conseguido la aplicación extraterritorial del Derecho Comunitario”⁴¹¹.

En cuanto a la capacidad de acción de la empresa, DANNECKER vuelve a reiterar que la Comisión al reconocerla plenamente, “hace caso omiso de las objeciones planteadas tradicionalmente en los ordenamientos jurídico-continentales contra una responsabilidad (criminal) empresarial”⁴¹². Sin desconocer que las empresas no pueden actuar sino mediante personas naturales, se ha interpretado por la Comisión y el Tribunal de Justicia que, vinculan a la empresa, los comportamientos de todas aquellas personas físicas que actúan autorizadamente para ella, quedando excluidas sólo aquellas conductas del empleado que actúa sobrepasando la autorización que le ha sido otorgada por los socios en el marco de las tareas empresariales⁴¹³.

⁴¹⁰ TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 71 a 73.

⁴¹¹ TIEDEMANN, K., “El Derecho Penal Económico en la Comunidad Europea”, op. Cit., pág. 253.

⁴¹² DANNECKER, G., op. Cit., pág. 550.

⁴¹³ DANNECKER, G., op. Cit., pág. 551, considera que, a través de esta imputación extensiva de los comportamientos de personas físicas y, no siendo necesaria una acción ni el simple conocimiento del propietario o director de la empresa se reducen considerablemente los problemas de prueba que comporta la constatación en una estructura organizativa empresarial y que contrarían una efectiva persecución de los Estados miembros. En el mismo sentido,

A diferencia de otros ámbitos del Derecho sancionatorio supranacional, para los cuales se han ido reconociendo paulatinamente por la Comisión y, principalmente, por el Tribunal de Justicia, los principios comunitarios que representan las garantías básicas para la imposición de una sanción⁴¹⁴, en el Derecho de Competencia, se consagra de modo expreso el principio *nulla poena sine culpa*, es decir se trata de un ámbito en el que es indiscutible la validez del principio de culpabilidad.

En el artículo 15 del Reglamento N° 17 se declara expresamente que para la imposición de una sanción es necesario el dolo o la imprudencia. “La práctica abundante de la Comisión y del Tribunal concerniente a los delitos de competencia a nivel de la CEE ha exigido siempre y sin ninguna excepción que el dolo o la negligencia de las empresas sea establecido. El hecho de que la imposición de sanciones a las empresas conlleve aspectos particulares consistentes sobre todo en la cuestión de saber si las mismas empresas pueden ser culpables no restringe el reconocimiento del principio”⁴¹⁵.

Inicialmente, la culpabilidad de la empresa se fundamentaba en la imputación de la responsabilidad de las personas físicas a las jurídicas, es decir, en el dolo o imprudencia no sólo de mandatarios o apoderados sino también de todos aquellos trabajadores que actúan autorizadamente para la empresa. Como señala SCHÜNEMANN, se trata de un modelo de imputación de acciones y culpas ajenas “que llega, al menos tan lejos, sino más lejos,

TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 73, considera que, de este modo, se facilita el establecimiento de una conducta culpable y, al mismo tiempo, se restringe la posibilidad de que se pueda conseguir, a través de medidas de organización interna, una inmunidad de la empresa.

⁴¹⁴ DANNECKER, G., op. Cit., pág. 547 señala que, el tribunal europeo ha desarrollado, a falta de reglas comunitarias escritas sobre la Parte General, una serie de principios para la imposición de sanciones. “A tal efecto se sirve el Tribunal de Justicia en especial de un “Derecho Comparado crítico-valorativo”. Para ello no parte del mínimo común denominador de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que mantiene como prioritarias aquellas soluciones que se adaptan mejor a los fines del Tratado de la Comunidad”.

⁴¹⁵ TIEDEMANN, K., “Reglas y garantías de la Comunidad Europea en materia penal administrativa”, op. Cit., pág. 266.

como la *corporate liability* del Derecho americano y ya no se puede explicar en cualquier caso con la teoría de la imputación de la conducta del órgano, como en la que se basa el parágrafo 30 OWiG”⁴¹⁶.

Bajo la influencia de TIEDEMANN, se ha sustituido este modelo por criterios subjetivos de imputación especialmente conceptuados para la empresa que son independientes de la responsabilidad de las personas físicas que actúan para la empresa. La Comisión y el Tribunal de Justicia parten de una capacidad de culpabilidad propia de la empresa que se funda en “el funcionamiento defectuoso o por la organización defectuosa de la empresa”. De ahí que –como señala DANNECKER- no se deba constatar quién ha actuado incorrectamente ni que a esa persona se le atribuye un reproche personal de culpabilidad, basta con una culpabilidad formal de organización⁴¹⁷.

Para afirmar el dolo, no es necesario que la empresa tuviera la conciencia de infringir la prohibición contenida en dichas normas, es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado, es decir, no es necesaria la conciencia del ilícito, sino simplemente el conocimiento potencial (debido) de que esa conducta restringe la competencia en el mercado. Las conductas imprudentes quedan para una infracción leve del conocimiento potencial⁴¹⁸.

Decíamos que la delincuencia contra la competencia constituye el punto de partida histórico del Derecho Penal económico europeo con respecto a la cual, el Derecho comunitario ha previsto un efectivo sistema sancionador supranacional contra empresas en virtud de sanciones establecidas e impuestas por los mismos órganos comunitarios, utilizando un modelo de

⁴¹⁶ SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, op. Cit., pág. 596.

⁴¹⁷ DANNECKER, G., op. Cit., pág. 559. TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 233, explica que, la tendencia reciente a nivel comunitario va hacia el reconocimiento de la culpabilidad de la propia empresa comparándola con otras empresas del mismo tamaño y en una situación paralela.

⁴¹⁸ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 144.

imputación idóneo para entidades colectivas que ha sorteado la supuesta imposibilidad de considerar a la propia empresa como sujeto responsable.

Sin embargo, no existe un sistema análogo cuando se trata de dispensar una adecuada protección a los intereses financieros de la Comunidad. Como señala SIEBER, los fraudes de subvenciones y la evasión de impuestos en perjuicio de la CE, también implican lesiones de bienes jurídicos supranacionales y por ello, delitos económicos europeos en sentido estricto⁴¹⁹.

Siendo así, resulta sorprendente, según TIEDEMANN, que la protección de dichos intereses haya quedado casi totalmente a cargo de los sistemas penales y administrativos nacionales sobretodo si se tiene en cuenta que “la protección efectiva de esos medios de financiación de la Comunidad, tanto de los ingresos como de los egresos, tiene especial significación y es urgente, pues los medios son muy limitados y la Comunidad –como es sabido- se encuentra de tanto en tanto, al borde del colapso financiero. Al mismo tiempo, la vinculación de la política financiero jurídica comunitaria a los objetivos mencionados en los arts. 2 y 3 del TCEE, muestra que no sólo se trata de impedir perjuicios financieros para la Comunidad, sino que se ha de proteger a la vez el proceso de realización de los objetivos”⁴²⁰.

En cuanto a los ingresos de la CE, ésta cuenta desde la década del setenta con recursos propios que provienen básicamente de las multas, ingresos procedentes de los *prelevements* o derechos de entrada⁴²¹, IVA de los Estados miembros y derechos de aduana, es decir, aranceles comunitarios.

⁴¹⁹ SIEBER, U., op. Cit., pág. 408.

⁴²⁰ TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 102.

⁴²¹ Para proteger el ámbito interno del mercado común frente a los precios, generalmente más bajos del mercado mundial, en la importación de mercancías más baratas del mercado mundial se imponen los mencionados *prelevements* para encarecer artificialmente las mercancías a fin de acomodarlas al nivel del mercado común.

Los egresos de la CE están referidos, sobre todo, a las subvenciones y otras ayudas, organizadas de la forma más diversa y bajo las más diversas denominaciones, con ellas se han de alcanzar determinados objetivos señalados en los artículos 2 y 3 del TCEE. Por ejemplo, para posibilitar la exportación de productos, se conceden ayudas a la exportación para hacer posible la competencia de los productos procedentes de la Comunidad en el mercado mundial.

Los instrumentos de política económica para la protección del mercado común se han prestado para una abundante práctica defraudatoria para la obtención de ganancias ilegales a costa de la Comunidad, así, TIEDEMANN, explica: “En la exportación es simulada una calidad especialmente alta de las mercancías exportadas porque generalmente la subvención más alta se concede por la calidad más alta; del mismo modo es simulada una cantidad mayor de la realmente exportada, o se declara un país determinado que ha sido clasificado en una categoría de subvención especialmente alta. Contrariamente, en la importación, o bien se simula el origen comunitario de las mercancías para disminuir o evitar los *prelevements* –como en el caso del maíz griego- o bien se declara una menor calidad de las mercancías para conseguir una clasificación más baja en la recaudación de estas tasas”⁴²².

En definitiva, para evitar los perjuicios (disminución) en los ingresos y egresos comunitarios, la CE requiere también en este ámbito un eficaz sistema sancionatorio contra quienes incurran en estas prácticas. Una vez más se constata que se trata de ilícitos que se cometen organizadamente, básicamente por empresas, en que el tema central se asocia al problema del fraude a la ley y a los negocios ficticios.

A pesar de su importancia, los intereses financieros de la CE no podían ser tutelados a nivel supranacional ni penal ni administrativamente por no existir ninguna lectura de los tratados que permitiera esa posibilidad. La protección de

⁴²² TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 105.

dichos intereses quedaba a cargo de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros por la vía de la asimilación.

“El proceso de asimilación consiste en procurar que los Estados miembros asimilen las sanciones en el supuesto de infracción al Derecho Comunitario a las previstas para la infracción del Derecho nacional”⁴²³. Esta obligación, que se deriva del principio de lealtad comunitaria (artículo 5 TCEE) no necesariamente supone la tutela penal de los intereses comunitarios a menos que sea ésta la clase de protección dispensada para los intereses nacionales. Se trata, en definitiva, de un procedimiento que busca la no discriminación respecto a los intereses de la CE.

Sin embargo, este sistema para la protección de los intereses financieros de la CE es altamente insuficiente por la heterogeneidad de la tutela que brinda cada Estado miembro. Cada ordenamiento jurídico nacional conserva sus peculiaridades, y si decide no dar protección a un interés en el plano nacional, no resulta obligado a dar protección penal al mismo interés en cuanto afecte a las Comunidades Europeas. Es por esto que, especialmente a partir de la jurisprudencia sentada en el caso del maíz griego⁴²⁴, la Comisión y el Consejo se consideran legitimados para armonizar las legislaciones penales nacionales. Según TIEDEMANN, la sentencia recaída sobre el citado caso, al exigir que las sanciones frente a las violaciones del Derecho comunitario sean “efectivas, proporcionadas e intimidantes”, va más allá del sólo reconocimiento del

⁴²³ FERRE OLIVE, J. C., op. Cit., pág. 284.

⁴²⁴ FERRE OLIVE, J. C., op. Cit., pág. 287: “Se habían exportado 20.000 toneladas de maíz desde Grecia hacia Bélgica, declaradas de origen griego con sustento en documentación oficial. Tratándose de mercaderías de libre circulación en la CE, no se cobraron las tasas aduaneras que corresponderían si se tratara de mercancías provenientes de terceros países. Posteriormente se descubrió que el maíz en cuestión provenía de Yugoslavia, y que existían funcionarios griegos implicados en la confección de la documentación oficial irregular. Ante la pasividad de las autoridades griegas de cara a aplicar sanciones administrativas o penales a los responsables, la comisión demandó ante el Tribunal de Justicia las medidas oportunas. En la sentencia del 21 de septiembre de 1989, se razona sobre la base del art. 5 y las obligaciones que corresponden a los Estados miembros de cara a la protección de los intereses comunitarios”.

principio de asimilación y ha establecido “una demanda de penalización surgida de la insuficiencia de las simples sanciones administrativas para la protección de los intereses en cuestión”⁴²⁵.

La necesaria y urgente armonización de las legislaciones penales en la protección de los intereses financieros de la CE y las propuestas hacia una futura unificación que permita a la CE detentar un poder sancionador supranacional para fijar e imponer verdaderas sanciones penales⁴²⁶, pone nuevamente en discusión la necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las empresas. Se constata que en aquellos ámbitos específicos en que el Derecho Comunitario ha establecido sanciones administrativas supranacionales que son impuestas por órganos administrativos nacionales (a diferencia de las sanciones del Derecho de competencia), como es el caso de los fraudes de subvenciones agrícolas y pesqueras, los destinatarios de las normas comunitarias son nuevamente personas jurídicas.

Si en el estado actual de la discusión lo que se pretende es la homogenización de las legislaciones penales nacionales, lo que puede importar en muchos casos la necesidad de proteger con amenaza penal determinados intereses que son vulnerados principalmente por empresas, se podrá comprender porqué la cuestión sobre la responsabilidad penal de la empresa pasa a ser un tema central frente al principio *societas delinquere non potest* que rige en muchos de los Estados miembros. Ello explica los esfuerzos

⁴²⁵ TIEDEMANN, K., citado por FERRE OLIVE, J. C., op. Cit., pág. 288.

⁴²⁶ Para TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., “La desigualdad de las tendencias y comportamientos nacionales de las autoridades y órganos de los Estados miembros particulares, lleva a exigir que la persecución y la represión de las reglas jurídicas comunitarias haya de darse unitaria y centralizadamente (118)...La primera medida reformadora ha de ser el establecimiento de una unificación, que no sólo ha de alcanzar una asimilación de la protección penal de los intereses de la CE a la de los intereses nacionales y a una armonización de los tipos penales nacionales, sino sobre todo, la creación de una competencia supranacional para la imposición de sanciones (119). A juicio de este autor, la creación de un poder penal propio de la CE es indispensable a largo plazo, pues la CE es titular de los bienes jurídicos de sus propios medios financieros, y contra el daño a estos medios tiene que ser protegida a través de tipos penales supranacionales (117).

realizados por los organismos comunitarios, a través de resoluciones y recomendaciones, para que los Estados miembros reconozcan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en materia de fraude contra los ingresos y egresos de la CE.

El hito más importante en este proceso de armonización y futura unificación, es el proyecto de Parte General elaborado por un grupo de expertos encargado por la Comisión, que introduce en la discusión la ampliación del Derecho Comunitario a materias penales. Se trata de la propuesta de creación de un *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. La finalidad de este proyecto es introducir, desde el Derecho Comunitario, disposiciones penales y procesales penales para la protección del presupuesto comunitario. Dada la importancia que reviste la responsabilidad penal de las personas jurídicas se establece en su artículo 14:

“Responsabilidad penal de las entidades colectivas.

1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1-8) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto del derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta del ente colectivo por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho.
2. La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos”⁴²⁷.

Pero no sólo la protección de bienes jurídicos supranacionales demanda una respuesta punitiva uniforme, también ciertas formas de criminalidad que atacan bienes jurídicos nacionales requieren “una solución europea”⁴²⁸.

⁴²⁷ BACIGALUPO, S., op. Cit., pág. 346.

⁴²⁸ SIEBER, U., op. Cit., pág. 605.

Decíamos, a propósito de la globalización y la integración regional, que la delincuencia económica ha adquirido un claro carácter transnacional propiciando el desplazamiento de los delincuentes hacia los países que penalmente les son más favorables, generándose verdaderos “oasis de delincuencia económica”. Por otra parte, ciertos delitos, aún cuando sean cometidos dentro del territorio de un determinado Estado, despliegan sus efectos nocivos más allá de sus fronteras. Este es el caso de los delitos contra el medio ambiente que, como señala RODRÍGUEZ, constituyen un problema que presenta fuertes connotaciones internacionales “cuya solución interesa a todos los Estados...porque la tutela del medio ambiente y, en última instancia, de la vida, es un interés común a toda la comunidad internacional”⁴²⁹.

La necesaria cooperación judicial y policial entre los distintos países para hacer frente a dichos fenómenos se topa con frecuencia con la heterogeneidad de las legislaciones penales nacionales y con las dificultades operativas que de esta derivan. Como consecuencia de ello, la cooperación penal, para ser suficientemente eficaz necesita un cierto nivel de armonización entre las normas penales de los distintos países.

Por esta razón, el abandono de una estrategia punitiva puramente nacional es una demanda político criminal moderna que trasciende a la UE. Pero interesa en particular examinar el proceso de armonización que ha propiciado esta última porque es en este contexto en el cual se ha replanteado con más fuerza el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las diferencias sancionatorias que se dan entre aquellos países que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas –países de tradición anglosajona- y aquellos que no la reconocen –países de tradición europeo continental- puede tener efectos criminógenos de relieve. Señala ZÚÑIGA que “como ha puesto de relieve DEVINE, una diferencia de punibilidad de las sociedades en los diferentes Estados miembros de la UE, podría llevar a

⁴²⁹ RODRÍGUEZ ARIAS, A. M., op. Cit., pág. 216.

que éstas decidan desarrollar sus actividades en Estados donde no se les responsabiliza penalmente. Además una diferencia sancionatoria de las empresas puede dar lugar a distintos nivel de protección de los propios ciudadanos europeos, en relación a bienes jurídicos importantes como son la salud pública, el derecho de los consumidores, el medio ambiente, indeseable en un espacio europeo en el que se propicia la libertad de circulación de las personas”⁴³⁰ y agrega la citada autora que “la posibilidad de que las empresas puedan sustraerse de una sanción penal (o administrativa), es un cálculo con el que suelen jugar los empresarios de acuerdo a si resultan consideradas capaces de sanción penal o administrativa y al monto de las mismas. Por otro lado, un sistema sancionatorio incongruente puede propiciar dificultades para los operadores jurídicos y, por tanto, diferencias profundas en la igualdad de condiciones que requiere el mercado para el desarrollo de la libre competencia”⁴³¹.

A las medidas adoptadas para llegar a esta armonización, básicamente a través de Directivas de la CE, se suman en el ámbito del Consejo de Europa una serie de resoluciones y recomendaciones a favor de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas no con carácter general pero sí en determinados ámbitos. Entre ellas, las más importantes son⁴³²:

1. La resolución (77) 28 sobre la contribución del Derecho Penal a la protección del medio ambiente, aprobada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977, que recomienda a los Estados miembros en su párrafo 2º el reexamen de los principios de la responsabilidad penal con el fin, principalmente, de contemplar la posibilidad de admitir en ciertos casos la responsabilidad de las personas jurídicas, privadas o públicas.

⁴³⁰ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 153.

⁴³¹ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 154.

⁴³² Al respecto ver, BARBERO SANTOS, M., op. Cit., pág. 28 y TIEDEMANN, K., “Lecciones de Derecho Penal Económico”, op. Cit., pág. 232.

2. En la Recomendación (81) 12 sobre criminalidad económica, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de junio de 1981, entre las múltiples recomendaciones que se hacen a los gobiernos de los Estados miembros aparece la de tomar todas las medidas susceptibles de facilitar el descubrimiento de las infracciones económicas y la apertura del proceso penal, principalmente analizando la posibilidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas o de admitir al menos otras medidas aplicables con el mismo fin a las personas jurídicas.

3. La Recomendación (82) 15 del 24 de septiembre de 1982 sobre el papel del Derecho Penal en la protección de los consumidores invitaba de nuevo a los gobiernos de los Estados miembros a analizar la conveniencia de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas u otras instituciones que tiendan al mismo fin.

4. Finalmente, la Recomendación (88) 18 sobre la responsabilidad de la empresa aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1988, permite escoger una de estas posibilidades: La punibilidad real de las personas jurídicas o la introducción de nuevas formas de sanciones administrativas, pero sin embargo, recomienda insistentemente la utilización efectiva de una u otra posibilidad para obtener éxito frente a un problema central de la criminalidad económica: la mayoría de los delitos económicos se lleva a cabo mediante o con la ayuda de empresas económicas. En dicha recomendación se propuso “la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan”. BACIGALUPO, ha hecho constar que ello demuestra que en Europa existe un difundido consenso en relación a la necesidad de exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴³³.

⁴³³ BACIGAPULO ZAPATIER, citado por ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., op. Cit., pág. 726.

CAPÍTULO VIII. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE.

FUNDAMENTOS LEGALES DE LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

En Chile, las personas jurídicas son civilmente responsables –tanto por el hecho propio como por el hecho ajeno- pero están exentas de responsabilidad penal. Ello se desprende del artículo 58 del Código Procesal Penal que señala:

“Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afectare”.

Dicho principio ya se encontraba recogido en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal de 1906 cuyo texto fue reproducido en términos casi idénticos por el artículo 58 del Código Procesal Penal⁴³⁴.

Este es el criterio general de carácter sustantivo no obstante encontrarse recogido en un código procesal⁴³⁵.

En todo caso, señala GARRIDO, aunque no existiera el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, no sería posible atribuirle un delito a las personas jurídicas por cuanto la generalidad de los delitos establecidos en la

⁴³⁴ El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal de 1906 señalaba: “La acción penal, fuere pública o privada, no puede dirigirse sino contra los personalmente responsables del delito o cuasidelito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”.

⁴³⁵ COUSIÑO MAC IVER, L., op. Cit., pág. 278.

legislación, particularmente en el Código Penal, presuponen que los autores de los hechos que describen son seres humanos⁴³⁶.

Se afirma que dicho principio se vería reforzado por el tenor del artículo 545 del Código Civil que define a la persona jurídica como una persona ficticia. Se trata de un precepto que sigue la teoría de la ficción de SAVIGNY, de la que se deriva, como necesaria consecuencia, la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para COUSIÑO MAC IVER, la circunstancia de que solamente la persona humana es sujeto activo de los delitos se desprende, en nuestro Código Penal, del artículo 1° que señala que es delito toda acción u omisión “voluntaria” penada por la ley. El requisito de voluntariedad evidenciaría que se trata de acciones u omisiones incuestionablemente humanas⁴³⁷.

De *lege lata*, entonces, rige en nuestro país el principio *societas delinquere non postest*⁴³⁸.

DISCUSIÓN DE LEGE FERENDA

De *lege ferenda*, la posibilidad teórica de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido también objeto de discusión. La doctrina mayoritaria se manifiesta contraria a tal reconocimiento en base a las ya conocidas objeciones relativas a la incapacidad de acción y de culpabilidad de los entes colectivos y a la problemática planteada por el principio de

⁴³⁶ GARRIDO MONTT, M., op. Cit., pág. 56.

⁴³⁷ COUSIÑO MAC IVER, L., op. Cit., pág. 270.

⁴³⁸ LABATUT GLENA, G., “Derecho Penal” (Parte General), Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 4° edición, Santiago de Chile, 1963, pág. 196: “se ha sostenido que el artículo 39 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal no rige en materia militar, porque no ha sido reproducido ni se remite a él ninguna disposición del Código del ramo. Según esto, podría hacerse efectiva la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en todos los asuntos que el Código de Justicia Militar o Leyes penales especiales someten al conocimiento de los tribunales militares”

responsabilidad personal. En esta posición se sitúa NOVOA MONREAL, COUSIÑO MAC IVER, GARRIDO MONTT y CURY URZÚA, como se analizó en el capítulo V de este trabajo.

Por ello, es importante destacar, dentro del limitado círculo de autores que en nuestro medio defienden la incriminación de las personas jurídicas, a Pedro SILVA, Gustavo LABATUT, Juan BUSTOS y Sergio POLITOFF.

Para Pedro SILVA “las sanciones a los órganos o ejecutores de la infracción son insuficientes para reprimir los actos punibles de las corporaciones, las cuales pueden continuar ejerciendo sus actividades delictuosas por medio de otros representantes...”⁴³⁹

Por su parte, Gustavo LABATUT afirma que “importa incurrir en una evidente contradicción el reconocer a las personas morales capacidad para las actuaciones lícitas, contratar, por ejemplo, y negársela para las ilícitas. Este moderno criterio se inspira en la importancia cada vez mayor que van adquiriendo dichas entidades y el peligro social que significan sus actuaciones delictivas”. Concluye que “la única diferencia esencial entre el delito individual y el de las personas colectivas es que éstas, después de decidirlo, deben recurrir, por su naturaleza incorpórea, a la mediación de sus órganos para ejecutarlo; es decir, el delito corporativo necesita de la concurrencia de dos personas: la moral que lo decide y la física que lo ejecuta”⁴⁴⁰.

Pedro SILVA es coautor junto con Gustavo LABATUT de un proyecto de Código Penal (1938) en cuyo Título VII (artículos 93 a 100) se encuentra prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁴¹.

⁴³⁹ SILVA FERNÁNDEZ, P., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, En: Revista de Ciencias Penales, T. IV, 1938, págs. 317 y sgtes.

⁴⁴⁰ LABATUT GLENA, G., op. Cit., pág. 194.

⁴⁴¹ Proyecto de Código Penal; redactado en cumplimiento del Decreto Supremo N° 2696, de 11 de junio de 1937; SILVA F., P. y LABATUT G., G., Dirección General de Prisiones, Santiago de Chile, 1938.

En el artículo 93 inciso 1° se establece que la responsabilidad penal se extiende a las personas jurídicas de derecho privado en los casos especialmente previstos por la ley, siempre que la infracción se haya cometido dentro del territorio jurisdiccional de la República por personas o por organismos cuyos actos o acuerdos obliguen a la entidad jurídica, y sin perjuicio de la responsabilidad individual que pueda afectar a los que participan en la infracción como autores o cómplices.

El artículo 94 agrega que la infracción cometida por una persona jurídica es punible cuando se ha consumado, y será sancionada en sí misma, y aun cuando, por cualquier causa, no pudiera hacerse efectiva la responsabilidad individual de los que han intervenido en el acto punible.

El artículo 96 precisa las sanciones que pueden imponerse a las entidades jurídicas, éstas son:

1. La disolución o cancelación de la personalidad jurídica.
2. La suspensión temporal de las operaciones.
3. La multa.
4. El comiso; y
5. La publicación de la sentencia condenatoria.

El proyecto deja a salvo la responsabilidad civil que pueda afectar al ente (artículo 95), regula en detalle la forma (duración, monto, etc.) como se han de imponer las sanciones por el Tribunal y las consecuencias accesorias que derivan de ellas (artículos 96 a 98). El artículo 99 señala cuando se entiende que una persona jurídica es reincidente y determina el modo de resolver un posible concurso de delitos. Finalmente, el artículo 100 indica las causales de extinción de la responsabilidad penal y los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena.

Pareciera que el texto recoge la clásica teoría del órgano ya que la responsabilidad de la persona jurídica sólo puede establecerse si la infracción fue cometida por quienes tienen poder para obligar a la entidad y siempre que

se trate de un caso expresamente previsto por la ley, es decir, consagra además, un sistema *numerus clausus*.

El proyecto tiene un mérito digno de destacar, explicita que la sanción a la persona jurídica requiere la infracción del órgano como hecho de conexión pero no depende de que se hagan efectivas las responsabilidades individuales. En este sentido, se sortean las evidentes dificultades que suscita hacer depender la responsabilidad de las personas jurídicas de la previa punibilidad de las personas naturales que actúan para ella. Hacer efectivas las responsabilidades de las personas individuales resulta altamente problemático al interior de organizaciones complejas donde impera el principio de jerarquía y división del trabajo, con lo que puede decirse que la propuesta de SILVA y LABATUT resulta comparativamente más avanzada que la del legislador francés de 1992 o la del Código Penal español de 1995.

Es claro que el proyecto no está exento de críticas, podría objetarse que en dichos preceptos se trata de trasladar lisa y llanamente la culpa de las personas naturales a la entidad, sin que se establezcan criterios claros de atribución por una culpabilidad propia de la organización. Sin embargo es una propuesta – perfectible, por cierto- que revela un visionario realismo.

PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Pese a que, de *lege lata*, nuestro legislador, siguiendo la tradición hispánica, ha optado por mantenerse aferrado al principio *societas delinquere non potest*, es un hecho que, en la realidad, las empresas son objeto de medidas punitivas.

Al igual como ha sucedido en otros países latinoamericanos, las necesidades político criminales de represión y prevención de la criminalidad económica han llevado a la erosión de este principio mediante la creciente

proliferación de leyes especiales que han establecido sanciones contra las personas jurídicas.

De esta constatación parte BUSTOS, quien sostiene que “en casi todas las legislaciones penales se contemplan diferentes clases de penas para las personas jurídicas...el axioma fundante y limitante del Derecho Penal y de la dogmática tradicional no ha constituido valla alguna y no podía serlo. Pero el problema entonces es cuál es el fundamento de esa pena, si la persona jurídica no es sujeto activo de delito y no se le pueden asignar ninguna de las categorías dogmáticas tradicionales de la responsabilidad penal. Y si no hay fundamento alguno querría decir que tales sanciones afectan de modo absoluto las garantías del Derecho Penal y son inconstitucionales”⁴⁴².

Este fenómeno es claramente detectable en nuestro país. Cualquiera sea la gravedad de la infracción -sin considerar la importancia del bien jurídico ni el grado de afección del mismo- y la severidad de la sanción, es casi siempre la Administración la que sanciona a las personas jurídicas⁴⁴³. Ello pese a que, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad y de acuerdo al carácter fragmentario del Derecho Penal, muchas de esas infracciones sean análogas a las que en el Derecho Penal individual son merecedoras y necesitadas de sanción penal. Esto se explica porque la decisión político criminal de sancionar punitivamente a las personas jurídicas, no encuentra en Chile la correspondiente construcción dogmática y por ello carece de fundamentación teórica, apareciendo “como la expresión de la pura fuerza o poder del Estado”⁴⁴⁴.

Casos de aplicación de sanciones punitivas a las personas jurídicas por órganos administrativos, se encuentran en las siguientes leyes especiales:

⁴⁴² BUSTOS RAMÍREZ, J., op. Cit., pág. 17.

⁴⁴³ Existen algunas excepciones. Por ejemplo, la aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 56 de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, es de competencia de un juez de letras en lo civil.

⁴⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., op. Cit., pág. 22.

- El artículo 3° del DL 211 de 1973 (DS 511) conocido como “Ley Antimonopolio”.
- El artículo 19 del DFL N° 3, Ley General de Bancos.
- Los artículos 27 y 28 del DL N° 3538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros y el artículo 44 del DFL N° 251 sobre Compañías de Seguro, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio.
- El artículo 97 del Código Tributario.
- Los artículos 58 y 65 de la Ley N° 18.840, LOC del Banco Central.

En todas las leyes citadas, en mayor o menor medida, los órganos administrativos ejercen facultades jurisdiccionales.

La constitucionalidad de los casos en que un órgano administrativo puede actuar como juez, aunque sea en primera instancia respecto de infracciones con penas pecuniarias, es dudosa frente a disposiciones constitucionales como el artículo 73, que muy categóricamente reservan al poder judicial, no al ejecutivo ni a órganos autónomos, el juzgamiento de delitos. Esto es particularmente evidente respecto a los delitos contra la economía pública (delitos tributarios y aduaneros).

A ello se suma que los procedimientos para la imposición de sanciones normalmente violan los principios básicos del debido proceso en clara vulneración del artículo 19 N° 7 inciso 5° de la Constitución Política de la República que exige que toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado que respete las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos. Ejemplo de ello son aquellos casos en que el órgano administrativo actúa como juez y parte como sucede en la mayoría de las normas citadas.

La legislación económica reconoce la capacidad infractora de la persona jurídica como tal en la medida que son destinatarias de las normas de comportamiento y objeto de sanciones en caso de infringirlas. En la mayoría de los casos podrá afirmarse que se trata de una capacidad reconocible por

tratarse de meros mandatos administrativos que no suponen la capacidad de acción que exige el derecho penal. Sin embargo, pueden encontrarse ejemplos en que la persona jurídica figura como posible sujeto activo de un delito propiamente tal.

El DL 211 en su artículo 1° considera delito ejecutar o celebrar cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia en las actividades económicas. El artículo 3° precisa que: “Tratándose de personas jurídicas y sin perjuicio de la responsabilidad penal a que se hagan acreedores sus representantes legales o las personas naturales que por ellas obraron, podrá ordenarse la disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado.

En caso de tratarse de una sociedad o de una agencia de una sociedad anónima extranjera, la sentencia que aplique la pena prevista en este artículo deberá ser inscrita en el Registro de Comercio respectivo y publicada, por una vez, en el Diario Oficial”.

Esta disposición es el único caso aceptado en la doctrina de responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

La sanción que se impone a la persona jurídica no es consecuencia de una mera contravención administrativa, sino de un delito que para el caso de las personas naturales tiene asignada una pena privativa de libertad. Es evidente que por su propia naturaleza, la persona jurídica no puede ser objeto de penas corporales, lo que explica que el legislador en el artículo 3° haya precisado que la “pena” a imponer a la persona jurídica es la disolución.

A diferencia de la regla general del artículo 58 del Código Procesal Penal, el DL 211 no señala que “por la persona jurídica respondan sus representantes legales o personas naturales que por ella obraron”, sino que “sin perjuicio de la responsabilidad penal que le pueda caber a éstos”, la persona jurídica puede ser sancionada con la pena de disolución. Del tenor de la disposición aparece que la responsabilidad de la persona jurídica por el delito descrito en el artículo

1° es independiente de la responsabilidad que le cabe a las personas naturales que han actuado para ella, es decir, no obsta a la aplicación de la pena de disolución la imposición de penas a las personas naturales pero tampoco aparece supeditada la aplicación de la pena de disolución a la previa sanción de las personas naturales. Cosa distinta es que, en la práctica, la pena de disolución sea impuesta siempre como una consecuencia accesoria de las penas aplicadas a las personas naturales que intervinieron en el acto delictivo.

Otro ejemplo se puede encontrar en la Ley General de Bancos. Su artículo 39 consagra el delito de monopolio bancario, en virtud del cual ninguna persona natural o jurídica que no fuere expresamente autorizada por la ley podrá dedicarse al giro que esta reservado a las empresas bancarias. Su inciso 4° establece cuando puede presumirse que una persona natural o jurídica ha infringido esta prohibición, es decir, corrobora que tienen capacidad para infringir la norma tanto personas naturales como jurídicas.

Se trata evidentemente de un delito, no de una mera infracción administrativa, que en el caso de las personas naturales es sancionado con las penas establecidas en los incisos 5° y 6° del mismo artículo.

Finalmente, el artículo 97 del Código Tributario enumera una serie de contravenciones y delitos. Infracciones penales son las establecidas en el N° 4, 5, 9, 10 y 12. En todas ellas se establecen penas privativas de libertad y multas. En conformidad al artículo 98, de las sanciones pecuniarias –es decir, de las multas- responde el contribuyente y las demás personas legalmente obligadas al pago del tributo. De acuerdo al artículo 8 N° 5, contribuyente puede ser una persona natural o jurídica, por lo tanto, la pena de multa aparejada a los delitos indicados es aplicable al contribuyente persona jurídica.

El hecho de que las sanciones pecuniarias puedan ser aplicadas directamente por el Servicio no altera el hecho de que se trata de multas que se aplican como consecuencia de un delito tributario. En todo caso, siempre que la infracción esté afecta además a una pena corporal y el Director ejerza la

facultad establecida en el artículo 162, la aplicación de ellas, incluyendo las penas pecuniarias, corresponderá a la justicia del crimen (artículo 105).

Además, cabe agregar, que el mismo artículo 58 del Código Procesal Penal (y artículo 39 del Código de Procedimiento Penal de 1906) reconoce implícitamente que la persona jurídica puede realizar una acción delictiva, lo que dispone es que por ella responden penalmente las personas naturales que intervinieron en tal actividad⁴⁴⁵.

Así, cobran pleno valor las palabras de Pedro SILVA cuando señala que “es injusto el castigo impuesto a los ejecutores cuando se han limitado a cumplir acuerdos de la corporación, y como personeros de ésta, han utilizado los medios y recursos sociales”⁴⁴⁶.

Nadie ha planteado que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deba excluir la responsabilidad de las personas naturales que hayan intervenido en el hecho delictivo, pero no pueden establecerse tales responsabilidades individuales a costa del sacrificio de las garantías sustantivas y procesales que deben rodear la aplicación de una pena más aún tratándose de penas privativas de libertad.

Diversas disposiciones que vienen a corroborar la regla general del artículo 58 del Código Procesal Penal constituyen verdaderas presunciones de responsabilidad con respecto a quien han actuado para la persona jurídica. Así el artículo 55 inciso 2° de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores y el artículo 133 inciso 2° de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, establecen que por las personas jurídicas responderán además, civil, administrativa y penalmente sus administradores o representantes legales “a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción”.

Aún cuando no se trata de una presunción de derecho –ya que en materia penal están prohibidas- constituye una regla que afecta la primera

⁴⁴⁵ GARRIDO MONTT, M., op. Cit., pág. 56.

⁴⁴⁶ SILVA FERNÁNDEZ, P., op. Cit., pág. 317 y sgtes.

consecuencia del derecho a la presunción de inocencia, esto es, que la carga de la prueba en el juicio penal corresponde al Estado. En efecto, del tenor de la disposición aparece que por el sólo hecho de detentar la calidad de administrador o representante, la responsabilidad penal se presume a menos que el afectado pruebe lo contrario, es decir, la carga de la prueba se traslada del Estado al acusado.

En otros casos, pareciera que el legislador establece una responsabilidad casi objetiva de los gerentes o administradores de las personas jurídicas. Por ejemplo, el artículo 99 del Código Tributario establece que las sanciones corporales y apremios, tratándose de personas jurídicas, se aplicarán a los gerentes, administradores y a los socios a quienes corresponda el cumplimiento de la obligación. En el caso del delito contemplado en el artículo 97 N° 10, los gerentes, administradores o socios serían responsables sin que se les exija dolo o malicia (la norma no lo exige), incluso sin que se exija que sean ellos mismos quienes hayan actuado negligentemente realizando alguna de las infracciones descritas, ya que el inciso final admite que sean los dependientes quienes “hagan incurrir al contribuyente en la sanción”. Si el contribuyente es una persona jurídica, las personas naturales que responden por ella pueden ser incluso objeto de penas corporales –en el caso de que se reitere la infracción- por el hecho de sus dependientes, porque no puede imputarse directamente la infracción al ente por un defecto de organización –de control y supervigilancia de los dependientes- sino que se traslada la responsabilidad a quienes – subjetivamente- pueden no tener vínculo alguno con la infracción.

Ello sin contar que –respecto a los delitos tributarios en general- contribuyente es el sujeto pasivo del tributo, es éste quien está en condiciones de defraudar al Fisco y por lo tanto se sitúa en la posición de sujeto activo del delito tributario, no obstante lo cual, la responsabilidad se traslada a las personas naturales que no ostentan formalmente esta calidad cuando el

contribuyente infractor es la propia persona jurídica, sin que se haya precisado de modo alguno cual es el fundamento de tal comunicabilidad.

En este sentido, el artículo 58 del Código Procesal penal sólo indica que por las personas jurídicas responden las personas naturales que hubieren intervenido en el hecho punible, pero ¿qué sucede cuando la persona jurídica es la que reviste la especial calidad de autor que exige el tipo? Ya decíamos que una de las particularidades de los delitos socio-económicos es que, en la mayor parte de los casos, están configurados como delitos especiales. Así, la problemática del actuar en lugar de una persona jurídica no encuentra en el Derecho chileno una disposición de carácter general – como el artículo 31 del Código Penal español- que resuelva las importantes lagunas de punibilidad que se producen si se es consecuente con el principio de legalidad.

Si en el ámbito de la responsabilidad penal individual, el legislador ha tendido a morigerar el rigor de los principios y garantías tradicionales, en el ejercicio de facultades punitivas por parte de la Administración ha prescindido totalmente de ellas. Por ejemplo, el artículo 27 del DL 3538 faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros a imponer una serie de sanciones a las instituciones fiscalizadas precisando que entre ellas –las multas –pueden también ser aplicadas a directores, gerentes, dependientes, inspectores o liquidadores según lo determine la Superintendencia, sin que dicha disposición exija el dolo o culpa de éstos, sin que se precise de manera alguna la acción específica que merece la sanción (ya que se limita a exigir la infracción de leyes, reglamentos, estatutos u órdenes impartidas por la Superintendencia en términos generales).

Lo mismo puede decirse con respecto a las medidas que se aplican a las personas jurídicas. No se establecen los presupuestos de atribución de responsabilidad del ente más que la mera infracción objetiva a la norma, no se determinan los criterios mínimos que debe tener a la vista el órgano administrativo a la hora de decidir qué sanción va a aplicar –claramente no es lo

mismo una simple amonestación que la revocación de la autorización de existencia de la sociedad- con lo que la afectación de bienes jurídicos de los que es titular la misma sociedad⁴⁴⁷, así como aquellos que corresponden a los socios o terceros que se verán afectados con la sanción –muchas veces pese a su falta de participación en el hecho punible- queda al mero arbitrio del órgano administrativo. Ni siquiera se hace la distinción, desde un punto de vista valorativo, entre una infracción que sólo supone el incumplimiento de una obligación que tiende a la recta ordenación de la respectiva actividad y aquella infracción que se traduce en una conducta institucional apta para lesionar o poner en peligro concreto bienes jurídicos fundamentales individuales o colectivos.

El argumento de que éstas no serían penas –y por lo tanto no deben estar sujetas a las mismas garantías para su imposición- no me parece atendible tratándose de sanciones severas y verdaderamente disuasivas como elevadas multas o la disolución de la sociedad.

Nuestro Código Penal no define qué es una pena sino que se limita a establecer en su artículo 20, que no se reputan penas, entre otras, las multas y demás correcciones que la Administración imponga en uso de sus facultades gubernativas. Pero las multas que pueden imponer las Superintendencias tanto a las personas naturales como jurídicas, en su naturaleza, no difieren en absoluto de una multa penal. La revocación de existencia de una sociedad –v. gr. la que

⁴⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J., op. Cit., págs. 19 a 21, afirma que es una realidad que cada vez se le reconocen más derechos y consecuentemente se protegen más bienes jurídicos de las personas jurídicas. Bienes jurídicos tan relevantes como la libertad, el honor y el patrimonio, aparecen reconocidos a la persona jurídica, lo que está de acuerdo con su mayor participación en la vida económico social del sistema. Ello implica reconocer que la persona jurídica participa en las relaciones sociales, ya que en la estructura del bien jurídico está la relación social como expresión de los conflictos de necesidades de los sujetos participantes. Por otra parte, los tipos penales están basados en la protección de los bienes jurídicos y por eso implican la descripción de un determinado ámbito situacional en que se encuentran las personas. Si ello es así, quiere decir que hay el reconocimiento que las personas jurídicas llevan a cabo una determinada forma de participación en la relación social y que en este sentido no pueden ser totalmente ajenas al ámbito situacional que describe un tipo legal.

aplica directamente la Superintendencia de Valores y Seguros según el artículo 27 del DL 3538-, no está en el catálogo de penas que establece el Código Penal, pero tratándose de personas jurídicas es una medida punitiva de la más extrema severidad. Por mucho que pueda reclamarse de esta sanción ante la Justicia ordinaria, el perjuicio que puede ocasionar a la sociedad que sea decretada su disolución es irreversible, aun cuando se obtenga posteriormente una resolución favorable de la justicia.

Por todo lo anterior, la discusión sobre si es legítimo el ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración con prescindencia de las debidas garantías que le sirvan de contrapeso, es plenamente válida en Chile.

Sólo sosteniendo que existen diferencias esenciales entre el injusto penal y el administrativo podría eludirse el problema pero -como advierte CURY- en la práctica esta teoría conduce a resultados antagónicos con las concepciones liberales, ya que se presta para enmascarar, tras el rótulo de penas administrativas, una serie de reacciones punitivas cuya aplicación se sustrae, con este expediente, al sistema de garantías que rodea la imposición de una pena penal⁴⁴⁸.

Por eso NOVOA, aún cuando defiende la independencia del Derecho Administrativo sancionador del Derecho Penal, considera que la proliferación actual de leyes penales administrativas y la mayor gravedad que gradualmente van asumiendo las sanciones que ellas establecen, hace aconsejable que el legislador se preocupe de rodear la aplicación del Derecho Penal Administrativo de garantías semejantes a las que están incorporadas en el Derecho Penal⁴⁴⁹.

CURY -partidario de la tesis de diferenciación cuantitativa- concluye que “no existe un motivo atendible para independizar la sanción gubernativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, esta sólo debe ser

⁴⁴⁸ CURY URZÚA, E., op. Cit., Tomo I, pág. 75.

⁴⁴⁹ NOVOA MONREAL, E., op. Cit., pág. 41.

impuesta a quien puede dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida”⁴⁵⁰. Si es así, ¿cuál es el fundamento de la aplicación de sanciones gubernativas a la persona jurídica, a quien teóricamente no puede dirigírsele un reproche personal?

De esta manera, los autores que defienden la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y demandan el traspaso de las garantías del Derecho Penal al Derecho Penal Administrativo, no advierten que ello implicará necesariamente -como ha venido sucediendo en el Derecho comparado- una paulatina abolición de la responsabilidad objetiva del terrero del Derecho Penal Administrativo y en consecuencia, llevará a la pregunta de cuales serán los criterios de imputación subjetiva para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas. Con ello, los mismos problemas que plantea el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se trasladan al Derecho Administrativo sancionador.

⁴⁵⁰ CURY URZÚA, E., op. Cit., Tomo I, pág. 80.

CAPÍTULO IX. CONCLUSIONES

SOBRE LAS RAZONES E IMPORTANCIA DEL DEBATE. VIGENCIA DEL TEMA EN CHILE.

En el desarrollo de este trabajo han quedado sentadas ciertas premisas que explican la importancia del debate relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, ya desde los años 30 la preocupación científica por una nueva categoría de delincuentes, los de cuello blanco, asume la forma de denuncia ante la inmunidad de que éstos gozan ante el sistema penal. Se constata que en las modernas sociedades postindustriales tal delincuente de cuello blanco adopta formas corporativas y que la afectación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de creciente valoración por la comunidad, son afectados precisamente por entes colectivos.

No se trata de abogar por el mayor rigor penal para este tipo de autor, “enemigo del pueblo de los años 30”, sin mayores consideraciones ni matices, porque ello teñiría la discusión de un tinte claramente ideológico. En definitiva, la preocupación por este tema no se reduce a la injusticia que supone la selectividad del sistema penal en cuanto a su claro direccionamiento hacia los sectores más marginales de la sociedad. No se trata de distinguir según sujetos, sino según hechos y consecuencias jurídicas.

Y es un hecho que el Derecho Penal ha experimentado una cierta expansión –por muchos criticada, pero inevitable- hacia nuevos objetos de protección que vienen a acoger la demanda de tutela ante nuevos fenómenos criminales que responden a la compleja realidad de la sociedad actual. Se trata de fenómenos delictuales cuyo poder corrosivo alcanza no sólo al sistema económico y financiero, sino que afecta a la sociedad en su conjunto, de manera muy

superior –cualitativa y cuantitativamente hablando- a la delincuencia económico patrimonial convencional.

Es un hecho, entonces, que la importancia de estos nuevos bienes jurídicos –pese a sus problemas de concreción y justificación- y la dañosidad social de las conductas que atentan contra ellos han llevado, en muchos casos, a la utilización de la *ultima ratio*. Y es este hecho, la necesidad de salvaguardar intereses fundamentales para la sociedad, y no una demanda viseral de castigo contra los poderosos, lo que ha venido a poner en el tapete la cuestión del sujeto que ocupa una posición apta para poner en peligro o lesionar tales intereses, evidenciándose que estos ilícitos se cometen normalmente en el seno de una empresa o sociedad y que la carencia de responsabilidad penal de ésta puede ser un factor criminógeno que impida una eficaz lucha en su prevención.

Chile no es ajeno a esta realidad criminológica compleja, organizada, transnacional y económica, propia de la era de la globalización y de la sociedad del riesgo. Tampoco es ajeno a los acuerdos de integración que se han venido propiciando en la región y que, pese a que no han exhibido logros tan notorios como el de la Unión Europea, son un anhelo pendiente que en el futuro exigirá la armonización de políticas económicas y una comunión de criterios en materia de política criminal. Es claro que la actual tendencia en algunas legislaciones latinoamericanas de ir abandonando el principio *societas delinquere non postest*, por la vía de la legislación penal especial, supondrá un importante obstáculo a la referida armonización.

Así, parte de la doctrina y de la jurisprudencia argentina han sostenido que el ordenamiento jurídico ha optado por la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Ley Penal Cambiaria (artículo 2 letra f) de la Ley 19.359), en el Código Aduanero (artículos 876 y 888 de la Ley 22.415), en la Ley Penal Tributaria (artículos 2 y 5 de la Ley 24.769), en la Ley de

Abastecimiento (artículo 8 de la ley 20.680) y la Ley de Defensa de la Competencia (artículos 46 a 48 de la Ley 25.156)⁴⁵¹.

En la línea de leyes penales especiales contra el medio ambiente, puede mencionarse la Ley Penal de Ambiente de Venezuela de 3 de febrero de 1992 y la Ley de Brasil N° 9605, de 12 de febrero de 1998, de delitos contra el medio ambiente⁴⁵².

Otro vector importante que ha marcado la discusión sobre la sancionabilidad de los entes colectivos en Latinoamérica es la vinculación entre crimen organizado y persona jurídica, porque muchas veces éste se sirve de empresas lícitas para lograr sus fines ilícitos y otras, es el capital ilícito el que sostiene a la empresa lícita. Por ello, en Colombia, país donde la criminalidad organizada, el narcotráfico y el terrorismo se infiltran en sociedades comerciales, la sentencia N° C-320 de 1998 de la Corte Constitucional que resuelve que no hay razones constitucionales ni legales que impidan criminalizar determinadas conductas antijurídicas desarrolladas en el ámbito de las empresas o sociedades y, en consecuencia, que las mismas pueden ser sujetos activos de los delitos, se ha considerado por lo menos un paso para reabrir la discusión del dogma *societas delinquere non potest*⁴⁵³.

También en Perú, el debate centrado en las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del Código Penal de 1991, similares a las previstas en el Código Penal español, y su naturaleza jurídica, ha estado fuertemente

⁴⁵¹ Sobre el análisis particular de dichas disposiciones del Derecho argentino y la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica que ellas establecen, ver SERGI, N., "La posibilidad –incompleta- de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas", En: "Revista Nueva Doctrina Penal 2003/A", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, septiembre 2003, págs. 192 a 197 y CATANIA, A. J., op. Cit., págs. 190 a 203.

⁴⁵² La Constitución de Brasil de octubre de 1988, en su artículo 225, establece que "todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para la sana calidad de vida, imponiéndose al poder público el deber de defenderlo y preservarlo para las futuras generaciones...3. Las conductas y actividades consideradas lesivas del medio ambiente implicarán para los infractores, personas físicas o jurídicas, sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados".

⁴⁵³ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 132.

marcado por el descubrimiento de la organización Fujimori-Montesinos, durante la última etapa del mandato del primero, época en que la mayoría de las empresas nacionales y extranjeras tenían que pagar sobornos al segundo, para la concesión de una contratación pública. En este contexto, se discute la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105, como la cancelación de las licencias de funcionamiento, a los medios de comunicación que pactaban las noticias con Montesinos⁴⁵⁴.

NECESIDAD DE ESTABLECER SANCIONES CONTRA LA PROPIA PERSONA JURÍDICA. NATURALEZA JURÍDICA Y FRAUDE DE ETIQUETAS

Necesidad de establecer sanciones contra la propia persona jurídica y fines que éstas persiguen

Es posible sostener que existe consenso, cualquiera sea la posición que se adopte en este tema, sobre la insuficiencia de los sistemas de imputación individual para resolver la problemática planteada por la criminalidad de empresa. Se reconoce, unánimemente, que junto a una configuración adecuada de los sistemas de imputación individual –apta para atribuir el hecho a los responsables en la dirección de la empresa- es necesario aplicar medidas específicas directamente a la empresa y, salvo contadas excepciones, se asume que se trata de medidas punitivas o sanciones.

Finalmente, el desacuerdo radica en la naturaleza jurídica de tales sanciones, cuestión fundamental para determinar los presupuestos de su aplicación y la eventual posibilidad y necesidad de reconocerles el carácter de penas.

ROXIN sintetiza claramente la importancia de la cuestión en el futuro de la dogmática penal al señalar que: "En el futuro las sanciones a los entes

⁴⁵⁴ ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 134.

colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica y también ambiental, tienen su origen en las empresas grandes y poderosas; pero también la comercialización de los más variados productos dañinos para la salud será siempre un gran problema para el Derecho Penal. Si en dichos casos se completa el tipo penal, frecuentemente se hace difícil y a veces imposible averiguar quiénes dentro de la empresa son los responsables, ya que la responsabilidad se reparte entre muchas personas y la culpa de uno solo es difícil de probar. Tampoco puede enfrentarse eficazmente los peligros que provienen de una gran empresa –p.e. para el ambiente- pensando a una sola persona que puede ser reemplazada”⁴⁵⁵.

Identificados los problemas que generan los delitos cometidos en el seno de una empresa para el sistema de responsabilidad individual, se concluye que las sanciones aplicables a la empresa tienen una función de: (A) compensación del efecto criminógeno que tiene la organización corporativa sobre quienes operan integrados en ella; (B) de dar respuesta a las situaciones de impunidad que se producen cuando constatado el hecho y el círculo de posibles autores, no se determina al autor en concreto; (C) de atender al hecho de que en muchos casos, la decisión delictiva es auténticamente colectiva; (D) de incidir en lo permanente –la estructura social- más allá de las personas físicas individuales que son fácilmente sustituibles unas por otras; (E) hacer justiciables los nuevos problemas de las modernas sociedades de riesgo, donde la responsabilidad por los resultados lesivos para bienes jurídicos derivados de procesos técnicos colectivos, no es determinable temporal ni personalmente.

⁴⁵⁵ Citado por ZÚÑIGA, L., op. Cit., pág. 109.

Posibilidad de reconocer a nivel dogmático la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre la naturaleza jurídica de las sanciones que se aplican a las empresas y el fraude de etiquetas.

Parece existir también cierto consenso en que un sistema penal de responsabilidad vinculado a realidades ontológicas previas, a estructuras lógico-objetivas prejurídicas cuyo paradigma es el hombre sujeto-individual, no puede resultar idóneo para fundar una responsabilidad propiamente penal de los entes colectivos. Por ello, no debe sorprender que, con respecto a las sanciones que se aplican a las personas jurídicas, se haya recurrido al fácil expediente de utilizar toda clase de fórmulas terminológicas para evitar llamarlas penales.

Así, GRACIA propone la aplicación de “medidas no sancionadoras de carácter preventivo, asegurativo o reparatorio” que en nada difieren de las sanciones que actualmente se aplican a los entes colectivos⁴⁵⁶. Las medidas contempladas en el artículo 129 del Código Penal español y la multa asociacional del párrafo 30 del OWiG en su formulación original, son consideradas “consecuencias accesorias”. En virtud de tales medidas o consecuencias se sanciona (son medidas punitivas que afectan derechos fundamentales) pero sin denominarlas sanción y se caracterizan por ser impuestas por los tribunales de justicia con competencia en lo penal ante la comisión de un delito. Tales elementos coinciden materialmente con el concepto de pena dando lugar a un evidente fraude de etiquetas que busca eludir la cuestión de fondo sobre cuáles son los fundamentos de tales consecuencias en claro desmedro de las garantías que deben presidir la imposición de cualquier sanción penal.

El mismo fraude de etiquetas puede observarse cuando se pretenden sortear los problemas dogmáticos que implica responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, mediante la aplicación de sanciones administrativas,

⁴⁵⁶ GRACIA MARTÍN, L., op. Cit., pág. 90.

estimando que esta sola denominación autoriza al Estado a ejercer el *ius puniendi* con total prescindencia de los principios constitucionales limitadores y legitimadores de tal facultad. Reiterando las palabras de SCHÜNEMANN, es evidente que con dicha nomenclatura no se puede obviar la problemática constitucional de si estas sanciones se asemejan en cuestiones relevantes a las penas, es decir, si en función de su contenido y efectos, independientemente de su denominación, les son aplicables determinadas garantías y principios de atribución.

Así se explica que, a diferencia del clásico Derecho Administrativo sancionador, el moderno Derecho de Contravenciones en Europa se apoye en las categorías y reglas penales, y que ello haya importado el traslado de los mismos problemas que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas a esta sede. Si las soluciones ofrecidas por este *tertium genus* se fundan en los principios básicos del Derecho Penal, hablar de responsabilidad “cuasi-penal”, versus una responsabilidad propiamente penal de la persona jurídica, resulta una mera diferencia terminológica.

Ese edificio teórico, construido bajo el paradigma del “caballero y el ladrón”, no debe considerarse un obstáculo inamovible. El debate se abre y se hace posible el replanteamiento de esta cuestión desde que se asume que, en la sociedad moderna, la formación del sistema jurídico penal debe guiarse por las finales del Derecho Penal, es decir, desde que el contenido de los conceptos fundamentales de la dogmática jurídico penal atiende a las necesidades político criminales de prevención de determinados comportamientos socialmente dañinos.

En cuanto a la capacidad de acción de las personas jurídicas, concuerdo con TIEDEMANN en el sentido de que, en un Derecho Penal que protege preventivamente bienes jurídicos, la relación entre el sujeto y el hecho antijurídico, está fundada en la necesidad de motivación para la protección de bienes jurídicos, esto es, en el diálogo normativo entre la norma y los

destinatarios de la norma. En la relación sujetos y bienes jurídicos colectivos de carácter económico, las empresas son los principales destinatarios de las normas penales. La evitabilidad del resultado que es lo que fundamenta la motivación es perfectamente posible tanto en una persona física como en una persona jurídica, como la empresa que precisamente suele analizar las esferas de lo permitido para actuar.

Sostener que las personas jurídicas no son sujetos activos de delitos significaría que las normas penales que son dirigidas fundamentalmente a empresas, que es prácticamente todo el Derecho Penal económico, no cumplen con la función de motivación que la existencia de la norma sustenta, por lo que es previsible, como ya sucede, un déficit en su función de prevención general⁴⁵⁷.

Con respecto a la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, me parece evidente que, si se quiere dar alguna cabida a tal categoría en un Derecho Penal de entidades colectivas, su contenido debe ser construido o interpretado de manera que no suponga un poder fáctico de actuar de otro modo ligado al libre albedrío humano.

El único modelo de solución que permitiría aplicar las categorías de la teoría del delito sin efectuar ninguna adaptación porque supone que los mecanismos de imputación existentes permiten sancionar tanto a personas físicas como a personas jurídicas, es el de JAKOBS. Pero la especial originalidad de la concepción sistémica de JAKOBS y su peculiaridad más discutida, esto es, la total absorción de la culpabilidad en el concepto de prevención general, difícilmente encontrarían acogida en la discusión dogmática chilena dado su escaso grado de desarrollo post finalista.

Mayor acogida podrían encontrar las soluciones ofrecidas por TIEDEMANN y SCHÜNEMANN, porque el concepto de culpabilidad por defectos de organización propuesto por el primero y el nuevo principio de legitimación

⁴⁵⁷ En este sentido, ZÚÑIGA L., op. Cit., pág. 231.

elaborado por el segundo, el estado de necesidad del bien jurídico, se propugnan sólo respecto de los entes colectivos, por lo que serían adoptables en un sistema especial aplicable a las personas jurídicas, manteniéndose la vigencia de las categorías y principios clásicos en el Derecho Penal individual⁴⁵⁸.

La propuesta de elaborar un sistema especialmente diseñado para las personas jurídicas, no implicaría renunciar a los principios fundamentales de un Derecho Penal garantista, sino muy por el contrario. Se trata de hacer frente al fraude de etiquetas que ha permitido que la lucha contra criminalidad empresarial prescinda de criterios racionales de atribución desbordando los presupuestos garantísticos de sancionabilidad en un Estado de Derecho.

Lo que está claro es que, siendo el sujeto de imputación diferente a aquel en base al cual se han diseñado las categorías y principios del Derecho Penal liberal, los nuevos principios y categorías del modelo especial deben ser diseñados considerando las especiales características del mismo.

Por ello, la necesaria adaptabilidad de los principios y la posible necesidad de crear nuevas figuras de imputación, no debe ser interpretada como una extrema funcionalización del sistema que llegue a flexibilizar las categorías al punto de vaciarlas de contenidos garantísticos en miras a la eficacia en la prevención de estos ilícitos. Tal adaptabilidad, que se explica por la demanda de eficacia y que es necesaria por las particulares características de la fenomenología criminal que analizamos (características del bien jurídico, formas de ataque, sujetos de afectación), estaría justificada siempre que se haga desde el núcleo de los principios penales, los que mantendrían su función de paradigma en todo el sistema punitivo.

En todo caso, es claro que la discusión en torno a la vigencia de los principios clásicos del Derecho Penal, en lo relativo a la responsabilidad penal

⁴⁵⁸ Aunque, ya decíamos, es discutible aún en el ámbito del Derecho Penal económico individual que la rigidez de tales categorías o principios pueda conservarse.

de las personas jurídicas, se centra en el principio de culpabilidad. Cabe entonces preguntarse si en Chile el principio *nulla poena sine culpa* se encuentra consagrado a nivel constitucional y si se concibe de modo tal que resulta incompatible con el reconocimiento de tal responsabilidad.

En el Derecho Constitucional chileno el debate se ha centrado en torno al artículo 19 N° 3 inciso 6, que establece que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Sobre esta disposición se ha señalado que puede fundamentarse la condición de derecho vigente del principio de culpabilidad.

No obstante, la justificación amenaza ser circular, porque la regla constitucional parece moverse en dos planos, uno sustantivo, que hace referencia a la determinación de los presupuestos de la responsabilidad penal, y otro procedimental, que determina la acreditación de la concurrencia de esos presupuestos.

El sentido de la regla es que todo aquello que, sustantivamente, sea requisito de la responsabilidad penal, desde un punto de vista procedimental, no puede darse por acreditado sino que tiene que estar sujeto, por lo menos, a controvertibilidad en el proceso, en otras palabras, la ley relativa al procedimiento tiene que aceptar como mínimo, el carácter controvertible de la afirmación de la concurrencia de los presupuestos de responsabilidad determinados por la ley sustantiva.

Pero dicha norma no fija cual es el contenido de los presupuestos que deben ser exigidos por la ley sustantiva, es decir, no establece restricciones para la regulación sustantiva de los presupuestos de la responsabilidad penal. Por lo tanto, para sostener que determinada regulación es inconstitucional porque prescinde de ciertos presupuestos de la responsabilidad penal, se tiene que demostrar que ciertos presupuestos son inherentes al concepto de responsabilidad penal, que constituyen su contenido indisponible, pero esta regla por si sola no basta para demostrar cuáles son estos elementos. Así, se

cae en un argumento circular cuando se invoca una regla que presupone un concepto para demostrar el contenido de ese concepto.

Por ello, la alusión a la referida norma constitucional no responde, en términos dogmáticos, la pregunta de cuál es el concepto constitucional de culpabilidad y por qué ésta es un presupuesto inherente de la responsabilidad penal, cuestión que sigue abierta a menos que se opere en el sentido de que la disposición sólo prohíbe presunciones procedimentales y, en lo que respecta a la regulación sustantiva, no establece restricciones.

En este escenario, es posible afirmar que un sistema legal que contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría prescindir de la culpabilidad como elemento integrante de ésta (considerando un principio de legitimación diverso) o redefinirla de manera distinta a como se concibe para las personas naturales, sin que ello sea inconstitucional, dado que a nivel supralegal lo único que ciertamente se exige es que la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad penal –cuyo contenido estaría determinado a nivel legal- no puede presumirse, es decir, no puede darse por probado.

Necesidad político criminal de reconocer una responsabilidad propiamente penal de las personas jurídicas. Ventajas de la opción por la vía penal o la administrativa.

Llegado a este punto cabe preguntarse si la opción por la vía penal para sancionar a las personas jurídicas es más satisfactoria desde el punto de vista de las garantías y más eficaz desde la óptica de la prevención de los delitos que la vía administrativa. Ello porque, si se predica un cierto grado de asimilación de garantías en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador y, en la práctica, las penas que se aplicarían a las empresas son las mismas sanciones que impone la Administración, entonces no habría ninguna diferencia visible entre optar por una u otra vía.

Como ventajas de la vía administrativa se señalan las siguientes:

1) La conveniencia en poder evitar el costo dogmático de tener que revisar los conceptos clásicos del Derecho Penal.

2) La necesidad de una alta capacitación técnica de sus funcionarios, la celeridad del procedimiento, la movilidad de la materia que requiere sistemas de regulación más flexibles que los penales, características todas que denotan mayor efectividad en la intervención.

3) Las normas del procedimiento penal están pensadas para garantizar los derechos fundamentales de la persona y ello constituiría un gran obstáculo para la eficacia en la persecución de estos delitos, lo que se evitaría mediante el procedimiento administrativo.

Con respecto a lo indicado en el punto 1), me parece que la revisión de los principios clásicos del Derecho Penal es perfectamente posible desde la perspectiva de las modernas concepciones funcionalistas que buscan dar soluciones sociales a los problemas jurídicos. La decisión del carácter de la intervención no puede estar dada por la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas manteniéndonos anclados a un edificio teórico que hoy exige revisión también respecto a las nuevas formas de criminalidad en el Derecho Penal individual.

Como lo indicara en su oportunidad, el criterio racional para decidirse por una u otra vía debe fundarse en el principio de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal, donde el eje de la selección esta dado por la importancia del bien jurídico y por su forma de ataque, independientemente si el autor es una persona natural o jurídica.

Además debe considerarse que, en materia de responsabilidad administrativa, también ha operado una revisión de conceptos desde que se empieza a predicar con respecto a la persona jurídica la imputación subjetiva.

Sobre la afirmación del punto 2), cabe señalar que la celeridad y flexibilidad de los procedimientos administrativos no puede considerarse un argumento decisivo ya que ninguna de estas características es incompatible con el diseño de un procedimiento idóneo para sancionar penalmente a los entes colectivos. La inadecuación de la vía penal y las deficiencias del proceso, son problemas posibles de subsanar.

Por otra parte, la renuncia absoluta al instrumento estigmatizante que supone la pena criminal, considerando que los ilícitos corporativos son campo exclusivo de la sanción administrativa, conlleva el riesgo, desde el punto de vista político criminal, de una peligrosa bagatelización de todos estos comportamientos. La función disuasoria que cumple la pena criminal por su efecto estigmatizante con respecto a las empresas, se explica porque el estatus de condenado y la afectación del nombre y reputación de ésta repercutirán inevitablemente en sus expectativas de ganancia, y este cálculo económico, el afán de lucro, es el móvil que guía las actuaciones de la empresa.

En lo que se refiere, ya no a la naturaleza de la sanción, sino a su *quantum*, concuerdo con SCHÜNEMANN en el sentido que sanciones verdaderamente disuasivas no se pueden legitimar en un Estado de Derecho con criterios extrapenales. La eficacia disuasoria de la sanción pecuniaria que no excede el límite de la bagatela en el mundo de las grandes finanzas es muy limitada y puede dar lugar a resultados injustos y contraproducentes. Porque la empresa cuenta, de antemano, con ella, la incluye en el pasivo exigible, como dato contable, y la repercute en el precio final del bien o servicio, como integrante del costo, pagándola, de hecho y sin saberlo, el consumidor.

Si hay algún criterio que diferencia a la pena de las sanciones administrativas, es la procedencia del proceso penal. Éste hace posible la intervención de un órgano autónomo de investigación y persecución, hace procedente la adopción de medidas afectadoras de la libertad, etc. En cuanto el proceso penal sea pertinente, hay una expresión de diferencia cualitativa desde

el punto de vista del interés público, es decir, de la valoración social de los intereses afectados.

Ello revelaría por qué la función disuasoria se puede explicar no tanto por la efectiva aplicación de la sanción penal, sino por la propia “puesta a disposición” del proceso penal. Como señala MAZZACUVA, que el proceso opera como “pena” es un hecho evidente en lo tocante a la comisión de delitos que ya durante el proceso conllevan restricciones de libertad con una función cautelar, aunque también es evidente como el inicio del procedimiento penal, y el conocimiento de ello en el restringido ámbito de quienes operan un determinado sector, puede constituir ya de manera inmediata una temible sanción en relación con un determinado comportamiento; y pueden conllevar, también, un efecto disuasorio con respecto a la realización de la conducta disvaliosa, que no admite comparación con el que –eventualmente- se obtiene de las previsiones de las sanciones administrativas⁴⁵⁹.

El reconocimiento de determinadas garantías procesales derivadas del debido proceso penal, no importan un obstáculo a la persecución del delito sino, por el contrario, su existencia autoriza, durante el curso del proceso, a decretar una serie de medidas restrictivas de derechos, que permiten proveerse de medios probatorios o adoptar resguardos cautelares, instrumentos que aportan una eficacia en la persecución que la Administración sólo puede poseer de manera muy limitada si procede mediante procedimientos que no contemplan tales garantías. Por esta razón, a propósito de lo indicado en el punto 3), me parece erróneo pensar que un procedimiento menos garantista obtiene mayor eficacia.

Además, el reconocimiento de las garantías penales básicas, tanto procesales como sustantivas, en el Derecho sancionador económico adquiere una importancia redoblada, ya que su aplicación proporciona mayor seguridad

⁴⁵⁹ MAZZACUVA, N., “Sanciones administrativas y sanciones penales en materia de ilícitos societarios”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 686.

jurídica, en un sector donde es tan importante como es el de la actividad empresarial.

La opción político jurídica por el Derecho Penal se muestra más conforme con los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, pilares de la concepción liberal y democrática del Derecho, y aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Ello hace más difícil para el infractor la utilización de las técnicas de neutralización del juicio de desvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirve con frecuencia frente a la actividad sancionadora de las Administraciones públicas.

Rol de la Administración.

Conforme a los principios generales sobre la intervención penal del Estado (intervención mínima, como *ultima ratio*, subsidiaria y fragmentaria), sólo las infracciones más graves que supongan la lesión o puesta en peligro concreto de bienes jurídicos fundamentales corresponden al Derecho Penal. Demás está decir que la pretensión de exigir una intervención formal de los tribunales de justicia para la sanción de toda infracción cometida en el seno de una empresa es simplemente utópica.

Pero además de la facultad que conserva la Administración para la sanción de las infracciones no constitutivas de delitos, tiene tanto respecto a éstas como a los delitos propiamente tales, un rol esencial de control y vigilancia que exige, ante todo, modernizar y dotar suficientemente a la Administración de la necesaria infraestructura, pues sin la meticulosa vigilancia, control e inspección no podrá llevar a cabo aquélla imprescindible función preventiva, anticipándose al comportamiento criminal.

La intervención y control que reclama para sí el Estado intervencionista no puede ser desmesurado porque con ello se corre el riesgo de conculcar la libre

empresa. Por ello un justo equilibrio debe existir entre, dejar que las empresas mismas establezcan criterios de autorregulación, es decir, programas de control interno que determinen normativamente el deber objetivo de cuidado de los responsables de la empresa, como sucede en Estados Unidos, y la necesidad de regular a las organizaciones empresariales para que los riesgos de sus actividades no desborden y produzcan daños a la sociedad.

ASPECTOS QUE DEBE CONSIDERAR UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

La simple introducción en el ordenamiento jurídico de una norma previendo la responsabilidad de las personas jurídicas no resulta una solución mientras no se determinen previamente los presupuestos de dicha responsabilidad, dejando sentado que no es admisible una mera responsabilidad por la infracción objetiva de la norma.

Presupuestos de imputación

Cualquiera sea el modelo que se adopte para el diseño de un sistema especial, es fundamental la consideración de los dos elementos que, a mi juicio, permiten calificar un hecho como una acción o comportamiento institucional o corporativo. Estos son:

En primer lugar, el hecho ilícito debe cometerse en beneficio de la empresa, con lo que quedan excluidas las infracciones de quienes desarrollan actividades en ella pero actúan en interés propio. Ello es lógico, toda vez que el cálculo de las ventajas y desventajas, el mayor o menor lucro son, en definitiva, los factores que generan una decisión corporativa o institucional.

En segundo lugar, dado que el comportamiento ilícito, materialmente hablando, es ejecutado por personas naturales, la responsabilidad de la

empresa se fundaría en la omisión de los deberes de vigilancia, control y recta organización de sus actividades. En otras palabras, no se trata de imputar lisa y llanamente el comportamiento de una persona natural que actúa en nombre o en beneficio de la empresa, sino de fijar criterios que permitan determinar por qué ese hecho importa responsabilidad para la empresa.

En este sentido, y relacionado con la idea de responsabilidad por un defecto de organización, los criterios del poder y la aceptación establecidos por la jurisprudencia holandesa permitirían distinguir cuando la imputación subjetiva se efectúa a título de dolo o culpa. La persona jurídica debe tener un poder sobre la persona que actúa para prohibir o regular un comportamiento que, de acuerdo al “contexto social”, puede calificarse como acción de la persona jurídica. Además, debió aceptar el comportamiento punible o al menos haberlo tolerado en el pasado. Así, el conocimiento de la comisión (eventual) de infracciones a nivel de dirección, sin que se hayan tomado las medidas de prevención porque se acepta la situación, fundaría la imputación a título de dolo, en cambio, si tales medidas se omiten porque se subestima la situación, la imputación sería a título de culpa.

Claro está que tales distinciones no serían necesarias en un sistema que prescindiera de la culpabilidad como criterio de atribución de responsabilidad, como es el caso del modelo propuesto por SCHÜNEMANN. En todo caso, siempre será necesaria la definición del círculo de autores cuyo comportamiento vincula a la persona jurídica.

Con respecto a este último punto, me parece que no resulta conveniente fundar la responsabilidad de la empresa en nociones tan restrictivas como la teoría del órgano o *alter ego*. Ello haría responsable a la persona jurídica sólo por las actuaciones realizadas por quienes tienen poderes formales de decisión y representación y, siempre y cuando, éstos hayan realizado una acción culpable cuando, precisamente, el problema es el de individualizar responsabilidades en organizaciones complejas y jerarquizadas. Así, una visión

más pragmática como la del Derecho holandés, que sólo exige una relación de hecho entre la persona natural y la jurídica, admite que el hecho de conexión que genera responsabilidad para la empresa pueda estar dado por las actuaciones de dirigentes y representantes de hecho. Por otra parte, al menos en el ámbito de los delitos imprudentes, es decir, de las infracciones que respondan a una política empresarial negligente de años no reconducible a una persona específica, la responsabilidad de la empresa debería ser directa incluyendo las hipótesis de culpa anónima o difusa y los casos de culpa agregada.

Proceso penal: sujeto y garantías del imputado

La incapacidad de delinquir de las personas jurídicas en el derecho sustantivo, tiene su necesario correlato en el proceso penal en su incapacidad procesal. La capacidad procesal puede ser considerada bajo dos aspectos: como aptitud para asumir la condición de imputado, esto es, ser sujeto de la relación procesal penal (capacidad de ser parte) y como aptitud para intervenir válidamente en el proceso con capacidad de proveer a su defensa.

El proceso penal sólo le otorga capacidad procesal de ser parte a la persona física. La calidad de imputado, de ser capaz de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, la adquiere toda persona física viva. Ello se extrae de las normas referidas a la calidad de imputado (artículo 7 Código Procesal Penal) y de las diversas normas legales, constitucionales y las contenidas en tratados internacionales de derechos humanos, referidas a los derechos y garantías de éste en el proceso penal.

Aceptar que con respecto a una persona jurídica se formalice una investigación y, en definitiva, se le acuse por uno o más delitos determinados, mediante una simple equiparación de las normas diseñadas para el imputado persona física, es inadmisibles a la luz del artículo 5 inciso 2 del Código Procesal

Penal. Dicha norma señala que las disposiciones que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía⁴⁶⁰. Por lo tanto, no podrá procederse contra una persona jurídica a menos que el legislador contemple en el procedimiento penal una regulación expresa que lo permita.

Las primeras necesarias definiciones serán la de quién comparece en nombre de la empresa imputada, la persona natural que tenga la calidad de representante legal de la persona jurídica o las personas físicas que fundamentan la responsabilidad de la persona jurídica (las que han intervenido en el hecho de conexión) y cómo las garantías jurídicas previstas para el imputado y acusado por el Código Procesal Penal, por la Constitución y los tratados internacionales, deben aplicarse a la persona jurídica⁴⁶¹.

Si quien comparece en nombre de empresa es la persona natural representante legal de la persona jurídica, en la medida que en el ilícito cometido por la persona jurídica pueden intervenir diversas personas naturales distintas del representante, circunscribir la aplicación de los derechos del imputado sólo a este último podría anular los efectos de tales derechos.

⁴⁶⁰ Sin perjuicio de ello, la interpretación analógica de las normas de procedimiento para aplicarlas a las personas jurídicas puede llegar a soluciones absurdas. Piénsese por ejemplo, que de acuerdo al artículo 250 letra d) del Código Procesal Penal, el juez de garantía puede decretar el sobreseimiento definitivo cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado. De acuerdo al artículo 93 N° 1 del Código Penal, la responsabilidad penal se extingue por la muerte del responsable. ¿Cabría, entonces, sobreseer a la persona jurídica cuando los socios han decidido su disolución antes de la dictación de la sentencia ejecutoriada?

⁴⁶¹ Por ejemplo, sobre las garantías constitucionales en materia procesal, la jurisprudencia argentina en el fallo Carbel sostuvo que: “Reconociendo la procedencia del *juzgamiento de la persona jurídica*, y estando acreditada en autos la materialidad de los hechos reprochados, constitutivos del delito de contrabando y habida cuenta de la *empresa procesada* actuó a través de sus órganos y que estuvo representada a lo largo del juicio por su legítima representante, gozó de la debida *asistencia letrada*, fue oportunamente *indagada* sobre los hechos a través de su representante legal, fue *acusada* y habiendo su *defensa técnica contestado el traslado y ofrecido prueba, corresponde dictar sentencia* respecto de la misma...”. Fallo citado por CATANIA, A.J., op. Cit., pág. 192.

Por ello, en esta hipótesis, cabría preguntarse, si podrán utilizarse las garantías del imputado por todas las personas físicas que fundamentan la responsabilidad de la persona jurídica. Por ejemplo, privarlos del derecho a guardar silencio⁴⁶² haciéndolos participar en el proceso en calidad de testigos, podría implicar indirectamente la vulneración de tal principio con respecto al imputado que, por su propia naturaleza, no puede comparecer⁴⁶³.

Causales de justificación

La presencia de la legítima defensa como justificante se torna, por su propio contenido, contraria a los caracteres esenciales del sistema económico.

Las ventajas que puede procurarse una empresa mediante la comisión de ilícitos económicos pueden importar una agresión que ponga en una situación bastante difícil a las empresas competidoras, quienes estarían justificadas en su actuar si realizaran una conducta típica para poder subsistir como empresa.

La legítima defensa no puede ser esgrimida por una persona jurídica como justificante de su acción típica, ya que ello conlleva la formación de una “espiral delictiva económica”, que produce efectos nocivos tanto en el ámbito del mercado de competencias en que se produjo como así también en la economía general.

⁴⁶² Artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal en relación a artículo 19 N°7 letra f) de la Constitución Política de la República.

⁴⁶³ VERVAELE, J., op. Cit., pág. 501, señala que en un caso reciente suscitado en Holanda, el Ministerio Fiscal interrogó a personas físicas en el seno de una empresa como testigos, desatendiendo el derecho al silencio y la obligación de información de este derecho (*cautio*), previsto por el artículo 29 del Código Procesal Penal, práctica confirmada por el Tribunal de Apelación de la Haya (caso Van Der Valk, 19 de junio de 1996), pero criticada ya fuertemente por la doctrina.

Sanciones en particular.

En el Derecho comparado se aplican las siguientes penas a las personas jurídicas:

a) La cancelación de la personalidad jurídica.

Importa la disolución de la entidad, equiparable a la pena de muerte, por ello debe reservarse para los casos más graves.

En todo caso, cabe tener presente que dicha sanción puede favorecer a los integrantes de la sociedad que ha delinquido, tomando en cuenta que los beneficios de origen fraudulento suelen incorporarse al patrimonio social por lo que en la mayoría de los casos será necesario que vaya acompañada de otras medidas accesorias como la confiscación.

b) La multa.

En las legislaciones que han acogido la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye la pena principal.

Las multas para ser efectivas deben ser importantes si pretenden alcanzar una real repercusión en la corporación, pero si el costo social que provoca la sanción es mayor que el efecto beneficioso que se espera de su aplicación, la razón de su imposición desaparece. Esparcir sus efectos sobre terceras personas que ninguna relación han tenido con el hecho de la trasgresión (empleados, acreedores, público en general) es extraño al pretendido fin corrector de la disfuncionalidad que se atribuye a la pena, por lo tanto, las consecuencias de la multa deben ser tenidas en consideración al determinar su cuantía.

Además, se debe evitar que el costo de la multa se traslade a los precios ya que la sanción se diluye si la empresa desplaza la erogación hacia el costo del producto. En todo caso, dicha aprensión se atenúa si se considera que el mecanismo de los mercados, con frecuencia, no admite tales aumentos arbitrarios de precios.

c) La suspensión total o parcial de actividades o prohibición de realizar determinadas actividades funcionales y operaciones de manera temporal o definitiva.

d) La pérdida de beneficios estatales.

En el contexto económico actual, la actividad empresarial, para su desarrollo, recurre permanentemente a los subsidios, beneficios tributarios, créditos, licitaciones y otros medios operativos. Es natural que el aprovechamiento distorsionado de tales mecanismos acarree su contrapartida, es decir, la decisión del Estado de privar de ese beneficio, por ejemplo, la prohibición de obtener subvenciones de la Unión Europea.

e) Publicidad de la sentencia.

En el ámbito del mercado, la publicidad de la sentencia, realizada a costa de la persona jurídica, genera efectos significativos, no sólo por la ejemplaridad de la sanción en sí misma, sino también porque importa una descalificación del agrupamiento societario. Opera como una real agravante de la pena (de multa por ejemplo), aunque se ubique como pena autónoma.

f) La confiscación, pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.

Aparte de aplicar la pena, siempre hay que privar a la persona jurídica de la ganancia ilícita obtenida del delito, ya sea mediante la misma multa, ya a través de un mecanismo particular como el de la confiscación especial. Dejar el beneficio ilícito al autor o a su empresa sería una inusitada forma de incitar a cometer delitos económicos sin un verdadero riesgo, es decir, sin riesgo económico.

g) La sujeción a la vigilancia de la autoridad de la actividad de la persona jurídica.

Dentro de las sanciones que pueden imponerse a una persona jurídica esta es de aquellas que inciden en menor medida sobre los derechos de los socios y trabajadores y es, por tanto, de aquellas que deben aplicarse con prioridad.

También puede ser planteada como medida de seguridad, cuyo objetivo es salvaguardar los derechos de trabajadores y acreedores. De acuerdo al artículo 23 del Código Penal chileno ésta podrá imponerse como pena accesoria o medida preventiva.

La aplicación de todas estas sanciones a la persona jurídica debe estar orientada por el principio de proporcionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, mantendrían su vigencia las salidas alternativas del proceso penal como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional, supeditado a la prestación obligatoria de determinados servicios. Por ejemplo, en materia de medio ambiente, sería factible establecer –como lo hace la ley brasileña 9605 (12/2/1998)- la obligación de hacerse cargo de los costos de programas y proyectos ambientales, la ejecución de obras de recuperación en las áreas degradadas, el mantenimiento de espacios públicos y la entrega de contribuciones de distinto orden a las entidades protectoras del medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

ACHENBACH, Hans, "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", En: Schünemann, Bernd, comp., "El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales", Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 134 a 146.

ACHENBACH, Hans, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", En: "Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal", Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 381 a 407.

AFTALIÓN, Enrique, "Derecho Penal Administrativo", Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955.

BACIGALUPO, Silvina, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

BAIGÚN, David, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico", Ed. De Palma, Buenos Aires, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial", Ed Civitas, 1° edición, Madrid, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Derecho Penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales", En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo", Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 63 a 80.

BARBERO SANTOS, Marino, “¿Responsabilidad penal de la empresa?”, En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, págs. 25 a 42.

BARROS BOURIE, Enrique, “Curso de Derecho de obligaciones. Responsabilidad Extracontractual”, Texto de estudio para el curso especializado de Responsabilidad Civil Extracontractual preparado con la participación de los ayudantes Eduardo Ugarte D. y Alejandro Vícari V., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2001.

BERNARDI, Alessandro, “El Derecho Penal entre la globalización y el multiculturalismo”, En: Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, N°4, Ed. Legis, Bogotá, julio – septiembre 2003, págs. 5 a 42.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “La responsabilidad de las personas jurídicas”, En: Derecho Penal Hoy, Homenaje al profesor David Baigún, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 15 a 26.

CATANIA, Alejandro Javier, “Delitos económicos, responsabilidad de la persona jurídica, ley penal tributaria, delitos de daños, necesidad, medios y problemas”, En: Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho? N°2, Ed. Fabian J. Di Pacido, Buenos Aires, diciembre 2001, págs. 159 a 203.

COUSIÑO MAC IVER, Luis, “Derecho Penal chileno: parte general”, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 1° edición, Santiago de Chile, 1975.

CURY URZÚA, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, tomo I y II, Ed. Jurídica de Chile, 2° edición, Santiago de Chile, 1992.

DANNECKER, Gerhard, “Sanciones y principios de la parte general del derecho de la competencia en las comunidades europeas”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pags 545 a 564.

DE DOELDER, H., “La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 497 a 499.

DE FARIA COSTA, José, “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos”, En: “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal” Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 425 a 443.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa”, En: Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, N°1, Ed. Legis, Bogotá, octubre – diciembre 2002, págs. 35 a 76.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord), “Código Penal alemán StGB, Código Procesal penal alemán StPO”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

FERRE OLIVE, Juan Carlos, “Derecho Penal y competencias de las comunidades europeas”, En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, págs. 275 a 291.

FRANK, Tom, “Las mil y una estafas de Enron”, En: Empresas y Estafas, Selección de artículos de Le Monde Diplomatique, N° 50, Ed. Aún Creemos en los Sueños, Santiago, Chile, 2006, págs. 35 a 40.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "Reflexiones criminológicas y político criminales sobre la criminalidad de cuello blanco", En: Derecho Penal Hoy, Homenaje al profesor David Baigún, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 545 a 565.

GARRIDO MONTT, Mario, "Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito", tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2º edición, Santiago de Chile, 2001.

GRACIA MARTÍN, Luis, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante en la empresa en el Derecho Penal español (Estudio específico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una actuación en lugar de otro)", En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo", Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 81 a 124.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español", En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo", Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 187 a 208.

JAKOBS, Günther, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza", En: "Estudios de Derecho Penal", Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 209 a 222.

JAKOBS, Günther, “La imputación Objetiva en el Derecho Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002

JESCHECK, Hans-Heinrich, “El delito de omisión”, En su: “Tratado de Derecho Penal Parte General”, Ed. Comares, Granada, 1993, págs. 543 a 583.

KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva: estado de la cuestión”, En: “Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra”, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 71 a 90.

LABAUT GLENA, Gustavo, “Derecho Penal” (parte general), tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 4º edición, Santiago de Chile, 1963.

LAÏDI, ALI, “La guerra económica, el eterno drama de las grandes potencias”, En: Empresas y Estafas, Selección de artículos de Le Monde Diplomatique, N° 50, Ed. Aún Creemos en los Sueños, Santiago, Chile, 2006, págs. 45 a 55.

LASCANO, Carlos, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, En: “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”, libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2001, págs. 349 a 389.

MARTÍNEZ - BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Derecho Penal Económico: parte general”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

MESTRE, Aquiles, “Las personas morales y su responsabilidad penal; asociaciones, corporaciones y sindicatos”, Góngora Casa Editorial, Madrid, España, [19--].

MILITELLO, Vincenzo, “La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia”, En: “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal” Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 409 a 424.

MUNOZ CONDE, Francisco, “Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 265 a 283.

NIETO MARTÍN, Adán, “Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia”, En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, págs. 111 a 136.

NOVOA MONREAL, Eduardo, “Curso de Derecho Penal chileno: parte general”, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960.

PAGLIARO, Antonio, “Límites a la unificación del Derecho Penal europeo”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 689 a 696.

PALIERO, Carlo Enrico, “La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 469 a 491.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Sobre el concepto de Derecho Penal del Riesgo: algunas notas”, En: Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, N°4, Ed. Legis, Bogotá, julio – septiembre 2003, págs. 111 a 130.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, "El autor detrás del autor: De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", En su: "Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes", Ed. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 2000, págs. 333 a 414.

RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio Mateos, "Derecho Penal y protección del medio ambiente", Ed. Colex, Madrid, 1992.

ROSTAD, Helge, "Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego", En: "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo", Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 519 a 522.

ROXIN, Claus, "Sobre la autoría y la participación", En: "Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho", Libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, págs. 55 a 70.

ROXIN, Claus, "Dogmática jurídicopenal y sistema del Derecho penal ", En su: "Derecho Penal. Parte General", Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 190 a 231.

ROXIN, Claus, "Evolución de la teoría de la autoría y la participación en la doctrina", En su: "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal", Ed. Marcial Ponds, Madrid, 2000, págs. 688 a 758.

RUSCONI, Maximiliano, "Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico", En: "Delitos no convencionales", compilado por Julio B. J. Maier, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, págs. 169 a 185.

RUSCONI, Maximiliano, “Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?”, En: Derecho Penal Hoy, Homenaje al profesor David Baigún, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 69 a 89.

RUSCONI, Maximiliano “Cuestiones de Imputación y responsabilidad en el Derecho Penal Moderno”, Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, En: Schünemann, Bernd, comp., El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 147 a 178.

SCHÜNEMANN, Bernd “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 565 a 600.

SCHÜNEMANN, Bernd, “La culpabilidad: estado de la cuestión”, En: “Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra”, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 91 a 128.

SERGI, Natalia, “La posibilidad –incompleta- de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas”, En: Revista Nueva Doctrina Penal 2003/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, septiembre 2003, págs. 185 a 212.

SIEBER, Ulrich, “Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal Económico europeo”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 601 a 620.

SILVA FERNÁNDEZ, Pedro, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, En: Revista de Ciencias Penales, tomo IV, 1938, págs. 317 y sgtes.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Introducción”, En: Schünemann, Bernd, comp., “El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 11 a 22.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español”, En: “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal”, Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 357 a 379.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Ed. Civitas, 2º edición, Madrid, 2001.

TIEDEMANN, Klaus, “Poder económico y delito: (introducción al derecho económico y de la empresa)”, Ed Ariel, Barcelona, 1985

TIEDEMANN, Klaus, “Lecciones de derecho penal económico: (comunitario, español, alemán)”, 1º edición, PPU, Barcelona, 1993.

TIEDEMANN, Klaus, “El Derecho Penal Económico en la Comunidad Europea”, En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, págs. 235 a 254.

TIEDEMANN, Klaus, “Reglas y garantías de la comunidad europea en materia penal administrativa”, En: Estudios de Derecho Penal Económico, edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, págs. 255 a 274.

VERVAELE, John, “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Historia y desarrollos recientes”, En: Revista Nueva Doctrina Penal 2003/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, noviembre 2003, págs. 485 a 519.

VIRGOLINI, Julio E. S, “Crímenes excelentes: (Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción)”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, En: “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo”, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 723 a727.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”, 2º edición, Ed. Aranzadi, Elcano, Navarra, 2003.

NÓMINA DE LEYES

Código Penal Chileno. Santiago, Chile, 12 de octubre de 1974.

Código de Procedimiento Penal. Santiago, Chile, 13 de febrero de 1906.

Código Procesal Penal. Santiago, Chile, 12 de octubre del 2000.

Código Tributario. Santiago, Chile, 31 de diciembre de 1974.

Decreto Supremo N° 511. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fijó normas para la defensa de la libre competencia. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile, 27 de octubre de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N° 3. Fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que indica. Santiago, Chile, 19 de diciembre de 1997.

Decreto Ley N° 3.538. Crea la Superintendencia de Valores y Seguros. Ministerio de Hacienda. Santiago, Chile, 23 de diciembre de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N° 251. Sobre Compañías de Seguro, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Santiago, Chile, 22 de mayo de 1931.

Ley N° 18.045. Ley de Mercado de Valores. Santiago, Chile, 22 de octubre de 1981.

Ley N° 18.046. Ley sobre Sociedades Anónimas. Santiago, Chile, 22 de octubre de 1981.

Ley N° 18.840. Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Santiago, Chile, 10 de octubre de 1989.

Proyecto de Código Penal. Redactado en cumplimiento del Decreto Supremo N° 2696. Autores: Pedro Silva F. y Gustavo Labatut G. Dirección General de Prisiones, Santiago de Chile, 1938.

