

VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.  
*Polít. crim.* Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 3, pp. 114-142.  
[[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf)]

## **Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Alex van Weezel  
Universidad de Chile  
[avweezel@gmx.de](mailto:avweezel@gmx.de)

### **Resumen**

El presente trabajo de discusión contiene una crítica al establecimiento de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y propone una interpretación y aplicación restrictiva de la Ley N° 20.393. Según el autor, el dilema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que no existe una opción de compromiso que permita considerar a la persona jurídica como sujeto penal en sentido estricto, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien prescindir del principio de culpabilidad. En efecto, si se examina cómo debe entenderse el reproche penal para que sea posible imponer una pena a un sujeto que tiene las características de una persona jurídica, se descubre que tal reproche necesariamente debe ser indiferente a la identidad personal y a la culpabilidad de su destinatario. Por esta razón, se estima que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un cuerpo extraño en el derecho penal chileno, fundamentalmente orientado según el principio de culpabilidad.

### **Palabras clave**

Ley N° 20.393, responsabilidad penal de las personas jurídicas, principio de culpabilidad, non bis in idem, autorresponsabilidad.

### **Zusammenfassung**

Die vorliegende Streitschrift kritisiert die Einführung der Verbandstrafe und schlägt eine restriktive Auslegung des Gesetzes Nr. 20.393 vor. Der Meinung des Verfassers nach ist die Strafbarkeit von Körperschaften und Verbänden mit dem Schuldprinzip in seiner doppelten Dimension von „ne bis in idem“ und Selbstverantwortung nicht zu vereinbaren. Der Grund dafür liegt darin, dass es nicht möglich ist, die juristische Person als einen im Strafrechtssystem gleichberechtigten Teilnehmer anzusehen, und gleichzeitig ihre strafrechtliche Verantwortung mit dem Delikt eines Dritten, der natürlichen Person, zu begründen. Da das Rechtssystem auf die Verantwortung der natürlichen Person auch weiterhin abstellen will, sollte es auf eine strafrechtliche Haftung der juristischen Person verzichten, um das Schuldprinzip zu wahren. Hinzu kommt, dass sich die „Verbandstrafen“ bloß als paralleles System von Nebenfolgen der Bestrafung einer natürlichen Person gestalten. Die Analyse einzelner Bestimmungen des Gesetzes bestätigt die Annahme, daß es sich dabei letzten Endes um eine Erscheinungsform objektiver Haftung handelt.

## Stichwörter

Gesetz Nr. 20.393, Verbandstrafe, Strafbarkeit juristischer Personen, Schuldprinzip, ne bis in idem, Selbstverantwortung.

## Una necesaria introducción.

Se ha hecho habitual leer o escuchar que existe un *exceso* de bibliografía en relación al sí o al no a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues en definitiva se trataría de una decisión político-criminal del legislador. Por otro lado, toda la discusión dependería de los presupuestos teóricos de los que se parte, de modo que hay premisas que conducirán a aceptarla y premisas que necesariamente llevarán a rechazarla. En Chile, a las consideraciones de esta índole y al sentido práctico de sus juristas se suma el hecho de la dictación de la Ley N° 20.393, que justamente establece un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas que la misma ley llama “penal”.<sup>1</sup>

La obtención de conclusiones “deducidas a partir de premisas indemostrables” es una objeción que se ha dirigido desde antiguo a las ciencias del espíritu, incluida la dogmática jurídico-penal. En este último ámbito, sin embargo, la evolución histórica de la disciplina y su índole práctica permiten hasta cierto punto dar por sentadas algunas certezas, de tal manera que, cuando existe discusión sobre ellas, tal discusión apunta más bien a la manera de conseguir que informen con mayor plenitud el derecho vigente. Entre estas certezas se encuentra que la imposición de una pena está sometida a fuertes presiones de legitimación y sólo puede verificarse con el máximo respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, quienes no pueden ser instrumentalizados para alcanzar ciertos fines.

Por generales que puedan parecer, estas afirmaciones básicas tienen consecuencias de la mayor relevancia. En primer lugar, que nunca es correcto bagatelizar la sanción penal. Su imposición es en todo caso algo socialmente grave y, desde la perspectiva individual,

---

<sup>1</sup> La Ley N° 20.393 (2.XII.2009) establece que las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado son penalmente *responsables de los delitos* de cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes *realicen actividades* de administración y supervisión –o por quienes estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los anteriores–, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del *incumplimiento, por parte de la persona jurídica*, de “los” (¿?) deberes de dirección y supervisión. La ley considera que estos deberes de dirección y supervisión se han cumplido especialmente (aunque no exclusivamente) cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica ha adoptado e implementado “modelos” de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido. La misma ley establece las características que deben tener tales modelos. También puede perseguirse la responsabilidad de la persona jurídica cuando, habiéndose acreditado *la existencia* de alguno de los delitos pertinentes y concurriendo los demás requisitos indicados antes, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demuestre que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del *ámbito de funciones y atribuciones propias* de los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión. La ley contempla una escala propia de sanciones, circunstancias modificatorias de la responsabilidad y algunas reglas procesales que incluyen la obligación del Ministerio Público de ampliar la investigación a la persona jurídica. Por cierto, también se establece la *transmisión* de la responsabilidad en caso de transformación, fusión, absorción, división o “disolución de común acuerdo” o voluntaria de la persona jurídica.

rayano en lo intolerable; por lo tanto, ni la multa penal más modesta está al margen de la necesidad de legitimación en el fondo y en la forma. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la prohibición de instrumentalización implica que la pena debe ser de algún modo merecida por quien la sufre, quien además debe tener la posibilidad de comprenderla como una sanción merecida.

Se advierte de inmediato que para llamar “penas” a las cargas que se imponen a las personas jurídicas por los delitos cometidos en su contexto hay que hacerlo en sentido figurado, o bien definir sobre otras bases el reproche penal: las personas jurídicas no sólo se pueden instrumentalizar, sino que ellas mismas son instrumentos para obtener ciertos fines. Esta constatación es muy importante, porque la discusión en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas descansa sobre ella: tal responsabilidad podría llegar, como mucho, a “parecerse” a la responsabilidad penal de las personas naturales. De modo que cuando se habla de una responsabilidad “penal” de las corporaciones se está aludiendo a algo distinto de lo que se ha designado hasta ahora como responsabilidad penal. Como no parece haber dudas al respecto, la discusión se refiere a si corresponde o conviene considerar como penal a esta nueva forma de responsabilidad de los entes morales. Ésta no es simplemente una cuestión de nombres, sino de usos del lenguaje, es decir, del valor comunicativo que poseen ciertas expresiones y la red de conceptos y realidades que le dan sustento.

En esta materia, es posible que la mayor fuente de confusiones sea la siguiente: en la administración de justicia penal conviven intervenciones punitivas y meramente coactivas del Estado, hasta el punto de que resulta muy fácil confundir unas con otras. No se trata sólo de la prisión preventiva, que es el encierro de un inocente por sospechas en su contra y como forma de aseguramiento frente a un peligro, lo cual nada tiene que ver con una sanción penal. El proceso penal –como otros procedimientos– está lleno de manifestaciones coactivas del poder estatal. Por ejemplo, entre las más perturbadoras se encuentra la *praxis* de la suspensión condicional del procedimiento, que en sus formas extremas lleva a que el imputado considerado inocente se someta a las obligaciones de excusarse frente a la víctima (¿de qué?) y rendir, por ejemplo, cincuenta horas de trabajo comunitario (¿con qué fundamento?), con tal de que el sistema ponga fin a las cargas que trae consigo el proceso penal. En estos casos no se impone una sanción penal, sino que el Estado simplemente hace uso de su poder coactivo *en el marco* de un proceso penal.

Desde el punto de vista de los titulares de ciertos derechos (o acreedores de ciertas obligaciones), ocurre algo análogo con el concepto anglosajón de *enforcement*, que implica la posibilidad de hacer cumplir una obligación, si es necesario utilizando medios coactivos. El *enforcement* –igual que el concepto de *remedies*– no distingue lo penal de lo civil y, concretamente, la posibilidad de acudir a la justicia del crimen aparece, desde su perspectiva, como una forma más de reforzar las posibilidades de cumplimiento de una obligación. Por ejemplo, la posibilidad de “castigar” a la persona jurídica sometiéndola a ciertas interdicciones, imponiéndole una multa o nombrándole un interventor sería un mecanismo más para obtener que los dueños y administradores de dicha persona jurídica –o bien la propia entidad legal– cumplan con su obligación de establecer y aplicar programas de *compliance*. Lo importante es que dicha obligación se respete, y que el Estado disponga de los medios coactivos necesarios para hacer que ello ocurra.

Discutir si la responsabilidad de las personas jurídicas ha de ser considerada una forma de responsabilidad penal podría parecer completamente fuera de lugar cuando se trata de “dar fuerza” a un mandato de prevención de la delincuencia desde la empresa: una querrela académica allí donde se requieren soluciones pragmáticas. Pero no es así. Porque si la ciencia penal tiene alguna función, ésta pasa por reflexionar sobre lo que ocurre en el sistema jurídico utilizando su propio método y desde su propia perspectiva, que es limitada pero no irrelevante. Un aspecto crucial de esta reflexión es la distinción comunicativa entre pena y simple coacción, pues sólo si ella se realiza limpiamente es posible distinguir un Estado de derecho de un Estado policial.

En este sentido, y sobre todo cuando está en juego la dignidad de la persona frente al Estado, el mundo “viene de vuelta” de un positivismo voluntarista. Éste puede ser más cómodo, pero ha demostrado no ser verdadero. Con otras palabras, es cierto que cuando una doctrina adopta ciertas premisas, ellas conducen necesariamente a rechazar una responsabilidad de las personas jurídicas que sea equiparada a la responsabilidad penal. Pero si las premisas que llevan a esta conclusión –aunque sea negativamente, definiendo el ámbito donde la “comunicación penal” termina– son la necesidad de legitimación de la pena y la exigencia de que su imposición se realice en el marco de la culpabilidad personal por el hecho, entonces tal rechazo podría ser correcto, y entonces ya no importaría *cómo* se configurara dicha responsabilidad.

## 1. Cuestiones previas.

Los intentos encaminados a fundamentar la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas son de dos clases: se “transfiere” a la persona jurídica la responsabilidad de las personas naturales que la controlan o actúan en su nombre, de tal manera que aquella debe soportar “sanciones” o cargas por los ilícitos que cometen éstas;<sup>2</sup> o bien se procura construir una culpabilidad penal propia de la persona jurídica, la cual se considera jurídicamente independiente de la que pueda atribuirse a las personas naturales que la controlan o actúan por ella.<sup>3</sup>

Aunque en la realidad no existen modelos puros, a continuación se tiene en cuenta primordialmente la idea de una culpabilidad de empresa. Esto se debe, por una parte, a que no se ve cómo para justificar la imposición de una sanción a la persona jurídica habría de

---

<sup>2</sup> Existe abundante literatura sobre ambos modelos de fundamentación, en parte citada en las notas siguientes, a la cual remitimos. Sobre los modelos preferentemente vicariales véase en especial la propuesta mixta de NIETO MARTÍN en su excelente trabajo sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008, pp. 55 y ss. y *passim*; ÉL MISMO, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, en *Polít. crim.* N° 5 (2008), A3-5, pp. 1-18. En sus formas clásicas, los modelos puros de responsabilidad vicarial son incompatibles con la complejidad de la empresa moderna; así lo destaca en este mismo contexto de discusión HEINE, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en *Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg* (1996), pp. 19 y ss. (29 y s.).

<sup>3</sup> Véase tanto el examen del estado de la cuestión como la valiosa propuesta de GÓMEZ-JARA en *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 136 y ss. y *passim*; últimamente, haciéndose cargo de algunas críticas, ÉL MISMO, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO/NIETO (Dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 255 y ss.

servir de ayuda un rodeo que pase por la persona natural y, por otro lado, a que la Ley N° 20.393 funciona con este concepto como pilar del sistema.<sup>4</sup> Además hay una tercera razón: no obstante ciertos retrocesos, el respeto al principio de culpabilidad parece ser un principio fundamental del derecho penal contemporáneo, de modo que sólo puede ser sujeto pasivo de la pena una identidad capaz de comunicación en el sistema penal, a quien el hecho típico se atribuye como su obra. La exposición –que en esta sección pretende aclarar algún malentendido para transitar en las siguientes hacia una toma de posición– sugiere que los entes morales no alcanzan a superar esta barrera, y que por lo tanto la así llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas es un cuerpo extraño en el ordenamiento jurídico chileno, que debiera ser expulsado de él en la primera oportunidad que se presente.

Hay, entre otros, tres aspectos que parecen complicar la discusión en forma innecesaria y que, considerando la magnitud de esta última –se extiende ya durante siglos–,<sup>5</sup> vale la pena hacer el esfuerzo por despejar:

### 1.1. La “promesa incumplida”.

Sociológica y económicamente hablando, no hay duda de que la empresa es más que la suma de sus activos y su personal.<sup>6</sup> Una empresa de cierto tamaño tiene una especie de “cultura corporativa”, pues existen modos asentados de proceder y tomar decisiones, procesos estándar que se aplican sin que sea necesario adoptar cada vez una resolución al respecto, una estructura más o menos rígida de incentivos y desincentivos poderosos para “hacer carrera” al interior de la organización, etc. Esta organización asentada puede *permitir* la delincuencia desde la empresa, o incluso puede *fomentarla*, en ocasiones con independencia de las buenas intenciones que tal vez abriguen sus actuales directivos.

La culpabilidad de la empresa suele verse en estos aspectos –u otros relacionados con ellos–, una culpabilidad que sería total o al menos parcialmente distinta de la de sus dueños o administradores contingentes.<sup>7</sup> En términos enfáticos se podría decir que hoy se percibe como nunca antes la complejidad de esta realidad básica de la estructura social que es la empresa, que la sociedad ha tomado conciencia de dicha complejidad y que esta conciencia

---

<sup>4</sup> A esta ley se refieren las citas de artículos que se realizan en lo sucesivo sin más especificación.

<sup>5</sup> Un panorama sobre la antigua discusión ofrece VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed. a cargo de EB. SCHMIDT, Berlin: de Gruyter, 1927, p. 154, nota 4. Sobre la discusión actual véanse, aparte de las obras citas *supra* notas n° 2 y n° 3, JAKOBS, “Strafbarkeit juristischer Personen?”, en PRITTWITZ *et al.* (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden: Nomos, pp. 559 y ss., y FEIJOO, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 60 y ss. y *passim*.

<sup>6</sup> Sobre ello véase CONLEY / O’BARR, “Crime and custom in corporate society: a cultural perspective on corporate misconduct”, en *Law and contemporary problems*, Vol. 60 (1997), n° 3, pp. 5 y ss., y por cierto la exposición fundamental de HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden: Nomos, 1995, pp. 35 ss. y *passim*.

<sup>7</sup> Véanse al respecto las obras citadas *supra* en notas n° 2 y n° 3, y además BÖSE, “Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip”, en PAWLIK *et al.* (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln: Heymanns, pp. 15 y ss.

puede o debe traspasarse al derecho penal.<sup>8</sup> En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería expresión de una mayor complejidad social –concretamente en el ámbito empresarial y de los negocios–, y del consiguiente cambio en la estructura de expectativas cuya vigencia el derecho penal está llamado a garantizar. En síntesis, el artículo 58 del Código Procesal Penal se encontraría superado en la actual configuración social.<sup>9</sup>

Pero es dudoso que ello sea efectivo. Basta revisar someramente la prensa y los demás medios masivos especializados en negocios y actividad financiera para advertir la relevancia que el mercado asigna a la identidad de las personas naturales que pierden o asumen el control de determinadas empresas. Tal vez en otros países sea diferente, pero en Chile la identidad de una compañía aún está determinada por la de las personas naturales que toman en ellas las decisiones más relevantes. Esta afirmación acaba de recibir además un refrendo normativo. Una de las modificaciones que introdujo la Ley N° 20.361 al Decreto Ley N° 211 reza: “Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron sus funciones ni por los accionistas o socios de la misma”. Si el ilícito –en este caso, anticompetitivo– lo cometió una persona natural, aun en el contexto de la actividad empresarial de una persona jurídica, nadie más que ella debe responder.

Esta modificación legislativa es doblemente interesante, pues uno de los argumentos tradicionales a favor de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste precisamente en que las penas de multa impuestas a las personas naturales resultan ser ilusorias, pues luego son reembolsadas por la corporación.<sup>10</sup> Pues bien, el derecho de la libre competencia contempla desde siempre la responsabilidad infraccional de las corporaciones, y no obstante ello se consideró necesario reformarlo en el sentido apuntado. Nuevamente: lo que interesa es que la sanción recaiga sobre el responsable del ilícito y no sobre chivos expiatorios.

Sin embargo, el aspecto más relevante es otro. Tras la lógica según la cual existe una culpabilidad organizacional de la *empresa* misma (que tiene, por ejemplo, una “cultura criminógena”), lo que justificaría la imposición de una sanción a la *persona jurídica*, se esconde una lamentable confusión entre la realidad sociológica y económica de la empresa y la realidad jurídica de la persona moral. Una empresa puede pertenecer a varias personas jurídicas, algunas de las cuales pueden a su vez pertenecerse entre sí. Por ejemplo, es posible que una primera persona jurídica sea la dueña de los inmuebles, que otra sea la que contrata el personal, que una tercera nombre a algunos de los administradores y otra al resto de ellos, que una quinta persona jurídica sea la dueña de las franquicias que dan existencia

---

<sup>8</sup> En esta dirección argumenta, entre otros, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln: Heymanns, 2ª ed. 2007, p. 137; no obstante, BÖSE (“Die Strafbarkeit von Verbänden”, cit. nota n° 7, pp. 15 y ss.) pone de relieve que tales consideraciones –que él mismo comparte: la sanción a la persona jurídica no se contraponen en absoluto al principio de culpabilidad– no implican que se deba dar carácter de penas a las sanciones que se imponen a las personas morales.

<sup>9</sup> El artículo 58 del Código Procesal Penal chileno establece en lo pertinente que “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 las afectare”.

<sup>10</sup> Cfr. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit. nota n° 6, pp. 75 y ss.

al negocio, etcétera. Para mencionar un caso muy común: una persona jurídica es la dueña de la empresa, mientras que es otra persona jurídica quien la opera.

En una cadena de dominio o en un grupo empresarial, ¿qué persona jurídica es la que realmente “contiene” a la *empresa culpable*? Si una persona es la dueña de los medios materiales y otra contrata a los administradores, ¿tendría que responder sólo esta última? ¿Y si ésta a su vez no es la que tiene, de hecho o de derecho, el “negocio”?

Las respuestas a estas preguntas son irrelevantes para lo que interesa destacar aquí. Pues no se trata de que sea “difícil” determinar cuál es la persona jurídica culpable penalmente, sino de que es imposible. Esto se debe a que la “empresa culpable” está lejos de ser lo mismo que la “persona jurídica” a la cual se va a castigar. Ocurre que la imputación de la culpabilidad de la empresa a una determinada persona jurídica –salvo en los casos triviales, que posiblemente desaparezcan tras la dictación de la Ley N° 20.393– no se puede realizar por *falta de identidad* entre empresa y persona jurídica. De modo que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se basa sino en un espejismo, y en esto consiste la promesa incumplida: se afirma que se va a castigar a una organización culpable y en realidad se está castigando a una cáscara jurídica intercambiable, desechable y, si se asume la lógica de la ley, sobre todo inocente.

Por cierto que es posible formalizar el proceso de imputación, y decir por ejemplo que la persona jurídica que nombra a la mayor parte de los directores de una compañía es la que va a responder penalmente. Pero esto ya poco o nada tiene que ver con fundar la imposición de la pena en la culpabilidad de la empresa o, como debería ser, en la culpabilidad de la persona jurídica. Con ello, el derecho penal no sólo pierde por completo de vista el acto delictivo, sino que entra de lleno en los dominios de la responsabilidad formalizada, tradicionalmente llamada responsabilidad objetiva.

## **1.2. Qué significa “derecho penal de actos”.**

En directa relación con este aspecto se encuentra lo siguiente: la organización empresarial, su estructura y los mecanismos para la toma de decisiones, los balances y controles a que están sometidos sus ejecutivos, la articulación de los núcleos de poder y de las negociaciones entre ellos al interior de la organización, etc. pueden ser extremadamente sofisticados. Con toda probabilidad tendrán también, en organizaciones de cierta envergadura, un carácter dinámico y permeable a una retroalimentación constante. Esta realidad, que puede ser crucial desde el punto de vista sociológico y de la teoría de las organizaciones, es sin embargo secundaria desde el punto de vista jurídico.

Frente al sí o no de la imputación, que tanto en derecho penal como en otras ramas del ordenamiento jurídico se encuentra codificada en forma binaria, la complejidad de una organización es un aspecto circunstancial. Este aspecto puede incidir junto a otros en magnitudes penales, pero sólo una vez que se ha establecido lo cualitativamente decisivo: si es posible imputar un hecho a una persona, o si ello no es posible. De la misma manera que al cumplir dieciocho años un hombre se convierte en sujeto de imputación para el derecho penal, sin importar si se trata de una persona inmadura y con problemas de timidez, o si por

el contrario es un dechado de sociabilidad; del mismo modo que es indiferente si el conductor que provocó imprudentemente la colisión era un joven de dieciocho años que viajaba solo, o un padre de familia que hacía el “turno” para llevar a cinco niños al colegio; en fin, del mismo modo en que es deudora frente al banco una pequeña sociedad formada por parientes que una empresa multinacional. El derecho existe porque reduce la complejidad.

Por lo tanto, cuando se dice que una persona jurídica actuó o no actuó de tal manera, se organizó o no se organizó de tal otra, lo que hay que preguntarse es a qué elementos atribuye el derecho la capacidad de comunicar una actuación de la persona jurídica. Pues para que el sistema jurídico “lea” una actuación u organización (o la falta de ellas), es necesario que exista una comunicación desde la persona jurídica que resulte comprensible para el sistema jurídico. Y, hasta donde alcanzamos a ver, en el sistema jurídico chileno esta comunicación acontece por intermedio de una especie de *alter ego* de la persona jurídica, el órgano, que puede ser unipersonal o pluripersonal. En ambas clases de órganos, la comunicación se sirve en último término del cuerpo y las facultades espirituales de las personas naturales que encarnan dichos órganos.

Lo interesante es que estos elementos, a los que el derecho confiere la capacidad de comunicar en el sistema jurídico bajo ciertas circunstancias (por ejemplo: que quienes los ostentan actúen en sala legalmente constituida, si se trata de determinados órganos pluripersonales), no se pueden desdoblar de cualquier manera, a voluntad del observador. O, dicho con mayor precisión: en teoría sí se pueden descomponer según cualquier perspectiva de observación, pero ello conducirá también en algunos casos a resultados incompletos, casuales o inútiles. De allí que, para obtener un discurso coherente, las posibilidades de desdoblar elementos con capacidad comunicativa deben restringirse a un determinado sistema de imputación. No es posible jugar ajedrez usando el tablero y las fichas del juego de damas.

El sistema de imputación penal reconoce como punto de partida de la comunicación –y en este sentido “conecta” con– los mismos atributos de la persona natural que constituyen el *alter ego* de la persona jurídica, es decir, con el cuerpo y las facultades espirituales de las personas naturales que se entiende actúan en su nombre. Son tales actuaciones las que tienen valor comunicativo para el derecho penal. Esto no puede ser de otra manera pues, con independencia de cualquier consideración sobre el significado de la pena, en derecho penal rige el principio de tipicidad; es decir, la ley hace una selección, una definición de clases de sucesos que son relevantes para el sistema jurídico-penal, y en el centro de todos y cada uno de estos sucesos se encuentra una conducta, una acción o una omisión. Por eso, y en esto tampoco existe mayor controversia, en el sistema de imputación jurídico-penal no es posible dar valor comunicativo autónomo a sucesos cuyo núcleo no sea una conducta, sino, por ejemplo, un cúmulo de circunstancias o una masa de interferencias causales. Ello no impide considerar estos elementos en un plano donde tengan cabida análisis cuantitativos; pero tal no es el caso de la imputación del injusto penal en la era del principio de culpabilidad.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Por ejemplo: un sujeto puede haber conducido durante toda su vida en forma atterradoramente descuidada; pero si no se prueba que también lo hacía en el momento del fatal accidente, todo su historial de descuidos es



Todas las nociones de culpabilidad de la empresa como “defecto de organización”<sup>12</sup> pasan por alto que tal defecto debe expresarse en actos u omisiones concretos que sean imputables a la persona jurídica. Tales actos u omisiones pueden ser muchos y prolongarse en el tiempo, pero en la medida en que no constituyan configuración de la conducta típica sólo formarán parte del contexto del hecho delictivo. Para convertir el contexto en el hecho mismo habría que tipificar alguna forma de “estado peligroso” en abstracto. Pero entonces ya no se podría explicar en forma satisfactoria por qué la intervención penal tendría que esperar hasta que el peligro se realice. La extendida idea que consiste en considerar el delito de la persona natural como una condición objetiva de punibilidad respecto de la persona jurídica,<sup>13</sup> es un reconocimiento del carácter objetivo de esta responsabilidad, pues significa que uno de los elementos indispensables para fundar el reproche penal no necesita ser imputado objetiva ni subjetivamente a la persona a la que se va a imponer la pena.

### 1.3. Capacidad para actuar versus capacidad para delinquir.

El concepto de acción es funcional al sistema de imputación en que se inserta y por tanto depende por completo de un esquema social de interpretación.<sup>14</sup> Con otras palabras, el concepto de acción es relativo. Así por ejemplo, según una visión muy extendida un niño de siete años tiene cierta capacidad de acción moral, pero al mismo tiempo carece de toda capacidad de acción que pueda tenerse en cuenta para la imputación de un delito.

Pese a ello, a propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se insiste en citar a von Liszt cuando escribía que “quien puede celebrar contratos [válidamente], también pueden celebrar contratos fraudulentos o usureros”.<sup>15</sup> No interesa discutir aquí si el *dictum* de Liszt es verdadero o falso –algo que probablemente dependa del concepto de fraude o usura que se adopte–, sino únicamente destacar que la consecuencia que se pretende sacar de esa afirmación –“entonces es posible sancionar penalmente a las personas jurídicas”– no se sigue de ella. Por supuesto que es posible desarrollar una teoría de la

---

irrelevante. La razón por la que esto es así es muy sencilla: los arts. 490 y 492 CP castigan a quien “ejecuta un hecho” en forma imprudente.

<sup>12</sup> Concepto acuñado por TIEDEMANN (“Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität” en NJW 1988, pp. 1169 y ss.), y que ha vuelto a adquirir actualidad gracias a las propuestas encaminadas a darle contenido mediante la realidad de la autorregulación y la imagen del *good corporate citizen*. Vale la pena destacar que este concepto ha servido tanto en la construcción de modelos con énfasis vicarial como para fundar una culpabilidad de empresa.

<sup>13</sup> En particular a partir del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas propuesto por HEINE (véase, entre otros lugares, “La responsabilidad penal de las empresas”, cit. nota n° 2, p. 43).

<sup>14</sup> Así lo ha demostrado JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, trad. Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pp. 101 y ss.

<sup>15</sup> *Lehrbuch*, cit. nota n° 5, pp. 153 y s. (con nota 4). LISZT agrega a continuación: “y puede no cumplir lo pactado en el contrato”, haciendo referencia al § 329 del Código Penal Imperial, un precepto muy similar al art. 273 CP chileno. El mismo argumento se encuentra en muchas formulaciones diversas, entre las cuales goza de gran aceptación la de que así como se reconoce a las corporaciones las ventajas de una capacidad de acción en cuanto tales (mediante órganos, con separación de patrimonios, etc.), quienes se benefician de esas ventajas deben hacerse cargo también de los inconvenientes que proceden del abuso de aquel atributo: cfr. en este sentido y entre (muchos) otros TIEDEMANN, “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen”, cit. nota n° 11, pp. 1169 y ss.

imputación de ciertos hechos a la persona jurídica, tal como ha venido haciendo desde hace siglos el derecho civil. Pero el punto que aquí interesa es si a una persona jurídica se le puede imponer una sanción que pueda calificarse como pena penal. Y sobre ello la afirmación de Liszt nada dice.

Esta constatación no tiene simplemente por objeto revelar un error argumentativo, sino que nos coloca en situación de formular la pregunta fundamental, la que tal vez se encuentra en el núcleo del debate sobre esta cuestión: ¿cómo hay que entender la pena para que calce con la posibilidad de imponerla a un sujeto que tiene las características de una persona jurídica? Volviendo por un momento sobre lo señalado en los acápites anteriores, podría resultar posible una aproximación –si se quiere, negativa– a una respuesta.

En primer lugar, debe tratarse de una pena *sin identidad personal*. En efecto, la pena debe ser inmune a los avatares de cambio de dominio de la persona jurídica, de modificaciones profundas en su estructura o en la de la empresa a la que supuestamente contiene, a su transformación (por ejemplo, de agencia en compañía de seguros, o al revés); la pena debe ser inmune incluso a la disolución de la persona jurídica, pues de lo contrario nunca se podría realmente ejecutar. Cualquier sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas está obligado a resolver estas situaciones creando responsabilidad objetiva: la “continuadora legal” –así no tenga culpabilidad de ninguna especie– será el sujeto pasivo de la sanción penal. Así se establece por lo demás en el art. 18 de la Ley N° 20.393.

En consecuencia, y en segundo lugar, debe ser una pena *sin culpabilidad* por el hecho, al menos en todos aquellos casos en que la empresa culpable no esté “contenida” en la persona jurídica que resulta sancionada o, como se vio, si aunque esté contenida en ella al tiempo de la sanción, no lo estaba al tiempo de la comisión del hecho. La pena debe ser entonces tal que sea susceptible de “heredarse”, transmitirse o traspasarse a terceros no culpables.

Es muy importante tener en cuenta que las anteriores no son “deficiencias” de un sistema determinado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de características consustanciales a cualquier sistema. Al igual que en el caso de la falta de identidad entre la empresa culpable y la persona jurídica, se puede buscar paliativos, pero no pasarán de ser cosméticos.

## **2. Personalidad “especular” y significado de la pena.**

Si las consideraciones anteriores apuntan a un problema real, es razonable abrigar un cierto escepticismo respecto de la represión penal de una “empresa culpable”, tanto por la disociación entre quien es culpable y quien padece la sanción, como por la audacia que implica llamar “penas” a castigos que se pueden imponer prescindiendo de la identidad personal y, por lo tanto, de la culpabilidad personal. Como se ha visto, ambas características son inherentes a la sanción de las personas jurídicas y, por lo tanto, no son “remediables” (en el caso hipotético de que alguien considere necesario esforzarse por hacerlo).

Sin embargo, para un auténtico partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las características anteriores no representan un problema de fondo, sino, en el mejor de los casos, de forma. Algo que el trabajo de juristas meticulosos podrá resolver en un tiempo razonable. Esto se debe a que, para ser partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es preciso tener una determinada idea de la función del derecho penal, de la persona, o de ambas cosas. Si, en efecto, se sostiene que las personas jurídicas no son más “ficticias” que las personas naturales, pues al fin y al cabo tanto unas como otras adquieren *toda* su realidad del sistema jurídico, sistema que goza al menos de la autonomía suficiente como para impedir que otros sistemas co-determinen su concepto de persona, entonces la limitación de la responsabilidad penal a las personas naturales no puede ser más que un prejuicio absurdo. Si, por otra parte, se entiende la función del derecho penal como protección de intereses, donde la pena justa es la pena necesaria para desarrollar una ingeniería social que desincentive el delito y, como parece ser el caso en esta materia, fomente conductas y actitudes proclives a aquellos intereses, entonces ¿por qué no utilizar el instrumento penal para modelar y dirigir la sociedad (por cierto, sólo en la dirección correcta)?<sup>16</sup>

Sobre el primer aspecto –el constructivismo jurídico-penal y sus límites– se ha discutido mucho en los últimos años, aunque no en Chile. En España ha tenido una recepción más amplia, aunque al parecer sólo en la medida en que ha resultado funcional a una expansión punitiva, en concreto, respecto de la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas como una forma de *combatir* la delincuencia económica y el poder de las corporaciones. Es decir, en la medida en que ha estado al servicio del segundo de los aspectos mencionados arriba. Nos centraremos, por lo tanto, en éste, que por lo demás es el único que ha estado presente de un modo relevante en la gestación de la Ley N° 20.393.

### **2.1. Superación de la antinomia entre retribución y prevención.**

Por distintas vías, el esfuerzo teórico en torno a la determinación del sentido de la sanción penal parece haberse concentrado en los últimos años en la posibilidad de superar la antinomia retribución/prevención.<sup>17</sup> Considerando el estado de la cuestión hacia fines de los años 80 del siglo pasado, esto ha significado en la práctica una integración mayor de los elementos retributivos de la pena, si bien bajo “nuevas” modalidades como la coherencia del ciudadano consigo mismo,<sup>18</sup> o la necesidad de reparar el daño social causado por el delito, la afectación de la vigencia de la norma.<sup>19</sup> Como fuere, sin embargo, tras estos

---

<sup>16</sup> El Mensaje Presidencial N° 018-357, con que se dio inicio a la tramitación de la que luego se despacharía como Ley N° 20.393, señala: “El establecimiento de una normativa que permita responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos señalados *servirá como un verdadero aliciente para que éstas adopten medidas de autorregulación*” (omitimos citar otras partes del Mensaje, dedicadas a la acuciante necesidad de lo que el texto denomina “situarnos al nivel de los países más desarrollados”).

<sup>17</sup> NEUMANN, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe”, en PAWLIK *et al.* (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln: Heymanns, pp. 435 y ss., especialmente pp. 448 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. por ejemplo GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M.: Klostermann, 2005, pp. 250 y ss.

<sup>19</sup> Véase en particular JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (trads.), Madrid: Thomson-Civitas, 2006, *passim*.

intentos se encuentra el rechazo de la concepción de la pena como mero instrumento, como técnica o ingeniería social, y por lo tanto el rechazo de la comprensión del derecho penal como herramienta o mecanismo para la protección de intereses o cosas.

La alternativa a esta última posición consiste en entender la pena como “prevención retributiva” en dos dimensiones. En primer lugar, como restablecimiento de la vigencia del derecho en una sociedad determinada. Es decir, la imposición de la pena significa que el derecho sigue siendo el parámetro válido de orientación en aquella sociedad, lo cual implica que previamente se ha “tomado en serio” la conducta del delincuente. Porque se toma en serio el delito como expresión de una voluntad particular capaz de poner en tela de juicio la vigencia del ordenamiento jurídico, la sociedad se ve en la necesidad de reaccionar mediante el proceso penal y la pena. En segundo lugar, la pena es “prevención retributiva” porque es una oportunidad que se ofrece al delincuente para una toma de conciencia, no de su “maldad”, sino de su rol como ciudadano.<sup>20</sup> La primera condición para no instrumentalizar al delincuente mediante la pena radica en que ésta *pueda* ser comprendida por él como debida. Por eso una sanción que, desde un comienzo, el ciudadano sólo puede concebir como coacción (“si no torturas serás castigado”, “si hurtas un yogur serás encerrado por diez años”) podrá ser una sanción técnicamente eficiente en la ingeniería social, pero nunca una sanción penal, pues excluye de entrada la toma de conciencia de su rol de ciudadano por parte de aquel a quien se impone.

En los acápites siguientes se discutirá brevemente si las personas jurídicas son capaces de realizar alguna expresión de sentido contraria al derecho que resulte comprensible para el derecho penal. En cambio, existe evidencia de que la segunda dimensión –la toma de conciencia del rol de ciudadano– está excluida desde un comienzo. Salvo en algunos casos excepcionales, la experiencia comparada muestra que, tras resultar condenada en un proceso penal, la persona jurídica ya no tiene nada que administrar, pierde su “razón para vivir” y se disuelve, aunque a veces subsista alguna de sus marcas comerciales.<sup>21</sup> Para las personas jurídicas cualquier pena se torna fácilmente en pena de muerte, pues su personalidad por lo general no resiste el embate de un proceso penal.

Esta evidencia no es sino el reflejo de una realidad más profunda: la tenue identidad de las personas jurídicas, su carácter instrumental y, en directa relación con ello, su absoluta dependencia respecto de las decisiones que toman las personas naturales que las administran directamente o a través de otros. De allí que las personas jurídicas se “creen” y “supriman” a voluntad, según lo requieran los negocios e intereses de quienes las manejan. Es posible que en ellas pueda desarrollarse con el paso de los años un cierto grado de autorreferencialidad, como el que existe en todo sistema relativamente complejo, pero dicha autorreferencialidad nunca superará a la que posee una ameba. Por la misma razón,

---

<sup>20</sup> Entendemos en esta dirección las consideraciones de BUSTOS RAMÍREZ, *Obras Completas*, Tomo I, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 139: “De lo que se trata es que el Estado ofrezca al sujeto una coincidencia con[sigo] mismo, con su propio fin”.

<sup>21</sup> Un caso paradigmático es el de la empresa auditora y consultora Arthur Andersen, condenada en 2002 por obstrucción a la justicia en los Estados Unidos. Ya desde el momento de la acusación, la mayor parte del personal cualificado abandonó la compañía. La revocación unánime de la condena por parte de la Corte Suprema en 2005 no ha tenido efecto revitalizador alguno, y la mayor parte de las licencias de la empresa continúan canceladas.

no puede hablarse de autoconciencia o autocomprensión, de ese “volver sobre sí mismo” que es el gesto propio del espíritu. Y cuando en la imposición del castigo no está presente la posibilidad de una toma de conciencia, sólo subsisten la coacción, la ingeniería social y la protección de intereses más o menos cosificados.

## 2.2. Personalidad “especular”.

Esta última consideración puede haber despertado en el lector justamente la reflexión que ahora se examinará, la de que el efecto preventivo de la pena no se dirige a la persona jurídica en cuanto tal, sino a quienes la controlan o administran y, desde un punto de vista preventivo general, a quienes controlan o administran otras personas jurídicas.<sup>22</sup>

Aquí aflora finalmente el núcleo de la cuestión. Ocurre que el buen partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no espera una “toma de conciencia” de la corporación, pues resulta evidente que la personalidad de un ente moral es, en el mejor de los casos, meramente pasiva y se limita a reflejar lo que las personas naturales hacen con él; se trata, en este sentido, de una personalidad “especular”. Este modelamiento extrínseco de la “vida” de la persona jurídica puede ocurrir en términos muy masivos y difusos, pero eso no altera lo esencial: la persona jurídica es el objeto, el receptáculo, el espejo de la obra, y por tanto de la culpabilidad, de otros.

Desde luego que la comparación es imperfecta, pues algunas de las decisiones que afectan a la persona jurídica dejan una huella, un surco que ciertamente no deja la imagen en el espejo. Pero ello tampoco altera lo esencial, pues en estas situaciones la persona jurídica está igualmente a merced de quien dispone sobre ella, como la arena húmeda de la playa lo está respecto de quien imprime en ella sus pisadas. Lo relevante es que el reproche y la sanción consecuente no tienen como destinataria a la persona jurídica, sino a sus dueños o accionistas y administradores. Toda la discusión conocida acerca del sentido y características de las sanciones corporativas –desde la multa *posneriana* hasta las *equity fines*, pasando por las penas así llamadas “infamantes” como la publicación de las sentencias– apunta a que tales sanciones deben ser eficaces para incentivar a los dueños y administradores de las empresas a que establezcan y apliquen –o hagan establecer y aplicar– programas orientados a la prevención y descubrimiento de los delitos cometidos por las personas naturales en el contexto de la actividad empresarial.<sup>23</sup> Si es un hecho que el destinatario de la sanción “corporativa” es la persona natural, ¿tendrá sentido insistir en que el infractor es la persona jurídica?

Sin duda la persona jurídica goza de una cierta personalidad en el ámbito penal. Por ejemplo, las personas jurídicas pueden ser “víctimas” y querellantes en el proceso penal.

---

<sup>22</sup> Explícitamente NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal*, cit. nota n° 2, p. 48: “La responsabilidad de la empresa no persigue sustituir la responsabilidad individual, sino incrementarla” (cfr. también pp. 146 y ss.). Igualmente explícito es el Mensaje Presidencial N° 018-357, con que se dio inicio a la tramitación de la que luego se despacharía como Ley N° 20.393 (ver *supra* nota n° 16).

<sup>23</sup> Una buena síntesis en COFFEE/GRUNER/STONE, “Standards for organizational probation: a proposal to the United States Sentencing Commission”, en *Whittier Law Rev.*, Vol. 10, 1988 (pp. 77 y ss.). Muy claro al respecto también KENNEDY, “Criminal sentences for corporations: alternative fining mechanisms”, en *California Law Rev.*, Vol. 73, 1985, pp. 443 y ss.

Pero su personalidad es tan tenue, tan irremediamente pasiva, que carece de la identidad suficiente para ser destinataria de un reproche penal.<sup>24</sup> Por eso se le imponen cargas con el fin de influir sobre las personas naturales que las controlan o administran. Concretamente, para convertir a estas personas naturales en ciudadanos preocupados de la prevención del delito.<sup>25</sup>

### 2.3. ¿Padecer de falta de identidad?

Padecer de falta de identidad es lamentable cuando se trata de personas naturales, pero no lo es cuando se trata de personas jurídicas, pues la identidad de las personas jurídicas es en un cien por ciento funcional.<sup>26</sup> Lo que se ha venido sosteniendo precedentemente es que la identidad funcional de una persona jurídica no es suficiente para hacerla susceptible del reproche –tan intenso: el más intenso que conoce el derecho– que significa la imposición de una sanción penal. Esto es una constatación, no una declaración de principios.

En efecto, si el derecho penal tomara suficientemente en serio a la persona jurídica, es decir, si le reconociera el mínimo de identidad necesario para atribuirle la capacidad de tomar posición frente a la norma y castigarla penalmente, entonces la responsabilidad penal de la persona jurídica sería autónoma de la responsabilidad de las personas naturales que encarnan sus órganos. Es decir, se debería sancionar a la persona jurídica como autora de cohecho, lavado de dinero o financiamiento del terrorismo, dejando de lado cualquier responsabilidad penal de las personas naturales que ejecutaron materialmente los hechos “dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” (art. 5º) de los órganos que ellas encarnan.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Los contextos de fundamentación jurídico-filosófica de esta afirmación son variados y no nos proponemos abordarlos aquí. Se puede hacer referencia, sin embargo, a la idea propia del derecho penal posterior a la Ilustración, según la cual sólo puede ser destinatario de un reproche penal quien posee un centro propio y autónomo de orientación, un sujeto cuya capacidad reflexiva es co-constitutiva de la vigencia de la norma que es determinante para el derecho penal (cfr. KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997, pp. 557 y ss. [562])

<sup>25</sup> Una función que –dicho sea de paso– hasta ahora el derecho *penal* sólo encomendaba a ciertos funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y en especial no, por ejemplo, a los particulares obligados a informar operaciones sospechosas conforme al art. 3º de la Ley N° 19.913: la sola omisión de la obligación de informar no constituye delito ni convierte al obligado en interviniente en el hecho ejecutado por terceros.

<sup>26</sup> En términos clásicos: la realidad de la persona jurídica se funda en una comunidad de fines que reconoce el ordenamiento jurídico, de modo que el apartamiento de tales fines (o su subversión) por parte de las personas naturales que encarnan los órganos respectivos siempre constituirá un *exceso* no imputable a la persona moral, cuya realidad jurídica sólo ampara fines ajustados a derecho (en este sentido ya FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, segunda reimpresión de la 14ª ed. a cargo de C. J. A. MITTERMAIER [Gießen, 1847], Aalen: Scientia Verl., 1986, § 28). El derecho civil puede establecer que el patrimonio de la persona jurídica contribuya a reparar los perjuicios causados por un exceso de quienes encarnan sus órganos –como consecuencia del derecho que tiene la víctima a ser restituida en naturaleza a la condición anterior al ilícito–, pero semejantes deberes de reparación podrían alcanzar incluso a un patrimonio en absoluto vinculado a la producción del daño, como el de una compañía de seguros. En derecho penal, en cambio, se trata de la infracción de un deber de conducta, de *expresiones de sentido* que ponen en tela de juicio la vigencia de las normas de convivencia en libertad. Esto supone el reconocimiento jurídico de una personalidad no vinculada a determinados fines, capaz de alzarse contra la sociedad y su derecho.

<sup>27</sup> En este sentido ya VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Tomo II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin: Guttentag, 1907, § 72; modernamente JAKOBS, “Strafbarkeit juristischer Personen?”, cit. nota n° 5, pp. 565 y ss.

Sin embargo, lo que ocurre es todo lo contrario. Tanto en la percepción social como en la letra de la ley, lo primero es el delito que comete la persona natural: éste es el “hecho principal” al cual accede cualquier forma de responsabilidad de la persona jurídica. Así lo expresa el art. 3°: “Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables”, etc.

En cambio, en el derecho comercial –pero también por lo general en el derecho administrativo sancionador– se toma realmente en serio a la persona jurídica: la identidad personal de la persona jurídica es lo suficientemente densa como para que en estos ámbitos se la reconozca como un “igual”. De allí que, por ejemplo, cuando un administrador solicita un crédito a nombre de la persona jurídica, es ésta la que queda obligada, la que se convierte en deudora, y no el administrador que actuó en representación suya. Precisamente esta situación es la que, proyectada hacia el derecho penal, da origen a la problemática del “actuar en lugar de otro”, hace necesarias normas como el artículo 232 del Libro IV del Código de Comercio<sup>28</sup> y, en los países donde se procura respetar el principio de tipicidad, ha generado no poca discusión en la doctrina.<sup>29</sup>

Si la persona natural que encarna el órgano de una persona jurídica adquiriera la calidad personal de deudor cada vez que pide un crédito a nombre del ente moral que administra, la persona jurídica no sería más que una etiqueta carente de todo valor. Pues bien, cuando la persona natural que encarna el órgano de una persona jurídica, actuando “dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” (art. 5°) del órgano, comete un delito “en interés o para el provecho” (art. 3°) del ente moral, pero al hacerlo se convierte ella misma en delincuente, esto sólo puede significar que la *personalidad penal* de las personas jurídicas carece del mínimo de densidad normativa que el ordenamiento jurídico considera necesario para la fundamentación de una responsabilidad delictual.

La supuesta responsabilidad penal de la persona jurídica aparece así en su verdadera dimensión: es un accesorio (en lenguaje castizo: un colgajo) de la responsabilidad penal de una persona natural, y lo es aunque en algún caso se aplique antes de que se consiga determinar cuál es en concreto la persona natural penalmente responsable.

---

<sup>28</sup> La norma dispone que “los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41°, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219° y 220°, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones”. Los mencionados artículos 219 y 220 tipifican diversas modalidades de insolvencia punible, y el artículo 41 define al deudor comerciante.

<sup>29</sup> Una discusión que no apunta al establecimiento de una responsabilidad penal de ciertas personas “en virtud del cargo que ocupan” en la empresa, sino a la falta de coincidencia entre el sujeto cualificado al que se refiere la descripción típica (normalmente la persona jurídica) y el sujeto que realiza la conducta descrita en ella (la persona natural). La necesidad de una regla positiva especial para resolver este déficit de coincidencia es discutible y probablemente no admita una respuesta indiferenciada.

### 3. El incómodo principio de culpabilidad

El principal problema de los accesorios punitivos es que no pocas veces encubren violaciones al principio de culpabilidad, como cuando se pretende disfrazar el resultado típico como si fuera una condición objetiva de punibilidad. Por eso habitualmente conviene someter los accesorios a un *test* de legitimidad mínima, de mínimo respeto al principio. En este caso, se ha dicho que el *test* más apropiado es verificar la coherencia con el *non bis in idem*, esa expresión del principio de culpabilidad que consiste en que no se puede castigar dos veces a un mismo sujeto por un mismo hecho.<sup>30</sup>

Entonces: conforme a la Ley N° 20.393, hay que castigar al órgano de la persona jurídica (esto es, a la persona natural que lo encarna) que realizó, por ejemplo, el tipo del delito de cohecho activo; pero también hay que castigar a la persona jurídica misma, pues su órgano de administración no evitó la realización del tipo de cohecho por parte de la persona natural que lo encarna. Como en ambos casos se trata de lo mismo –la no evitación de la realización del tipo de cohecho por parte del órgano y de la persona que lo encarna–, la aparente complejidad de la formulación no puede ocultar lo innombrable: se castiga dos veces por lo mismo, violando el *non bis in idem* y, por consiguiente, el principio de culpabilidad.

Aunque sea correcto en lo sustancial, este razonamiento requiere de una precisión importante, pues cabe perfectamente sostener que si bien el *non bis in idem* prohíbe castigar dos veces por el mismo hecho, no existe inconveniente alguno cuando el castigo se impone a dos personas diferentes,<sup>31</sup> sobre todo si –irónicamente– una de ellas *no es más que* una persona jurídica. En realidad, el *non bis in idem* es sólo una cara de la moneda del principio de culpabilidad que es relevante para estos efectos. La otra cara es la autorresponsabilidad. Pues cuando en el mundo moderno y postmoderno se habla de culpabilidad, se está pensando siempre en una responsabilidad personal y no, por ejemplo, por la pertenencia a un mismo colectivo (una nación, una familia, una tribu). Existe una prohibición de regreso, que impide hacer responsables a unos sujetos por lo que otros hacen, a no ser que se encuentren muy buenas razones para ello. Este efecto individualizador de la autorresponsabilidad se ve contrarrestado sólo en los casos de intervención delictiva y por eso es que la autorresponsabilidad, junto a la dimensión del principio de culpabilidad que conocemos como *non bis in idem*, bloquea la doble imputación del hecho en el contexto de la persona jurídica.

Los atributos de la persona natural que encarna el órgano y que son relevantes penalmente (resumiendo: su capacidad comunicativa en el sistema jurídico-penal) no son asignados por el sistema jurídico a la persona moral con exclusión de la persona natural, sino que, en el mejor de los casos, son asignados a ambas personas. Ésta es la razón por la cual el derecho penal no castiga a la persona jurídica dejando de lado a la persona natural, sino que castiga

---

<sup>30</sup> En la medida en que el principio de culpabilidad goza de reconocimiento implícito en la Constitución Política (arts. 1°, 5° y 19 N° 3) no es necesario demostrar la vigencia del *non bis in idem*, que es una consecuencia inmediata de él. Además, algunas de sus manifestaciones aparecen explícitamente recogidas en el art. 63 CP.

<sup>31</sup> En este sentido TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit. nota n° 8, p. 138.



en primer lugar a ésta y, eventualmente, impone además una carga a la persona jurídica en cuyo contexto (fines, provecho, interés, etc.) se ha realizado el tipo. Y aquí radica la violación del principio de culpabilidad en las dos dimensiones que se han mencionado antes: la doble atribución de la conducta del órgano —a la persona natural que lo encarna y a la persona jurídica que lo contiene— es violatoria del principio cuando conduce a imponer dos sanciones diferentes.<sup>32</sup>

Por cierto que es posible complicar al extremo la red de órganos, administradores y personas naturales involucradas, hasta hacer surgir la apariencia de que la persona jurídica es una cosa y el órgano delincuente es otra, pero se tratará solamente de una apariencia, pues el órgano —incluyendo a la persona natural que lo encarna con sus atributos penalmente relevantes— o bien se identifica con la persona jurídica, en cuyo caso responde sólo ésta, o bien no se identifica con ella, en cuyo caso es la persona natural que encarna el órgano la que responde.

Estas mismas razones llevan a excluir la posibilidad de una relación de intervención delictiva —por ejemplo, una coautoría— entre la persona jurídica y la persona natural que encarna el órgano. Como los atributos penalmente relevantes de la persona natural son los mismos que habrían de fundar la imputación del hecho a la persona jurídica, la apreciación de una relación de intervención delictiva entre ambas equivale a una doble valoración de aquellos, la cual, en cuanto se usa para multiplicar las sanciones, resulta violatoria del principio de culpabilidad.

De manera que sólo restaría una posibilidad para hacer responder penalmente tanto a la persona natural que encarna el órgano como a la persona jurídica: sostener que ésta comete un ilícito propio, que no consiste en la realización del tipo en que incurre la persona natural sino en la infracción de un deber de supervigilancia, donde la comisión del delito (“delito base”) por parte de la persona natural es una condición de punibilidad. Pero esto choca contra el principio de culpabilidad en su dimensión de autorresponsabilidad. Pues la criminalización de infracciones a deberes de supervigilancia supone estimar que dicha infracción es suficientemente desvalorada como para fundar un reproche penal, de modo que la realización del tipo no depende de que el supervigilado se comporte de una forma u otra; de no ser así, la infracción de aquel deber podría fundamentar la intervención delictiva en el hecho del supervigilado, pero no un ilícito penal independiente. Sin embargo, no es ésta la racionalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, menos aun en el

---

<sup>32</sup> Es ilustrativo en este sentido el tratamiento que NIETO MARTÍN (*La responsabilidad penal*, cit. nota n° 2, pp. 169 y ss.) propone dar a las personas jurídicas que considera “inimputables” por su pequeña escala, de tal manera que las decisiones de la empresa se identifican de un modo muy evidente con las decisiones de las personas naturales que la administran. En tales situaciones, el efecto de la declaración de inimputabilidad puede ser la imposición de una sanción interdictiva, de naturaleza punitiva, como la prohibición de intervenir en subastas o licitaciones públicas. El autor advierte que en tal caso, en realidad, se estaría castigando dos veces a las personas naturales que administran la persona jurídica inimputable (p. 170: “En realidad en estos casos, la interdicción supone una segunda sanción contra la persona individual que dirige la entidad que habrá de reputarse proporcionada”), pero no ve inconvenientes en ello.

modelo escogido por el legislador chileno,<sup>33</sup> donde la comisión del delito base es la que desencadena y funda la responsabilidad del ente moral. Por lo tanto, si se quiere considerar la infracción del deber de supervigilancia como un ilícito por sí mismo, pero para fundamentar el reproche penal hay que recurrir al hecho de la persona natural supervigilada, entonces se viola la autorresponsabilidad al fundamentar el ilícito *ex iniuria tertii*. El porfiado y molesto principio de culpabilidad termina estropeándolo todo.<sup>34</sup>

Por último, siempre es posible encontrar que la organización general de la persona jurídica era deficiente, que eso ha facilitado o incluso fomentado la comisión de delitos en su contexto, y que por lo tanto es preciso incentivar a sus organizadores para que adopten un modelo más adecuado. Tal incentivo puede consistir en obligar a la persona jurídica a desembolsar una suma de dinero, en restringir temporalmente su capacidad de emprendimiento o en limitar la obtención de beneficios, etc. Pero estas medidas de ingeniería social nada tienen que ver con el reproche dirigido a la conducta autorresponsable de una persona por haber tomado posición en contra de las normas fundamentales de convivencia social en libertad. Y si de ingeniería social se trata, la RAN<sup>35</sup> y las normas de la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>36</sup> ya contienen abundantes esquemas de control y prevención en diversas materias, los cuales además hace tiempo han dejado de ser elaborados en forma unilateral por la Administración. Se trata de normas de aplicación vinculante bajo amenaza de sanciones en principio eficaces, cuya estructura sin duda es replicable en otros sectores y respecto de otros riesgos.

#### **4. Problemas insolubles de imputación.**

El dilema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que no existe una opción intermedia o de compromiso que permita tomar realmente en serio a la persona jurídica como sujeto penal, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien estar dispuesto a echar por la borda el principio de culpabilidad.

---

<sup>33</sup> Pero tampoco en un modelo puro de culpabilidad de empresa, donde el delito cometido por la persona natural es la manifestación del “injusto corporativo” y, por tanto, parte esencial de la expresión de dicha culpabilidad para el sistema jurídico-penal.

<sup>34</sup> De allí que no resulten infrecuentes los planteamientos que abogan por reconocer a las personas jurídicas cuantos derechos fundamentales sea necesario para poder atribuirles responsabilidad penal, pero desconociéndoles al mismo tiempo todos los que haga falta para evitar complicaciones con el principio de culpabilidad. Esta posición se presenta usualmente como libertad del constituyente para configurar el estatuto de derechos personales: cfr. por ejemplo GRUNER, *Corporate criminal liability and prevention*, New York: Law Journal Press, 2004, pp. 2-17 y ss.

<sup>35</sup> Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; véanse p. ej. sus Capítulos 1-14 y 19-2, sobre prevención de lavado de activos y régimen de auditorías, respectivamente.

<sup>36</sup> Por ejemplo, el Oficio Circular N° 496 de 12 de enero de 2009 solicita a las auditoras, en ejecución del artículo 59 del Reglamento de Sociedades Anónimas, que informen sobre las medidas que adoptan para mejorar el cumplimiento del deber de denuncia de los delitos que adviertan en el desempeño de su labor profesional. Entre estas medidas se considera incluso la realización de programas de capacitación a los empleados de las empresas auditoras.

Este dilema se expresa en muchos aspectos de detalle, provocando problemas de imputación imposibles de resolver. Ejemplo: por falta de mantención, la compuerta de “riles” deja pasar más desechos que lo permitido provocando un daño grave a los recursos hidrobiológicos. Si la responsabilidad de los entes morales se extendiera a esta clase de delitos, ¿cómo resultaría posible fundar la culpa o imprudencia de la persona jurídica sin echar mano de la culpa o imprudencia de las personas naturales que encarnan los órganos encargados de la mantención de la compuerta? Se dirá, por ejemplo, que fueron los recortes presupuestarios decididos por el directorio los que incidieron en la falta de mantención. Pero con ello se hace referencia, en el mejor de los casos, al *contexto* en el que se produce la omisión de las mantenciones, y no a la conducta imprudentemente delictiva de los encargados. Si no se procura hacer esta distinción entre la conducta típica y su contexto, confundiéndolo todo en un “gran proceso”, se acabará por anular la función de garantía del tipo, por atribuir cualquier descuido de un subalterno a una falta de presupuesto y, en consecuencia, por paralizar la actividad productiva (de algunos). Ello no significa que no resulte posible imputar a los directores de la persona jurídica un hecho delictivo ocurrido en el contexto de la actividad empresarial, si es que se les puede atribuir la realización evitable del tipo penal. Pero en tal caso la imputación no se hará al directorio, sino a los directores, que son personas naturales.

La imputación de dolo o culpa a la persona jurídica sólo resulta posible mediante un trasiego desde la persona natural que encarna el órgano competente, lo que no es compatible con el principio de culpabilidad. Para llegar a esta conclusión no hace falta mantener una concepción “psicologicista” del dolo y la culpa,<sup>37</sup> pues la normativización de la imputación subjetiva nunca puede pasar por alto que ella es evitabilidad individual. Un dolo o una culpa “objetivos” no sirven para nada.<sup>38</sup>

Pero aún sería posible sostener que el individuo de cuya evitabilidad se trata es justamente la persona jurídica y no la persona natural, de modo que –siguiendo a Willke– el conocimiento relevante para la imputación del dolo sea el así llamado *organizational knowledge*, el conocimiento organizativo del riesgo empresarial.<sup>39</sup> El contenido de tal conocimiento no está formado por la suma de las partículas de conocimiento individual que se encuentran en las cabezas de las personas, sino por las *relaciones y los modelos de vinculación* entre estos fragmentos de conocimiento. Las vinculaciones mismas son el conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Aunque esta concepción, que es predominante en la jurisprudencia y en la doctrina chilenas, debiera haber llevado a descartar de plano –ya en la discusión legislativa– la posibilidad de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>38</sup> Muy enfático en este sentido JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, CACION MELIÁ, Manuel (trad.), en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pp. 365 y ss.: en el ámbito de la imputación subjetiva “se trata de un error evitable del individuo, no de la persona que desempeña un determinado rol” (p. 379).

<sup>39</sup> En este sentido especialmente GÓMEZ-JARA, “La incidencia de la autorregulación”, cit. nota n° 3, p. 274.

<sup>40</sup> Este “saber colectivo o sistémico, que se encuentra plasmado en sistemas de reglas y tecnologías, varía y se expande con independencia del saber individual, hasta el punto que un Frederick Taylor será capaz de incorporar aun a los empleados más ignorantes en un proceso de trabajo altamente sofisticado y productivo” (WILLKE, *Systemtheorie II: Interventionstheorie*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 4ª ed. 2005, p. 245).

Sin embargo, cuando se pone a prueba la capacidad de rendimiento de este concepto para la fundamentación de la imputación subjetiva en derecho penal, el resultado no es particularmente alentador. Pues una forma prototípica de relación entre fragmentos de conocimiento, un modelo por excelencia de vinculación entre ellos, es el tradicional *deber de información*, por ejemplo, desde el inferior operativo hacia el superior administrativo, de tal modo que las cuestiones por resolver serán si el primero ha cumplido tal deber, si el segundo podía confiar en que *no news good news*, etc. Pero basta con mencionar este extremo, y plantear tales preguntas, para caer en la cuenta de que con ellas se ha retornado a la distribución de esferas de responsabilidad entre las personas naturales que actúan al interior de la organización. En realidad, bajo el rótulo del “conocimiento organizativo del riesgo empresarial” no se alude a otra cosa que a una dimensión del clásico problema de imputación objetiva relativo a la administración y distribución, entre diversos ámbitos de responsabilidad, del desconocimiento y sus riesgos, que son inherentes a toda interacción de la persona con su entorno (principio de confianza, prohibición de regreso). Pero ello, en sí mismo, nada tiene que ver con el conocimiento o la cognoscibilidad de la realización del tipo exigidos por la imputación subjetiva (dolo o culpa), que era lo que se buscaba.<sup>41</sup>

## **5. Argumentos de la recepción continental y dogmática de la resignación.**

### **5.1. ¿Resguardo de garantías y derechos fundamentales?**

Entre los argumentos usuales para justificar el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra la idea de que, de este modo, se haría efectiva la responsabilidad de los entes morales con pleno respeto a un núcleo mínimo de garantías propias del debido proceso penal. Éste es un argumento paradójico. Si, tal como se ha expuesto, la introducción de una responsabilidad doble implica la violación del principio de culpabilidad, no se ve cómo el respeto escrupuloso de algunas garantías procesales podría equilibrar el balance hasta arrojar un saldo positivo. Es como si el Estado dijera: a usted lo vamos a castigar por una conducta que no está tipificada en la ley, pero no se preocupe, pues el tribunal que lo va a condenar es completamente imparcial.

Por lo demás, no es verdad que la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas esté desprovista de garantías, ni que la aplicación de sanciones a través del proceso penal asegure *per se* el respeto a los derechos constitucionales. En cuanto a lo primero, basta revisar el estatuto previsto en el Decreto Ley N° 211, o el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros. Ambos son susceptibles de mejora, pero difícilmente podrían considerarse violatorios de las garantías mínimas inherentes a un debido proceso sancionatorio.

A propósito de ello, puede resultar ilustrativo consignar el siguiente dato: aunque el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está facultado expresamente para sancionar a

---

<sup>41</sup> De allí que, coherentemente, algunos autores como NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal*, cit. nota n° 2, pp. 155 y ss. renuncien por completo a la imputación de un lado subjetivo del hecho en la responsabilidad de las personas jurídicas: la corporación comete un injusto enteramente objetivo que consiste en un defecto de organización y que, a juicio de este autor, sería más grave si las personas naturales –cuyos hechos delictivos siguen siendo el punto de partida de la responsabilidad penal corporativa (p. 165)– actúan dolosamente.

las personas jurídicas y *también* a las personas naturales que encarnan sus órganos, la praxis muestra que *nunca* ha castigado a la persona jurídica y, a la vez, a las personas naturales que encarnaban sus órganos al tiempo de los hechos.<sup>42</sup> Esto es correcto, pues en el sistema jurídico chileno se entiende que *non bis in idem* y principio de autorresponsabilidad tienen vigencia en todas las manifestaciones del poder sancionatorio estatal.<sup>43</sup> En cambio, se espera que los tribunales con competencia en lo penal hagan justamente lo contrario en aplicación de la Ley N° 20.393.

En lo que se refiere al segundo aspecto, la evidencia comparada permite anticipar que la regulación procesal contenida en la Ley N° 20.393 dará lugar a problemas graves en relación, por ejemplo, con el principio *nemo tenetur*. Esto se debe a que el conflicto entre las necesidades de prueba y el derecho a guardar silencio, en lo que respecta a los documentos que se encuentran en poder de la compañía, se presenta en forma mucho más intensa que cuando se trata de personas naturales. En efecto, si la persona jurídica, que ahora es imputada, no está obligada a entregar documentos que la puedan incriminar, entonces una buena parte de la prueba con la que hasta hoy se contaba para condenar a sus ejecutivos –y ahora, a la misma persona jurídica– quedaría fuera del alcance de la acusación. De allí que en la mayor parte de los países que sancionan penalmente a las personas jurídicas se haya establecido que el *nemo tenetur* no impide la incautación de los papeles de la persona jurídica. Esta solución es, sin duda, muy práctica; pero está lejos de ser respetuosa de las garantías fundamentales. La experiencia comparada aconseja al mismo tiempo un cierto escepticismo respecto del tópico según el cual un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas permite explotar en el proceso –a favor de la persecución y sanción del ilícito– la contraposición de intereses entre la compañía y sus ejecutivos.<sup>44</sup>

## 5.2. Un “nuevo” derecho penal.

Otra consideración que se ha abierto paso en la incipiente reflexión sobre la Ley N° 20.393, es la de que sería erróneo juzgar la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de categorías dogmáticas antiguas, incluso anticuadas. Se está frente a una nueva realidad, consecuencia de una mayor complejidad social y de la consiguiente tendencia a la normativización de la teoría de la imputación y sus diferentes institutos. Para quien entiende el dolo como hecho psíquico y al delincuente como un sujeto de carne y hueso, es evidente que la responsabilidad penal de un ente moral siempre será algo absurdo.

---

<sup>42</sup> Cfr. Sentencia N° 82/2009: se castiga a una asociación gremial por la actuación colusiva del directorio, pero no a las personas naturales que se desempeñaban como directores (la sentencia exige, para castigar a la persona natural, que ésta realice actos distintos de los que corresponden exclusivamente a su función como órgano de la persona jurídica); Sentencia N° 74/2008: se castigó por colusión a los médicos accionistas de una sociedad, pero no a la sociedad misma por la actuación de sus órganos.

<sup>43</sup> STC Rol N° 480.

<sup>44</sup> Especialmente ilustrativo sobre el conflicto entre el deber de cooperar con la investigación y los derechos del imputado, desde la perspectiva del derecho penal suizo, SCHNEIDER, K., *Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation. Strafrechtliche Begünstigung und Aussagedelikte im Rahmen der Strafbarkeit juristischer Personen nach Art. 102 StGB*, Bern: Stämpfli, 2009, *passim*.

Estos argumentos son irrefutables pues, efectivamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se puede fundamentar desde una perspectiva naturalista, sea ésta de índole causalista (“clásica”) o finalista. Pero el núcleo de la cuestión parece ser otro. Pues así como en derecho penal existen algunos planteamientos naturalistas que son más plausibles que otros (por ejemplo: la morfología facial como expresión de una personalidad delictiva no es un planteamiento plausible), también existen planteamientos de índole normativista que presentan más o menos rasgos de plausibilidad. El instrumento para enjuiciar esta última aún no se ha inventado, por lo cual la ciencia penal es “inexacta”, pero sí se dispone de una orientación fundamental y contundente: el derecho penal sólo puede ser un instrumento al servicio de la libertad personal y, por tanto, sólo puede legitimarse en el respeto a los derechos fundamentales.

De allí que ninguna construcción o deconstrucción normativa de las categorías dogmáticas que tenga como clara consecuencia el cercenamiento de garantías y derechos fundamentales de las personas esté en condiciones de superar los estándares mínimos de plausibilidad que exige el derecho penal. Con otras palabras, en materia penal existe un estándar mínimo de “corrección”, aunque luego se discuta encarnizadamente acerca de si determinada configuración de una categoría de imputación se ajusta más o menos que otra a ese parámetro. Por lo tanto, si se llega a la conclusión de que para castigar a la persona jurídica y al órgano que la encarna hay que pasar por encima de la autorresponsabilidad y del *non bis in idem*, entonces nada más hay que discutir y la pleitesía que aparentemente se debe a toda novedad deberá reservarse para otra propuesta. No es que se tenga temor frente a lo nuevo; es que lo nuevo, examinado con algo de detención, resulta ser viejo: responsabilidad objetiva, prevención de intimidación, derecho penal como herramienta de ingeniería social.

El resultado de la Ley N° 20.393 es una banalización del reproche penal. A la persona jurídica se la “castigará penalmente” por la infracción de un deber de cuidado cuyo objeto es (¿impedir?, ¿desincentivar?) la conducta autorresponsable y dolosa de otra persona, muchas veces la misma que debía cumplir ese deber de cuidado en el nombre de la persona jurídica. Es la serpiente mordiendo la cola. Tal responsabilidad podrá desencadenarse si el delito cometido por la persona natural reportó alguna ganancia a la persona jurídica y sus órganos, por ejemplo, habían omitido incorporar ciertos deberes de prevención (e.g., el “deber” de *copiar al jefe* en determinados correos) en el contrato de trabajo de algunos de sus empleados. Sin embargo, hasta la más modesta de las falsificaciones típicas tiene una carga significativa –como toma de posición de un ciudadano frente a las normas de convivencia– mucho mayor.

### **5.3. Procesos y sanciones más espectaculares.**

No existe evidencia de que la potestad sancionadora de la Administración sea insuficiente para hacer frente a defectos organizativos de las empresas, y que por esta razón resulte necesaria la intervención penal. Lo que ocurre es que al derecho administrativo sancionador le falta por lo general el efecto estigmatizador del derecho penal, y con ello una parte del potencial comunicativo-simbólico que el público, o una parte de él, espera.

Entonces cabe preguntarse si la criminalización es una respuesta adecuada a este supuesto déficit de impacto social. Pues resulta dudoso que la existencia de defectos de organización (que ciertamente conviene corregir y prevenir) revista la entidad que tiene, por el contrario, la conducta de una persona que se aprovecha de ellos y comete un delito. Si efectivamente existe tal desnivel y, pese a ello, se utiliza el derecho penal como herramienta comunicativa para elevar artificialmente el estatus simbólico de los primeros, la pena y el proceso se convierten en espectáculo en la misma medida en que subsidian dicho estatus. El problema es que, en el mundo postmoderno, la fuerza comunicativa y simbólica del derecho penal se alimenta de un precario equilibrio, el cual rara vez es compatible con lo espectacular. Convertida en espectáculo –que es cosa bien distinta de la publicidad–, la justicia penal se banaliza y pierde eficacia, por la sencilla razón de que su comunicación deja de ser creíble.

En consecuencia, y salvo en casos raros y ante contextos especialmente turbulentos o precarios, lo más probable es que la ley que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se utilice principalmente para castigarlas a éstas, sino para evitar el castigo de las personas naturales que actuaron en su nombre (las llamadas “Westinghouse pleas”). Una vez sobreseída –o en camino de sobreseerse– la causa contra la persona natural, habitualmente la persona jurídica se allanará a una suspensión condicional del procedimiento o a un acuerdo reparatorio, mucho antes de que se discuta acerca de si cumplió con sus deberes de dirección o no lo hizo. De esta manera se pone además en manos del Ministerio Público un poder inaudito para influir sobre la empresa en toda la etapa de investigación.<sup>45</sup> El ejercicio de este poder, tal como pone en evidencia la praxis de las suspensiones condicionales del procedimiento, prácticamente no está sujeto a control alguno.<sup>46</sup> En los pocos casos que lleguen a juicio, es previsible que siga habiendo un solo sancionado, el ente moral que soportará las consecuencias económicas del castigo.<sup>47</sup> Sin embargo, ¿era éste, además de sancionado, el sujeto penalmente responsable? Y sobre todo: ¿era necesario abrir una herida en el valor simbólico del derecho penal para llegar a esto?

---

<sup>45</sup> El fiscal se convierte en administrador, con la consiguiente erosión de los principios que informan el procedimiento penal: trata este aspecto en detalle LYNCH, “The role of criminal law in policing corporate misconduct”, en *Law and contemporary problems*, Vol. 60 (1997), n° 3, pp. 23 y ss. (54 y ss.).

<sup>46</sup> La experiencia estadounidense de los *deferred prosecution agreements* (DPA), en especial a partir del llamado “Memorandum Thomson”, es ilustrativa al respecto. Entre las cláusulas de tales “acuerdos”, que en realidad son redactados unilateralmente por el órgano persecutor, eran habituales las prohibiciones a la empresa de financiar los gastos de abogados de sus ejecutivos, hasta que el 16 de julio de 2007 el Juez Kaplan sobreseyó a 13 de los 16 imputados en un proceso contra KPMG y algunos de sus ejecutivos, pues el DPA había supuesto una violación de su derecho a defensa. Entre otras cosas, esto ha contribuido a moderar los requerimientos de la Fiscalía, pero ellos siguen siendo enormes al amparo de la discrecionalidad administrativa.

<sup>47</sup> Según los datos que aporta GRUNER (*Corporate criminal liability*, cit. nota n° 34, pp. 1-51 y ss.), un estudio de los casos seguidos federalmente en los Estados Unidos entre 1984 y 1987 muestra que en un 48,8 % sólo se persiguió penalmente a la persona jurídica, es decir, no hubo co-imputados personas naturales; en un 23,8 % hubo además una persona natural co-imputada, mientras que sólo en un 27,4 % hubo más de una persona natural co-imputada. El impacto de estas cifras se potencia si se tiene en cuenta que, según NIETO MARTÍN (*La responsabilidad penal*, cit. nota n° 2, p. 209), el 90% de las personas jurídicas sancionadas corresponden a empresas con menos de 50 trabajadores.

## 6. Derecho “real” y derecho ideal.

¿A qué viene este –en el mejor de los casos, “quijotesco”– intento de denunciar una supuesta banalización del reproche penal en la Ley N° 20.393, cuando ésta se ha convertido ya en derecho vigente? Dicho en términos radicales: si la nueva ley no resulta compatible con la concepción que se tiene acerca del significado y fin de la pena estatal, ¿no habrá llegado el momento de abandonar esa concepción, que ha dejado de ser realista? Cuatro grupos de razones llevan a responder negativamente esta pregunta.

En primer lugar, habría que cuidarse de identificar el derecho vigente en una sociedad con la ley publicada. El único concepto de “derecho vigente” que permite sacar conclusiones respecto de la configuración normativa de una sociedad, es el que alude al derecho “practicado”.<sup>48</sup> Por ejemplo, la pena de azotes fue derecho formalmente vigente en Chile hasta 1949,<sup>49</sup> pero es muy posible que ya no reflejara la identidad de la sociedad chilena a mediados del siglo 20. Por otro lado, tampoco es correcto elevar cualquier manifestación legislativa aislada a la categoría de expresión de la identidad social, pues ésta se construye a partir de un conjunto de rasgos que gozan de cierta estabilidad en el tiempo y que, normalmente, cristalizan en instituciones, articulándose con otros preceptos y dejando de ser normas aisladas. Por ejemplo: si bien ya antes era exigible un mínimo de diligencia del personal de una casa de cambio en orden a advertir eventuales operaciones de lavado de activos, sólo tras la *implementación* de la Ley N° 19.913 se puede afirmar que la observancia de un cierto estándar en este ámbito forma parte de las expectativas jurídicamente institucionalizadas en la sociedad chilena. Algo similar ha ocurrido con las normas e instituciones para la protección de la propiedad industrial y está ocurriendo en otros ámbitos del derecho penal secundario.

En segundo lugar, es cierto que una teoría sobre la pena no será verdadera si no se hace cargo de la praxis punitiva de la sociedad para la cual se formula. Pero eso no impide denunciar una específica praxis punitiva como disfuncional respecto de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la autocomprensión social. Así, por ejemplo, en un ordenamiento jurídico donde –tras muchos esfuerzos, avances y retrocesos– en general goza de vigencia del principio de culpabilidad, la presencia de enclaves donde tal principio no es respetado debería llevar a denunciarlos y no a relativizar la pretensión de vigencia del principio. Ni el derecho ni la sociedad a la que pertenece son realidades petrificadas, y es su dinamismo el que genera una tensión entre distintas alternativas de configuración social, unas más acordes que otras con aquello que la sociedad, hasta ese momento, ha llegado a ser. Por eso, es posible que en el futuro el principio de culpabilidad deje de ser relevante para la praxis penal chilena en su conjunto, o deje de serlo para determinados sectores de criminalidad. Pero afortunadamente hoy no es así, y ello no resulta alterado por la publicación de la Ley N° 20.393, de modo que es ésta la que resulta disfuncional y no el principio de culpabilidad. Por cierto es posible llevar esta argumentación más lejos e intentar fundamentar por qué cualquier praxis sancionatoria que prescinda del principio es

---

<sup>48</sup> En el sentido kelseniano, que asocia la vigencia del derecho a lo que este autor denomina un “mínimo de eficacia”: cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien: Deuticke, 2ª ed. 1960, pp. 10 y ss.

<sup>49</sup> Fue abolida mediante la Ley N° 9.347, de 21 de julio de 1949.



autodestructiva –y por tanto, disfuncional *per definitionem*–, debido a que implica la instrumentalización del ciudadano, pero ello no es necesario en este contexto.

En tercer lugar: lo que se viene sosteniendo en este trabajo no es que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea algo inconveniente o nocivo, sino precisamente que no corresponde a la forma como en la sociedad chilena se comprende la imputación jurídico-penal. Ocurre que es la sociedad real la que no está dispuesta a dejar “irse para su casa” a la persona natural, castigando en su lugar a la persona jurídica cuyo órgano encarna. Los problemas con el principio de culpabilidad que se han tratado más arriba provienen en buena parte de esta realidad, hasta el punto que, si ella se modificara, entonces sí cabría plantearse una transformación profunda en la comprensión del derecho penal, su función y su herramienta por excelencia, la pena.

Por último, y en cuarto lugar, ocurre que la ley –como no podía ser de otra manera– confiere a los tribunales un amplio margen para decidir si una persona jurídica será o no responsable por el delito que ha cometido alguno de los sujetos señalados en el artículo 3°. Es decir, existen “válvulas de escape”. Algunos ejemplos:

- Respecto de la persona jurídica, el delito debió cometerse “directa e inmediatamente en su interés o para su provecho” (art. 3°, inciso 1°). Si tal expresión se interpreta en términos subjetivos, puede tener algún sentido: la persona natural quiere algo que ella considera *ex ante* beneficioso para la persona jurídica, y por eso comete un delito. Pero desde el punto de vista objetivo, que es la primera perspectiva que habría que tener en cuenta (pues: ¿por qué tendría que empecerle a la persona jurídica lo que otra persona, en su fuero subjetivo, considera beneficioso para ella?), el requisito típico es muy problemático, ya que en un análisis objetivo –y por tanto *ex post*– el supuesto beneficio tiende a diluirse.
- Se establece que la persona jurídica responderá sólo si la comisión del delito “fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión” (art. 3°, inciso 1° *in fine*). Como los ejecutivos o los demás sujetos del art. 3° son personas autorresponsables, en rigor el delito nunca será una “consecuencia” del incumplimiento de sus deberes por parte de otras personas. En el derecho comparado, pero también en Chile, hace muchos años que se dejó de considerar la conducta previa –por ejemplo, imprudente– de una persona como “causa” o determinante de la conducta de otra. La primera conducta puede facilitar la realización del tipo por parte del autor, como cuando el cómplice consigue el arma, pero el homicidio no es una “consecuencia” de que el cómplice haya conseguido un arma. Al menos no lo es en un sentido jurídico-penal.<sup>50</sup>
- El cumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión se realiza del modo que determine la administración de dicha persona jurídica. No es obligatoria la asunción de un modelo de prevención como el que esboza

---

<sup>50</sup> Sobre el origen y desarrollo histórico-dogmático de este principio de autorresponsabilidad véase el trabajo ya clásico de SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1986, pp. 1 y ss. (*y passim*).

la propia ley (“las personas jurídicas *podrán* adoptar el modelo de prevención” a que se refiere el art. 3° y que detalla el art. 4°, de donde está tomada la cita), y menos aun es obligatoria la certificación de dicho modelo (art. 4°, 4], b]). Por lo tanto, en ausencia de un modelo, la acusación tendrá que demostrar el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, y que la comisión del delito es “consecuencia” de dicho incumplimiento. Como el modelo no es obligatorio, la acusación no podrá argumentar que la persona jurídica carecía de él, lo cual significa que no podrá utilizar sin más el esbozo del art. 4° para demostrar que, como el ente moral no se ajustó a él, entonces violó sus deberes. Pues de lo contrario la adopción del modelo sería obligatoria, y la ley señala expresamente que no lo es.

Las consideraciones anteriores, y muchas otras similares que podrían hacerse, apuntan a señalar que la crítica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría no ser un empeño meramente “quijotesco”. Pues si dicho estatuto de responsabilidad resulta al menos sospechoso de violar principios fundamentales del derecho penal vigente en Chile, entonces –y mientras no se derogue– deberá aplicarse de tal manera que se minimice tal conflicto. Los aspectos que se han comentado más arriba parecen indicar que ello es en principio posible, con el siguiente resultado: si se aprecian restrictivamente los presupuestos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es viable llegar a una situación en la cual dicha responsabilidad prácticamente sólo se afirme en aquellos casos previstos en el art. 5°, es decir, sólo cuando en el mismo proceso no se impone una sanción penal a persona natural alguna. Esta interpretación podría aproximar los efectos de la regulación a un estándar aceptable en los resultados. En efecto, si la organización de la persona jurídica es tan deficiente que (i) no cabe duda de que se cometió un delito en su contexto, (ii) tal delito no pudo sino cometerse dentro del ámbito de funciones y atribuciones de sus administradores, y (iii) aun así no se puede determinar quién es el responsable, entonces parece algo más razonable entender que la persona jurídica debe ser sustituida por otra o reorganizarse sobre nuevas bases, como un edificio que amenaza ruina y conviene que sea demolido o al menos radicalmente reformado.<sup>51</sup>

El fundamento de este *plus* de razonabilidad es, sin embargo, muy simple: no hay multiplicación de sanciones, pues se atribuye metafóricamente la responsabilidad a la persona jurídica y sus órganos, exigiendo en la práctica su desaparición o reorganización. Esta restricción en la aplicación de la ley no resuelve, ni mucho menos, los problemas de fondo. Pero podría justificar el ejercicio contenido en estas líneas, si es que contribuye a poner de manifiesto por qué es preciso realizar tal restricción.

## Resumen

Si el derecho penal tomara en serio a las personas jurídicas –como lo hacen, por ejemplo, el derecho mercantil y el derecho administrativo– no debería sancionar a las personas naturales que encarnan sus órganos y que realizaron las conductas típicas (a no ser que éstas hayan desplegado un comportamiento adicional de intervención delictiva, al margen

---

<sup>51</sup> ALWART (“Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen”, en ZStW 105 [1993], pp. 752 y ss.) encuentra en esta situación la “culpabilidad” de la persona jurídica, que consistiría precisamente en la ausencia de un hecho delictivo individual.

de sus atribuciones y actividades como órganos del ente moral). Del hecho que ello no ocurra se deduce que para el derecho penal las personas jurídicas son personas sólo en sentido muy restringido y que, cuando se las “castiga”, en realidad se quiere influir sobre las decisiones que toman las personas naturales que las controlan o administran. Se asume implícitamente que sólo las personas naturales pueden delinquir, pero se imponen cargas a las personas jurídicas para incrementar los incentivos que tienen los administradores o controladores para prevenir el delito.

Si las cargas que se imponen a las personas jurídicas conforme a la Ley N° 20.393 han de ser consideradas, pese a ello, como auténticas sanciones penales, esto implica una transformación radical del discurso sobre la pena y el significado que hasta ahora ha tenido el derecho penal en la sociedad chilena. En este nuevo discurso, la expresión “pena” pierde la mayor parte de su capacidad simbólica y comunicativa, pues se usa a sabiendas de que con ella se designa una consecuencia jurídica distinta de la que se sigue reservando para las personas naturales. De este modo, y entre otros efectos, la pena se confunde con la coacción.

Por eso resulta natural preguntarse si, en lugar de utilizar de este modo el poder del Estado, no será mejor seguir trabajando en un derecho administrativo de prevención del delito en el contexto empresarial, orientado hacia el futuro, sobre la base de un diagnóstico realista de los problemas y del cálculo, también realista, de los costos asociados a la prevención. Si el Estado administrador tiene –y en Chile como en pocos lugares del mundo– todas las herramientas que necesita para incentivar, e incluso imponer, el desarrollo de una autorregulación regulada de las empresas, ¿para qué subvertir el derecho penal de culpabilidad y el proceso penal, bagatelizando el instrumento más enérgico con que cuenta la sociedad para preservar su identidad?

#### OBRAS CITADAS

- ALWART, “Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen”, en *ZStW* 105 (1993), pp. 752 y ss.
- BÖSE, “Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip”, en PAWLIK *et al.* (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln: Heymanns, pp. 15 y ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Obras Completas*, Tomo I, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- COFFEE/GRUNER/STONE, “Standards for organizational probation: a proposal to the United States Sentencing Commission”, *Whittier Law Rev.*, Vol. 10, 1988 (pp. 77 y ss.).
- CONLEY/O’BARR, “Crime and custom in corporate society: a cultural perspective on corporate misconduct”, *Law and contemporary problems*, Vol. 60 (1997), n° 3, pp. 5 y ss.
- FEIJOO, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid: Civitas, 2002.

- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, segunda reimpresión de la 14ª ed. a cargo de C. J. A. MITTERMAIER [Gießen, 1847], Aalen: Scientia Verl., 1986.
- GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GÓMEZ-JARA, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO/NIETO (Dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 255 y ss.
- GRUNER, *Corporate criminal liability and prevention*, New York: Law Journal Press, 2004.
- GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M.: Klostermann, 2005.
- HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden: Nomos, 1995.
- HEINE, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg (1996), pp. 19 y ss.
- JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, CANCIO MELIÁ, Manuel (trad.), en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pp. 101 y ss.
- JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, CANCIO MELIÁ, Manuel (trad.), en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pp. 365 y ss.
- JAKOBS, “Strafbarkeit juristischer Personen?”, en PRITTWITZ *et al.* (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden: Nomos, pp. 559 y ss.
- JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (trads.), Madrid: Thomson-Civitas, 2006.
- KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien: Deuticke, 2ª ed. 1960.
- KENNEDY, “Criminal sentences for corporations: alternative fining mechanisms”, *California Law Rev.*, Vol. 73, 1985, pp. 443 y ss.
- KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997.
- LYNCH, “The role of criminal law in policing corporate misconduct”, *Law and contemporary problems*, Vol. 60 (1997), n° 3, pp. 23 y ss.
- NEUMANN, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe”, en PAWLIK *et al.* (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln: Heymanns, p. 435 y ss.
- NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008.
- NIETO MARTÍN, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. crim.* N° 5 (2008), A3-5, pp. 1-18.
- SCHNEIDER, K., *Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation. Strafrechtliche Begünstigung und Aussagedelikte im Rahmen der Strafbarkeit juristischer Personen nach Art. 102 StGB*, Bern: Stämpfli, 2009.
- SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1986.
- TIEDEMANN, “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität” en NJW 1988, p. 1169 y ss.

- TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln: Heymanns, 2ª ed. 2007.
- VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Tomo II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin: Guttentag, 1907.
- VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed. a cargo de EB. SCHMIDT, Berlin: de Gruyter, 1927.
- WILLKE, *Systemtheorie II: Interventionstheorie*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 4ª ed. 2005