

Tesis doctoral

---

Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

Modelos de imputación penal  
a personas jurídicas: estudio comparado  
de los sistemas español y chileno

---

Nelly Salvo Ilabel

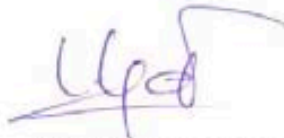
Miriam Cugat Mauri  
Directora



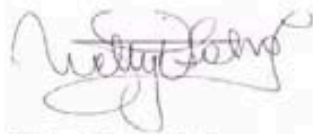


**MODELOS DE IMPUTACIÓN PENAL A PERSONAS JURÍDICAS: ESTUDIO  
COMPARADO DE LOS SISTEMAS ESPAÑOL Y CHILENO**

Tesis presentada para la obtención del grado de Doctor por Nelly Salvo Ilabel, bajo  
la dirección de la Profesora Doctora Miriam Cugat Mauri.



Miriam Cugat Mauri  
Directora



Nelly Salvo Ilabel  
Doctoranda

Universidad Autónoma de Barcelona  
Departamento de Ciencia Política y Derecho Público  
Doctorado en Derecho Público y Filosofía Juridicopolítica  
2014



## ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
Anteproyecto de 2008	Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
art./arts.	artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
coord./coords.	coordinador/coordinadores
CP	Código penal español
Decreto Legislativo nº 231	Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 (Italia)
dir./dirs.	director/directores
edit./edits.	editor/editores
<i>íd.</i>	<i>ídem</i>
LO 5/2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
Ley nº 20.393	Ley nº 20.393. Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica (Chile)
<i>loc. cit.</i>	lugar citado
nº	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	obra citada
p./pp.	página/páginas
Proyecto de 2009	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (de 27 de noviembre de 2009)
Proyecto de 2007	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (15 de enero de 2007)
Proyecto de 2013	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (de 4 de octubre de 2013)
OWIG	Ley de Contravenciones al Orden o Ley de Infracciones de 1968 (Alemania)
RPPJ	Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas



## INTRODUCCIÓN

En 2010, al tiempo del inicio de la tesis, hacía sólo un año de la aprobación de la Ley nº 20.393 de 2009 en Chile<sup>1</sup>, y estaba en tramitación el Proyecto de reforma del CP que desembocaría en la LO 5/2010<sup>2</sup> en España, con los que se dio fin al dogma *societas delinquere non potest*.

En Chile, la rapidez con que se decidió y aprobó la reforma no permitió una reflexión serena y profunda acerca de las implicaciones del cambio, lo que privó al legislador de las aportaciones de la doctrina, pero también le ahorró oposición. En España, se había estado discutiendo sobre esa posibilidad, como mínimo, desde el Anteproyecto de reforma de 2006. Tiempo durante el cual hubo espacio para la crítica, pero también para contribuir a la justificación y elaboración de los criterios de aplicación de una ley que, incluso a sus defensores, planteaba serios problemas dogmáticos.

En la actualidad, incorporada ya la RPPJ a nuestro ordenamiento, ha perdido fuelle la discusión acerca de su necesidad y adquiere protagonismo la relativa a los criterios interpretativos que, en adelante, deberán presidir la interpretación y aplicación de una norma destinada a permanecer en ambos ordenamientos. La contribución de la doctrina a la elaboración de tales criterios es, sin duda, imprescindible, y a ello pretende contribuir el trabajo que se presenta.

Sin embargo, no basta con ello para asentar la norma en nuestra cultura jurídica. Para que el afectado por alguno de los delitos de empresa considere la posibilidad de dirigir la acción penal contra la persona jurídica, el Juez estime su responsabilidad o la propia persona jurídica adopte medidas para evitarla, es preciso algo más. La sola aprobación de una ley que declare en abstracto la posibilidad de RPPJ no basta. Para que sea efectiva es preciso que todos los operadores jurídicos “crean” en la misma y exista un mínimo consenso acerca de los supuestos en que pueda apreciarse el “defecto de organización” que, en mi opinión, se erige en clave de bóveda del sistema.

De momento, no parece que en Chile ni en España se haya conseguido pasar de la vigencia formal a la vigencia material de la norma. Hasta la fecha, en Chile, no se ha pronunciado una sola condena penal contra empresa alguna, a pesar de los sonados casos que han venido sucediéndose. En España, tampoco, por más que se haya iniciado algún procedimiento con irregular éxito.

Por ese motivo considero imprescindible que, más allá de constatar la actual vigencia formal de la ley, la doctrina no se limite a proporcionar criterios interpretativos, sino que se esfuerce también por explicar y contribuir a fundamentar la necesidad y legitimidad de la misma. Sin ello, su eficacia motivadora no conseguirá incorporarse a la agenda de la empresa ni evitar la comisión de delitos en su seno.

La premisa de la que parto es que sin una adecuada integración de la norma en los

---

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial de Chile el 2 de diciembre de 2009.

<sup>2</sup> BOE nº 152 de 23 de junio de 2010.



conceptos y categorías de los que nos servimos para comprenderlas, su aplicación se verá irremisiblemente frenada, como hasta ahora ha sucedido. La tesis que sostengo es que eso es posible, si bien necesitado de elaboración.

En desarrollo de las anteriores hipótesis y objetivos de investigación, he dividido la tesis en tres partes.

Con carácter previo, a fin de contribuir a la legitimación material de la norma, he dedicado la Primera Parte del trabajo al examen de las peculiaridades de la criminalidad de empresa y las posibilidades de atajarla mediante los instrumentos penales clásicos.

Con ese objeto, en el Primer Capítulo examino las dificultades de persecución de los delitos cometidos en el contexto de empresas altamente especializadas y compartimentalizadas, características del sistema de producción contemporáneo. En el Segundo, analizo las características de los instrumentos penales tradicionales de los que derivan las limitaciones sancionadoras: la regla del actuar por otro y las diversas posibilidades que ofrece la teoría de la participación, con especial mención a las figuras de la autoría mediata o comisión por omisión. La conclusión a la que he llegado es que las categorías dogmáticas tradicionales no pueden convertir una suma de actos en un delito único -que va más allá de lo que permite la teoría de la causalidad acumulativa y todas sus variantes- que constituya la base de la imputación de responsabilidades a la empresa.

Una vez afirmada la necesidad de la reforma, dedico la Segunda Parte del trabajo a la exposición de los diversos modelos de regulación presentes en el Derecho comparado -del *Common Law* y del *Civil Law*-, que han contribuido a afianzar una nueva cultura jurídica, a la que estamos llamados a sumarnos desde las posibilidades y recursos de nuestro ordenamiento.

Dentro de esta Parte, el Primer Capítulo se dedica a dar cuenta del cambio de mentalidad que ha comportado la superación del principio *societas delinquere non potest*, haciendo mención a sus antecedentes civilistas en el Segundo Capítulo.

A continuación, el Tercer Capítulo trata de los diversos modelos vigentes en Derecho comparado, que pueden dividirse en tres grandes grupos: de identificación, vicariables y holísticos o integrales.

El Cuarto Capítulo versa sobre los modelos presentes en los instrumentos internacionales -globales o regionales- vinculantes para España y Chile, que hallan puntos de coincidencia con los modelos nacionales y, por lo mismo, están llamados a erigirse en punto de referencia para sus intérpretes.

El Quinto Capítulo aborda el contexto de las reformas en España y Chile, con mención a las distintas opciones de técnica legislativa: de ley especial, en Chile, y codificadora, en España.

En los Capítulos Sexto y Séptimo se exponen las diversas posibilidades presentes en Derecho comparado en punto a la selección de los entes susceptibles de responsabilidad penal y la lista de delitos de los que pueden responder (en función de la opción por un

sistema de lista cerrada o abierta), y las opciones al respecto de los legisladores español y chileno, a las que se dedica la Tercera Parte.

Por fin, la Tercera Parte del trabajo se dedica al análisis de las concretas regulaciones chilena y española, a las que se quiere dotar de sentido a la luz de los fines político criminales previamente definidos y los diversos modelos presentes en los textos internacionales y de Derecho comparado.

Con carácter previo al análisis de uno y otro sistema era preciso identificar y ubicar las normas que los integran. A ello he dedicado el Primer Capítulo de la Tercera Parte, en el que se identifica el bloque de normas reguladoras de la responsabilidad de las personas jurídicas, que se extiende a: el sistema de sanciones, las reglas para la determinación de la pena, la previsión de atenuantes y agravantes específicas, los criterios para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, las consecuencias accesorias y las consecuencias de las posibles transformaciones.

A continuación, he clasificado los respectivos sistemas a la luz de los diversos modelos presentes en Derecho comparado, a los que subyace un particular modo de entender la RPPJ que debería ser progresivamente asimilado por nuestros operadores jurídicos. A ello he dedicado el Capítulo Segundo, en el que trato de las características del sistema de imputación de responsabilidad (mixta y acumulativa), los sujetos implicados en la misma (con mención a las entidades sin responsabilidad jurídica, los grupos de sociedades o las sociedades de hecho), o el sistema de incriminación específica que se adopta para la selección de los delitos de los que pueden responder.

Una vez clasificados ambos sistemas, en el Capítulo Tercero he intentado demostrar la necesidad de construir nuevas categorías para la comprensión de la RPPJ. Con ese fin, he empezado por exponer las posiciones doctrinales que se barajan en torno a la naturaleza jurídica del hecho de conexión y la posible ubicación de éste en las distintas categorías del delito, para llegar a la conclusión de las limitaciones de los esquemas conceptuales clásicos.

Tras ello, he analizado las posiciones y cargos que pueden ocupar las personas físicas de las que deriva RPPJ. Cuestión a la que he dedicado los Capítulos Cuarto y Quinto. En ellos, he analizado la diversidad de criterios que se aplican para la afirmación de la posición de representación o administración de una persona jurídica, tanto de carácter formal como material; y he analizado las condiciones para el contagio de la responsabilidad a la persona jurídica (actuación en nombre, por cuenta y en provecho de la sociedad), refiriéndome tanto a la diversa posición en la que se hallan los administradores y representantes como sus subordinados.

Por fin, he dedicado el Capítulo Sexto a la ausencia de los debidos controles y su vinculación con el defecto de organización. Para ello he revisado el origen de los llamados *compliance programs* y los distintos instrumentos y elementos que los integran como los códigos de conducta, los *whistleblowers*, etc.; y he analizado cómo han sido recibidos tales instrumentos por el Derecho penal y, más específicamente, por los ordenamientos español (Proyecto de reforma del CP de 2013) y chileno (Ley especial por la que se introduce la RPPJ) en particular.

El trabajo se cierra con las conclusiones, en las que, a fin de demostrar la tesis que sostengo, me pronuncio acerca de la necesidad de mantener y profundizar en la RPPJ, para la que los instrumentos clásicos del Derecho penal se habían revelado insuficientes, y la efectiva posibilidad de conseguir la eficacia de la norma a través del desarrollo de criterios interpretativos que proporcionen a los operadores jurídicos instrumentos para aplicarla, a lo que quiere contribuir este trabajo.

**PRIMERA PARTE**  
**LAS LIMITACIONES DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL**

**CAPÍTULO I. LA EMPRESA COMO ESCENARIO Y MOTOR DEL DELITO**

**1. Características de la realidad empresarial actual: división del trabajo y límites a la atribución de responsabilidades penales individuales**

A lo largo de los últimos años, el escenario en el que deben probar su validez y eficacia los elementos e instrumentos del Derecho penal ha cambiado ostensiblemente. Si hasta la fecha parecía bastar con el modelo de responsabilidad penal individual, con la irrupción de la gran empresa se haya hecho necesario encontrar nuevos modelos de imputación de responsabilidades que tengan en cuenta la mayor complejidad en el proceso de adopción y ejecución de decisiones colectivas, así como el efecto criminógeno que su existencia puede tener.

Nadie duda de que existen importantes diferencias entre la criminalidad individual y la que se produce en el marco de una colectividad organizada. Pero incluso dentro de esta última, debe diferenciarse la criminalidad surgida de la empresa de aquella que, desarrollándose en ese mismo marco, no representa la voluntad colectiva sino la de los concretos sujetos que puntualmente puedan reunirse con un fin delictivo. Sólo en este último caso los instrumentos del Derecho penal clásico mantienen plena vigencia, mientras que en el primero es donde se han presentado los mayores retos para el Derecho penal.

Esta nueva forma de criminalidad es la que ha sido denominada por Schünemann “criminalidad de empresa”, caracterizada por estar protagonizada por entidades societarias que actúan con fines económicos y que lesionan bienes jurídicos de terceros<sup>3</sup>. La misma presenta condiciones y particularidades<sup>4</sup> que la hacen distinta de la criminalidad individual tradicional<sup>5</sup>, y que en el terreno penal se traducen en dificultades procesales y de imputación de responsabilidades<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Término acuñado por SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *ADPCP*, Tomo 41, Fascículo/mes 2, 1988, p. 529. El autor señala que los delitos económicos son “todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha vinculación con ella”, mientras que la criminalidad de empresa es “la suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa”, dejando fuera, en consecuencia, todos los delitos económicos que se comenten al margen de la empresa, como aquellos que cometiéndose en el marco de la misma, sin embargo, sus efectos operan contra sus propios intereses.

<sup>4</sup> Las particularidades se extienden también al tipo de delincuencia que surge a partir de las entidades empresariales las que se expresan particularmente -de acuerdo a los estudios criminológicos realizados en los distintos países, en especial, centrados en los cometidos por empresas trans y multinacional-, en los delitos aduaneros, tributarios, contra el derecho de competencia, el medio ambiente y el trabajo, el lavado de activos, etc. Véase, con mayor detalle, TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 263ss.

<sup>5</sup> Entre esas diferencias se encuentra, por cierto, la extensión del daño, especialmente el que se produce en el ámbito de la economía nacional, pues no cabe duda que la potencialidad del daño individual no puede

En las dificultades que presenta la criminalidad de empresa se conjugan una serie de factores que nacen ya del mismo dato inicial de que los delitos económicos cometidos por sujetos físicos sean realizados para una entidad económica -es decir, una unidad organizada orientada a la satisfacción de un fin esencialmente económico, que puede comprender uno solo o varios establecimientos que se coordinan entre sí<sup>7</sup>-. En este contexto, uno de los factores que distinguen e inciden en la complejidad de este tipo de delincuencia se encuentra en la "actitud criminal de grupo"<sup>8</sup> que no parece que pueda identificarse con la suma de "actitudes criminales" individuales a las que remite la teoría tradicional del delito y el sujeto responsable.

A las anteriores peculiaridades, habría que sumar las dificultades derivadas de la frecuente apariencia de licitud de las actuaciones y la misma indeterminación de la frontera que separa lo lícito de lo ilícito en relación con las actuaciones de quienes ocupan los

---

asemejarse a la producida por una entidad empresarial. Asimismo, el interés lucrativo de los autores de delitos económicos es otro aspecto distintivo de este tipo de delincuencia, un ejemplo claro de ello es la evasión fiscal o el trabajo en negro. Véase, *ibidem*, pp. 255ss.

<sup>6</sup> En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 23. Así también TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, op. cit., pp. 271ss., quien plantea que la investigación y sanción de la criminalidad económica, entre la que también se cuenta la empresarial, presenta serios desafíos para el Derecho penal en ámbitos tan concretos como las cifras oscuras de la criminalidad. Por su lado, GALLEGO SOLER, J., "Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales", en *Íd.* y Modolell González, J., *Empresa y Derecho penal*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p. 93, recoge la apreciación general de la doctrina, en torno a la utilización a nivel procesal de las llamadas "cabezas de turco" que asumen formalmente la responsabilidad en la empresa y se utilizan como testaferrero en la cúspide empresarial.

<sup>7</sup> SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", op. cit., p. 530. Aunque más alejado del tema que se aborda, debe tenerse presente también la existencia de una delincuencia transnacional que se desarrolla a partir de entidades empresariales altamente complejas y que funcionan en distintos territorios nacionales con lo que las dificultades de imputación del responsabilidad son aún mayores. La facilidad en el tránsito de los flujos de capital y financieros, así como el de mercancías, de servicios y de personas, las innovaciones tecnológicas, las operaciones bancarias electrónicas y, por fin, el carácter que viene adoptando la empresa, contemporánea, dan pie al desarrollo de una criminalidad que se mueve vertiginosamente, haciendo uso de estos vehículos que resultan ser una excelente herramienta para la realización de actos delictivos. En estos casos la experiencia demuestra que los beneficios ilícitos obtenidos de los delitos se reintroducen en actividades aparentemente lícitas, permitiendo que se generen ganancias desvinculadas de su origen criminal. Frente a esta realidad, en la que intervienen organizaciones ubicadas estratégicamente en distintos territorios jurisdiccionales, los instrumentos del Derecho penal nacional resultan absolutamente desbordados. Para mayor detalle véase TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Sistema penal y empresa", en AA.VV., *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico*, Terradillos Basoco, J.M. y Acale Sánchez, M. (coords.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, *passim*, quien profundiza en el aspecto de la globalización de la delincuencia económica. Véase también, JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica", en García Arán, M. (dir.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, nº 61, 2004, pp. 153ss., quien profundiza en ámbitos como la actividad bancaria.

<sup>8</sup> Me refiero a aquélla a que ha hecho alusión Schünemann como aquél fenómeno propio de la actividad empresarial caracterizado por ciertos comportamientos individuales que se presentan en la estructura empresarial y que se manifiestan en respuesta a la presión del entorno laboral. De acuerdo a ello, tanto el sujeto como los demás integrantes de la estructura consideran necesarios y aceptados ciertos actos ilícitos para la consecución de los fines productivos de la empresa. SCHÜNEMANN, B., "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación", *ADPCP*, Tomo 55, Fascículo/mes 1, 2002, p. 27.

puestos de dirección y gestión de las estructuras societarias<sup>9</sup>. El hecho de que quienes desempeñan estas funciones sean generalmente percibidos de una manera positiva o al menos neutral, hace que sus actuaciones delictivas se atribuyan más a los excesos de la virtud que a defectos, como el carácter emprendedor, el conocimiento técnico, la capacidad de ascender o el espíritu innovador<sup>10</sup>. Como es fácil adivinar, la imagen positiva que se transmite de este modelo de empresario audaz, innovador, informado o hasta arriesgado puede facilitar que traspase la delgada línea roja que separa lo jurídicamente admitido de lo prohibido<sup>11</sup>, con la consiguiente merma en los fines preventivo-generales del Derecho penal, además de un significativo daño a la seguridad normativa<sup>12</sup>.

Junto a los anteriores, otro de los principales escollos en la detección de responsabilidades penales en el seno de las empresas guarda relación con las mismas características de la actividad empresarial. En concreto, con la complejidad de su organización y funcionamiento, que tiende a reproducirse en el delito empresarial. En tal sentido, a mayor capacidad económica y financiera de la organización empresarial, mayor grado de anonimato de sus integrantes. Éste traduce en una mayor dificultad de identificar al sujeto responsable, por cuanto en la comisión del delito pueden intervenir pluralidad de sujetos que actúen desde posiciones igualmente diversas, que permitan hablar de la existencia de una verdadera brecha entre la creación de un riesgo, la representación del mismo y la información general sobre la actividad de la empresa<sup>13</sup>.

Para el Derecho penal donde se presentan mayores retos es en aquella actividad económica desarrollada no ya por la empresa familiar o el empresario individual sino por la compleja empresa contemporánea, pues en ésta interactúan una multiplicidad de sujetos encargados de labores específicas con competencias también específicas. Esta nueva realidad conlleva tales dificultades<sup>14</sup> en la aplicación de las estructuras propias de la teoría

---

<sup>9</sup> En tal sentido se pronuncia TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 28, quien sostiene que la insuficiencia en la eficacia de las sanciones penales en el ámbito económico se debe principalmente a la “defectuosa valoración” de los actos de quienes intervienen en este sector, los que son apreciados como conductas que se encuentran a medio camino entre “comportamientos ilícitos y operaciones económicas arriesgadas”.

<sup>10</sup> Así señala NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 16, que los delincuentes económicos tienden a ser vistos socialmente como “gente motivada por el deseo de enriquecerse, en quienes se reconocen más virtudes que defectos”.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 16ss., agrega que esa “admiración por el autor” de delitos económicos se debe principalmente a que “hasta hace poco” esas conductas no estaban prohibidas en nuestra sociedad. Más adelante la autora señala que tanto la doctrina como los órganos judiciales venían desde hace tiempo alertando sobre las deficiencias de los mecanismos del sistema penal para hacer frente a la delincuencia económica, generándose lagunas de impunidad que deben ser urgentemente solventadas.

<sup>12</sup> En este mismo sentido FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *CIIDPE*, 2009, p. 1, quien agrega que de volverse una tendencia en el tiempo la aplicación de sanciones penales sólo a los eslabones no cualificados de la entidad o bien se mantenga la solución a través de la aplicación de criterios formales, se producirá un “deterioro en las funciones sociales que debe cumplir el Derecho Penal”.

<sup>13</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p.3. Agrega este autor que en el caso de las empresas los directivos y administradores poseen una visión demasiado global y, por su lado, los que ejecutan la política empresarial pueden ver los alcances de la actividad empresarial, pero carecen de la necesaria información general para entender la peligrosidad de dicha actividad.

<sup>14</sup> Por otro lado, como señala, MANSDÖRFER, M., “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo”, *Indret*, n° 2, 2007, p. 4, la potencialidad de criminalidad empresarial, no sólo

jurídica clásica del delito y el sujeto responsable, que en ocasiones conduce a la amarga necesidad de declarar la impunidad del acto delictuoso. En efecto, los grandes consorcios y entramados empresariales, así como los grupos de empresas presentan serios obstáculos para la apreciación de las formas comunes de autoría y participación en el delito. Por ello, resulta forzoso comprender el significado de estas entidades en la actividad económica actual así como en la realidad criminal<sup>15</sup>. Y para ello es preciso distinguir entre la mera suma de individuos que se reúnen con el único fin de realizar un fin económico determinado y la nueva realidad que surge con la aparición de la empresa contemporánea, con todas las consecuencias que ello conlleva para el Derecho penal y la necesidad de idear soluciones novedosas para la detección y determinación de responsabilidad penales individuales<sup>16</sup>.

En esta búsqueda de nuevas respuestas para los nuevos retos que tiene que afrontar el Derecho penal contemporáneo, debe tenerse en especial consideración que en el contexto empresarial existe una compartimentación de los distintos elementos de forma tal que las actuaciones individuales suelen ser irrelevantes para fundamentar esa responsabilidad penal<sup>17</sup>, lo que constituye un efecto reflejo de la forma en que se estructuran las entidades empresariales contemporáneas<sup>18</sup>. En la organización empresarial imperan los principios de división del trabajo, especialización funcional y sometimiento de cada una de las partes del proceso a un plan o dirección común. A los anteriores, debe sumarse además el principio jerárquico -notablemente morigerado en la actualidad<sup>19</sup>- y el de coordinación entre las distintas tareas<sup>20</sup>, en pos del objetivo lucrativo final de la entidad. Todos esos elementos y factores están comprendidos en la estrategia empresarial, en la que se conjugan la estructura organizativa y los comportamientos específicos relacionados con el cumplimiento de objetivos organizativos por parte de cada uno de los miembros de la estructura.

---

representa un problema dogmático, sino también político criminal, lo que se deriva del importante poder que las grandes empresas concentran y el potencial peligro que ello representa.

<sup>15</sup> La relevancia que adquiere en la actualidad la criminalidad corporativa es indudable y en este sentido señala FOFFANI, L., "Escándalos económicos y reformas Penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización", *Revista Penal*, n° 23, 2009, p. 33, que la criminalidad corporativa está viviendo un momento de especial actualidad, y la economía abre nuevas posibilidades de actuación para estas entidades, con ganancias derivadas de la delincuencia que en Estados Unidos se cifran en 66.000 millones de dólares, mientras que los inversores han perdido el 70%, 90% o todos sus ahorros.

<sup>16</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit., pp. 2ss.

<sup>17</sup> En este sentido las dificultades se relacionarían más con la intervención que TIEDEMANN, K., "La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", *Revista Penal*, n° 5, 2000, p. 91, señala en relación con la autoría y participación en sentido *vertical*, es decir, la que se desarrolla jerárquicamente y en la que varias personas cooperan en la producción del resultado antijurídico pero estando situadas en distintos escalones de la estructura.

<sup>18</sup> Así también GARCIA ARÁN, M., "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA.VV., Faraldo Cabana, P. y Valeije Alvarez, I. (coords.), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Universidades Da Coruña, 1998, p. 45, plantea que los problemas de determinar responsabilidades en la empresa se ven acentuados en aquellos casos de entidades que cumplen sus fines en distintos territorios, pues las mismas presentan muy intrincadas redes a través de las cuales desarrollan sus relaciones internas, como es el caso de empresas las transnacionales y los *holdings*.

<sup>19</sup> MANSDÖRFER, M., "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo", op. cit., p. 5, llega a señalar que en la actual sociedad de la información las estructuras jerárquicas están "considerablemente carentes de jerarquía".

<sup>20</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 33.

Para el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales, es preciso que todas y cada una de las tareas y planes de la entidad sean realizados por distintas personas<sup>21</sup> las que, además, en la actividad interna de la empresa deben comunicarse e interactuar de diversas formas. De esta manera el proceso productivo será el fruto de la conexión entre las distintas unidades organizativas<sup>22</sup>. Se aprecia, por tanto, en el proceso económico interno de la empresa, una interacción entre un número importante de personas que desarrollan labores específicas y compartimentadas, que al relacionarse tienden conjuntamente al objetivo final de la estructura societaria<sup>23</sup>. Como ya se indicaba, todos estos elementos tienden a reproducirse en el delito empresarial, en especial cuando es cometido en el marco de entidades de cierta envergadura<sup>24</sup>.

De todas las características de la nueva realidad empresarial, la que de un modo más claro define también el fenómeno criminal vinculado a la misma es la relativa a la especialización y compartimentación del proceso productivo<sup>25</sup>, de modo que el cumplimiento de una tarea concreta y determinada en el proceso empresarial<sup>26</sup> permite que cada uno de los individuos que participa en él, no necesariamente conozca el efecto de su labor en el producto final, articulado por quienes tienen la dirección y control total de proceso. A su vez, estos últimos también podrían no conocer los errores que pueden ser cometidos por los distintos niveles parciales que interactúan<sup>27</sup>, por cuanto la visión global de la actividad podría jugar en detrimento de un conocimiento preciso de los alcances de cada tarea concreta y de su potencial peligrosidad.

---

<sup>21</sup> Por su lado MANSDÖRFER M., "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo", op. cit., p. 6, señala que existe en la empresa, en primer lugar, un grupo de personas que toman las decisiones de dirección sobre la estrategia de la misma, aquellos dedicados a la investigación, otro grupo encargado de la dirección técnica, otros que realizan funciones de control y, por último, el grupo de los trabajadores.

<sup>22</sup> TENA, J., *Organización de la empresa: teoría y aplicaciones*, EADA Gestión, Barcelona, 1989, pp.18ss.

<sup>23</sup> Y como señalan PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<Caso de la Colza>> (Segunda parte)", en AA.VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 292s.; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa*, op. cit., p. 39, en esta particular realidad, la existencia de una normativa extrapenal que rige su constitución y funcionamiento viene a ser para el Derecho penal un escollo más a salvar para la determinación de responsabilidades penales individuales.

<sup>24</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas", op. cit., p. 3, plantea al respecto que se echa de menos una mayor relación entre las instituciones dogmáticas y la sociología de la organización, sobre todo en ámbitos relacionados con los delitos cometidos no en el seno de pequeñas empresas, sino de las grandes organizaciones empresariales que es, precisamente, donde la doctrina tradicional "parece naufragar".

<sup>25</sup> MANSDÖRFER M., "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo", op. cit., p. 7, quien señala que es característico desde un punto de vista funcional el cumplimiento de tareas concretas por los distintos grupos que se relacionan en la empresa.

<sup>26</sup> En definitiva, el rasgo principal en este sentido, es la alta distribución de roles en el proceso productivo, por cuanto cada sujeto cuenta con competencias muy específicas para el desarrollo de sus labores. Véase, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit., p. 4.

<sup>27</sup> MANSDÖRFER M., "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo", op. cit., p. 8, señala al respecto que la instrumentalización de los individuos que aportan con prestaciones parciales, no suele ser del todo fácil, por cuanto aunque pueden desconocer las consecuencias de sus actuaciones no se transforman por ello en un herramienta carente de voluntad. En efecto, señala que en ciertos casos habrá un conocimiento del sentido antijurídico de la actuación, pues la misma podría carecer de sentido de no ser realizada.



La aludida división del trabajo y correspondiente fragmentación de la información por supuesto no impide, por lo menos en teoría, conocer el sentido antijurídico de ciertos actos. En tales casos todo dependerá de la prueba de las condiciones en que se desarrollen esos actos parciales y la información con que cada uno de los individuos cuente<sup>28</sup>. Por su lado, en el delito empresarial se reproducen las características del proceso productivo, en tanto, la realización del mismo también es una actuación en grupo, con características muy similares a las que se presentan en el fenómeno productivo y que acaban de exponerse. De allí que la imputación individual del delito sea una labor altamente compleja.

Por tanto, la identificación de las características de la actividad empresarial actual en la dinámica del delito empresarial lleva a tener que analizarlo como fenómeno colectivo entendido, eso sí, como algo más que la sola reunión de individuos para un fin común. Se trata de entender el delito empresarial como un fenómeno complejo que parte de una decisión colegiada, seguida por la ejecución de una serie de actos parciales que conllevan el riesgo de producción de una lesión a un bien jurídico determinado, llevados a cabo por personas que cuentan con una información parcial acerca de la totalidad del proceso productivo. Desde este punto de vista, los elementos de seguridad e información a cargo de cada una de las partes del todo productivo tendrán especial relevancia para determinar la responsabilidad que pueda exigirse a cada uno de los sujetos (físicos) que han intervenido ya en la toma de decisiones, ya en la ejecución de los acuerdos de empresa. Desde este punto de vista, cabe la posibilidad de que la mera adopción de la decisión no pueda ser calificada como delito<sup>29</sup> –cuando no pasara de un mero acto preparatorio impune- aunque sí pudiera serlo su ejecución; e inversamente, que la ejecución de determinados acuerdos pueda ser delictiva para unos pero no para quienes desconozcan el fin delictivo al que sirven<sup>30</sup>.

En efecto, pueden producirse situaciones en las que algunas personas físicas, trabajadores o directivos, hayan tenido un total desconocimiento de la relevancia penal de su conducta, es más puede que los mismos hayan actuado con la convicción de estar realizando una labor absolutamente lícita. Esta última situación es posible por el rol que juega otro factor relevante propio de la dinámica productiva: la información real que ha llegado a cada una de las instancias que han colaborado en la causación del resultado, que es la única que puede ser considerada a efectos de la prueba del dolo. De hecho, en muy pocas ocasiones podrá llegarse a una conclusión fuera de toda duda en cuanto a que el sujeto físico en cuestión ha adoptado una decisión absolutamente informada<sup>31</sup>. También podría suceder que los sujetos que han intervenido, además de no haber actuado con dolo típico, pueden haberlo hecho con alguna causa de exclusión de responsabilidad penal –como por ejemplo, la alteración psíquica que padecen quienes precisamente por ello son elegidos como hombres de paja-, lo cual también es extrapolable a las actuaciones de los que se en-

---

<sup>28</sup> Para un mayor desarrollo de este punto véase *loc. cit.*

<sup>29</sup> En efecto, en muchos casos la adopción de una decisión delictiva por parte del órgano colegiado de la entidad no será en sí mismo constitutivo de delito, pues sólo podrá ser calificado como un acto preparatorio que no estará penado. Por ello, forzosamente deberá considerarse atípico.

<sup>30</sup> En este sentido se plantea GALLEGO SOLER, J., en “Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales”, *op. cit.*, p. 90.

<sup>31</sup> SCHÜNEMANN B., “Responsabilidad en el marco de la empresa”, *op. cit.*, p. 11, quien expresa al respecto que en muchos casos los directivos generalmente sólo reciben “una pequeña fracción de las informaciones necesarias” para adoptar las decisiones que se encuentran en su órbita de competencia.

cuentran en la cima de la estructura<sup>32</sup>. Por ello, este tipo de delincuencia se aleja del modelo de actuación en que la decisión criminal es adoptada y ejecutada de manera conjunta por todos los sujetos implicados en los hechos, facilitando la atribución de responsabilidad por autoría o participación en la producción del resultado<sup>33</sup> y, por ello plantea la necesidad de atender a las particularidades y la dinámica del delito empresarial en la aplicación de los criterios penales tradicionales, en los que el paradigma es el autor individual que ejecuta de propia mano el delito<sup>34</sup>.

A la vista de los ámbitos que resultan afectados por la criminalidad empresarial, el examen de la tipicidad, la autoría y la participación y otras formas de criminalidad “asociativa”, resulta imprescindible para valorar la capacidad de rendimiento de las instituciones penales de corte individual y reflexionar acerca de la necesidad de hallar nuevas vías de atribución de responsabilidades en el ámbito de la empresa.

## **2. Retos y respuestas del Derecho penal frente a la nueva realidad empresarial**

Ante el escenario descrito, plagado de dificultades en la determinación de los responsables del delito en contextos empresariales<sup>35</sup>, el Derecho penal se ha visto en la necesidad de buscar fórmulas que lo hagan posible, especialmente, en el marco de organizaciones altamente complejas que en la actualidad constituyen ya una buena parte de la praxis judicial<sup>36</sup>.

### **a) El problema de la irresponsabilidad penal organizada y la exención de responsabilidad de los mandos superiores**

En efecto, ya por vía jurisprudencial ya por vía doctrinal o por una y otra, se han intentado algunas formas de solución desde la teoría del delito de corte individual que buscan atribuir responsabilidades penales a personas determinadas de la estructura empresarial. Sin embargo esta tarea no ha resultado del todo fácil debido a las formas de desarrollo económico de las organizaciones empresariales contemporáneas en las que predomina la llamada *irresponsabilidad penal organizada*<sup>37</sup> de la que se siguen problemas en la impu-

---

<sup>32</sup> GALLEGO SOLER, J., “Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales”, op. cit., p. 91.

<sup>33</sup> Así se plantea GRACIA MARTÍN, L., “La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales”, en Serrano-Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E., *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, p. 86, a través del ejemplo de un hipotético caso de comisión del delito del art. 305 CP, explica el contexto de los delitos cometidos en el ámbito de la actividad empresarial y plantea numerosos problemas que se presentan a la hora de determinar las responsabilidades individuales.

<sup>34</sup> GALLEGO SOLER, J., “Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales”, op. cit., p. 92.

<sup>35</sup> GRACIA MARTÍN L., “La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales”, op.cit., 2010, *passim*.

<sup>36</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, op. cit., p. 1.

<sup>37</sup> Como señala FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de

tación jurídico penal de hechos típicos e identificación de los autores, derivados precisamente de lo que antes se ha señalado, esto es, la particular forma en que se producen estos delitos en entidades que operan de manera descentralizada y con división de tareas<sup>38</sup>.

En este sentido, en la doctrina existe acuerdo respecto de lo nociva que puede resultar la aplicación de criterios de imputación individuales cuando ello se traduce en la sanción de quienes se encuentran al final de la cadena productiva, los que no obstante haber ejecutado materialmente la acción, no pueden considerarse los verdaderos artífices de la infracción. Tales limitaciones derivan, en definitiva, de la imposibilidad de llegar a quienes se hallan en el vértice de la cadena jerárquica, impidiendo abordar las verdaderas complejidades de los delitos empresariales<sup>39</sup>.

## **b) La temprana respuesta jurisprudencial al problema de la actuación en nombre de otro**

Con todo los avances en doctrina son indiscutibles y la labor que la jurisprudencia ha tenido en la obtención de una justicia material en el terreno de la delincuencia empresarial son loables. De ello dan cuenta, por ejemplo, las numerosas sentencias de los tribunales penales españoles anteriores a la entrada en vigor, en 1983, de la cláusula del *actuar en lugar de otro*, que vino a llenar un sensible vacío en la legislación penal en lo relativo a delitos especiales cometidos, principalmente, en el ámbito de la criminalidad empresarial. La ausencia de norma legal, en este caso, no fue impedimento para atribuir responsabilidades en ausencia de las condiciones objetivas de autoría exigidas por el tipo.

## **c) La revisión doctrinal de la teoría de la participación**

Otro tanto puede decirse respecto de las formas que se han ido adoptando en el ámbito de la teoría de la autoría y la participación. En el campo de los delitos empresariales, se han buscado soluciones que tiendan a superar los problemas y barreras derivados de la aplicación de las figuras de autoría y participación a fin de alcanzar a quienes se encuentran en la cúspide de la organización empresarial y que, en rigor no han tenido una participación material en los hechos<sup>40</sup>. Con ese fin se ha intentado hacer llegar la respon-

---

responsabilidad penal individual?”, en Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 202s., la *irresponsabilidad penal organizada* dice relación con las dificultades que enfrenta la tradicional imputación individualizada ante lesiones a bienes jurídicos que tienen su origen en organizaciones humanas u otras configuraciones organizativas propias de las empresas con división y descentralización de funciones y tareas.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 6, señala que esa forma de desarrollo delictivo es la fuente de las dificultades con que se topa la tradicional imputación individual en su aplicación a organizaciones altamente complejas como las grandes empresas contemporáneas.

<sup>39</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 20; y GALLEGOS SOLER, J., “Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales”, op. cit., p. 93.

<sup>40</sup> En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 487, señala que uno de los aspectos en que más se ha incidido por parte de la doctrina es justamente en la teoría de la autoría y participación de los delitos socioeconómicos.

sabilidad penal a los sujetos que no aparecen a simple vista en la comisión de determinados delitos, pero que juegan un rol relevante y muchas veces crucial en su resultado típico. Estos intentos han llevado a concluir la necesidad de dar mayor laxitud a las reglas clásicas de imputación así como a crear nuevas reglas que permitan dar, de manera adecuada, solución a los delitos empresariales<sup>41</sup>.

#### d) Valoración de las anteriores soluciones

La relación que los anteriores instrumentos presentan con el problema de atribución de responsabilidad penal en el seno de las personas jurídicas, en especial de carácter empresarial, es indudable. Por ello la atención pasa a centrarse en los problemas derivados de la actuación de los órganos de las entidades tanto en la órbita de los delitos comunes como en el de los delitos especiales<sup>42</sup>. De hecho, sólo por citar un ejemplo, en el caso de las *actuaciones en lugar de otro*, no fueron pocas las voces que se levantaron señalando que con la mencionada cláusula se venía a dar directa solución a la cuestión de la RPPJ<sup>43</sup>. Aunque en la actualidad sabemos que la cláusula en cuestión no tiene tal finalidad<sup>44</sup>, lo cierto es que, como veremos a continuación, existe una indudable relación entre estas dos materias. Por ello resulta vital analizar cuáles son los límites que los referidos instrumentos (de corte individual) plantean a propósito de las actuaciones delictivas de índole empresarial.

La vinculación entre la determinación de responsabilidades individuales y empresariales queda de manifiesto en el modelo de imputación elegido por el art. 31 bis CP, que condiciona parcialmente la afirmación de la segunda a la de la primera<sup>45</sup>. Además la pro-

---

<sup>41</sup> Sin embargo, *loc.cit.*, critica la utilización de ciertos instrumentos consistentes en la creación de tipos abiertos que persiguen calificar a cualquier interviniente en el delito como autor, con tal que haya contribuido causalmente a la realización del hecho aunque tal contribución esté muy alejada de la puesta en peligro del bien jurídico.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 490.

<sup>43</sup> A mi modo de ver TOLEDO Y UBIETO, E., "Las actuaciones en nombre de otro", *ADPCP*, Fasc. I, T. XLI, enero- abril, 1984, pp. 24ss., si bien partía señalando que no se trataba, con la fórmula del art. 15 bis, precedente del actual art. 31 CP, de "paliar" el problema de la vigencia del principio *societas delinquere non potest* y, la consiguiente irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, finalmente termina por aseverar que la fórmula en cuestión tenía precisamente esa finalidad de "paliar" los efectos de la despersonalización de los individuos derivados de la, a su vez, personificación de la sociedad, en el ámbito penal. Es decir, que se trataba de morigerar los efectos de la entrada en el Derecho penal de entes propios de otras ramas del Derecho privado, pero que carecían de responsabilidad en dicho ámbito del Derecho, por lo que podría llegarse a la conclusión de que el autor reconocía finalmente al art. 15 bis como una fórmula para solventar la irresponsabilidad de las personas jurídicas, aunque debe reconocerse que su punto de partida es distinto.

<sup>44</sup> Aunque es preciso señalar que, ya en los tiempos de la entrada en vigor de la norma contenida en el art. 15 bis, autores como BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", en Cobo del Rosal, M. y Bajo Fernández, M. (dirs.), *Comentarios a la Legislación Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, p. 317, ya señalaba que sostener que el art. 15 bis se hacía cargo de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas era una "falsa creencia" inducida por la limitación de la representación sólo de personas jurídicas impuesta por la norma. Agregaba que en la misma no existía elemento alguno que permitiera establecer la forma en que deberían responder dichos entes por los hechos cometidos por sus representantes. Respecto del art. 31 CP véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", en AA.VV., Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 371.

<sup>45</sup> Esa vinculación aparece al constatar que la actual RPPJ contempla la determinación de las responsabilidades individuales de los sujetos mencionados en los dos primeros párrafos del apartado primero del art. 31 bis CP el que, de ser posible, operará como primer peldaño en la determinación de

pia contemplación de una responsabilidad penal que debe ser investigada y sancionada de manera acumulativa con la responsabilidad penal individual de quienes han realizado los actos en beneficio de la entidad corporativa, da cuenta de la compenetración de las instituciones de carácter individual y la responsabilidad penal corporativa en la persecución del crimen empresarial.

Sin perjuicio de lo anterior, y reconociendo la utilidad de estas instituciones e instrumentos para la persecución y sanción de delitos producidos en el desarrollo mercantil, desde el punto de vista de lo que aquí se analiza, esto es la responsabilidad penal de la propia entidad empresarial por los delitos cometidos bajo su cobertura, los instrumentos con los que cuenta el Derecho penal tradicional para hacer aplicable la pena a nivel individual han dado cuenta de sus limitaciones. En efecto, como veremos a continuación, dichos elementos e instituciones tienen un ámbito de aplicación acotado<sup>46</sup> y responden a ciertas necesidades presentes en determinado momento y en dicho ámbito han resultado acertados, pero los mismos no pueden aplicarse a ciertos casos en los que resulta obligado, a la luz del principio de legalidad, concluir la impunidad de los mismos<sup>47</sup>. Así, resultan de difícil solución casos en los que los delitos son el resultado de conductas fraccionadas, o en el ámbito de grupos de empresas, o de personas jurídicas que administran y representan a su vez a otras empresas, o de una delegación de funciones. En ellos las herramientas del Derecho penal de corte individual tienen un indiscutible límite aplicativo que podría determinar la impunidad del delito<sup>48</sup>, si no se quiere incurrir en aplicaciones analógicas rechazadas en Derecho penal<sup>49</sup>. En tales supuestos, la previsión de la RPPJ permite dar una adecuada respuesta a todos aquellos casos en los que la imputación jurídico penal individual resulta insuficiente. No obstante, debe tenerse presente que, en términos generales, la imputación individual y la colectiva deberían operar de manera acumulativa a fin de dar una solución total al problema del delito corporativo.

---

responsabilidades cuando se trate de un delito que contemple este tipo de responsabilidad penal.

<sup>46</sup> Como es el caso de la *actuación en lugar de otro* del art. 31 CP o las formas doctrinales de la comisión por omisión y los deberes de garantía del órgano.

<sup>47</sup> Así, FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", en *Estudios de Derecho penal económico*, Dykinson, 2003, en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), p. 9; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 388, señala la impunidad en algunos supuestos típicos, dependiendo de la concepción de decida aceptarse respecto de los sujetos contenidos el art. 31 CP.

<sup>48</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 673, aunque refiriéndose a la impunidad en los casos de *actuación en nombre de otro* cuando el autor no cumple con los requisitos de cualificación del tipo.

<sup>49</sup> Aunque no conectado directamente con el tema que se desarrolla, resulta interesante mostrar la especialmente clarificadora posición que, desde una visión de conjunto, respecto de las razones por las que resulta tan difícil la determinación de responsabilidades en el ámbito del delito empresarial, plantea RUIZ RODRIGUEZ, L., "Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad económica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, 2009, p. 375. El autor señala que el cúmulo de dificultades y críticas provenientes de la ampliación del catálogo de infracciones penal, como resultado de la incorporación de nuevas realidades económicas, se ha centrado en algunas ramas más que en otras. Así en el Derecho penal económico, advierte el autor, se han acumulado las críticas, no ocurriendo lo mismo respecto de otras formas delictivas. Al respecto indica que ello ocurre por la "*falta de concreción de los bienes jurídicos en juego, tendencia a tipificar conductas de peligro sin aparente lesividad, extremas dificultades para la imputación de los sujetos que ostentan el poder real en las organizaciones, etc.*", lo que no ha sido el resultado de razones "*estrictamente jurídicas*".

## CAPÍTULO II. ALCANCE Y LÍMITES DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS TRADICIONALES

### 1. Alcance y límites de la regla del actuar por otro (artículo 31 del Código Penal)

#### 1.1. Génesis y sentido de la regla del actuar por otro

El art. 31 CP constituye una de las vías por las que se ha intentado abordar, el problema de determinación de responsabilidades penales en el seno de organizaciones colectivas que actúan como personas jurídicas<sup>50</sup>. Esta, como otras vías, surgen del análisis y constatación, a nivel penal, de que ciertos fenómenos delictivos empresariales no pueden ser abordados con los elementos propios del Derecho penal clásico de corte individual<sup>51</sup>. En tal sentido, el art. 31 CP, aunque dirigido a resolver aspectos propios de los delitos especiales, también tangencialmente aborda el ámbito de los delitos empresariales, aunque centrándose en la responsabilidad penal de las personas físicas que integran la persona jurídica<sup>52</sup>.

El art. 31 CP aunque parte de la aceptación de la personificación de la asociación colectiva, opta por no reconocer a la persona jurídica -como sí ocurre en el Derecho civil<sup>53</sup>- como centro de imputación de responsabilidad, atribuyendo esa responsabilidad a ciertas personas físicas que ejercen funciones relevantes de gestión y administración al interior de la organización<sup>54</sup>. En tal sentido, en el ámbito del art. 31 CP, más que las personas jurídicas, son relevantes las personas físicas que aparecen ante el Derecho como responsables de

---

<sup>50</sup> Así señala PAREDES CASTAÑÓN, J., "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<Caso de la Colza>> (Segunda parte)", op. cit., pp. 292s., que en el caso del aspecto externo de la actividad empresarial, ella es asumida casi enteramente por el Derecho privado, por lo que el sujeto que asume la responsabilidad es una persona jurídica, sin embargo, para el Derecho penal, la cuestión sigue centrándose en las personas físicas que laboran en la empresa y que han intervenido en la acción delictiva.

<sup>51</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa*, op. cit., pp. 41ss., señala al respecto que se han dado múltiples soluciones para aquellos casos en que todos los que han intervenido en la comisión del delito conocen el sentido típicamente antijurídico de sus actuaciones, pasando por la responsabilidad del subordinado, la del mando intermedio que simplemente trasmite la orden del que está más arriba, hasta llegar a la responsabilidad del directivo, como supuesto más complejo de establecer. Todas ellas implican la utilización de todas las categorías clásicas de autoría y participación, lo que genera una notable inseguridad jurídica, pues pone de relieve la dificultad para encontrar una solución adecuada para el caso concreto al dar soluciones que, en ocasiones, pueden resultar absolutamente contradictorias entre sí.

<sup>52</sup> GRACIA MARTÍN, L., "La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales", op. cit., pp. 88s.

<sup>53</sup> En todo caso, cabe precisar que, como señala DE LA FUENTE HONRUBIA, F., "Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal", *ADPCP*, vol. LV, 2002, p. 203, respecto de las agrupaciones aunque en el Derecho penal rigen las mismas categorías que en el Derecho civil, la personalidad jurídica no tiene la misma relevancia que en otras ramas del Derecho, pues lo realmente relevante es la "proyección delictiva" de la agrupación.

<sup>54</sup> Ello, partiendo de la base de que la personificación de la asociación colectiva, con sujetos físicos que realizan funciones de administración y gestión -que son los sujetos a los que va dirigida la disposición del art. 31 CP- es la mejor opción para lograr los fines societarios. Ver en detalle, TENA J., *Organización de la empresa: teoría y aplicaciones*, op. cit., p. 18.

la conducción de los destinos de las primeras. Lo anterior implica también que sigue siendo el acto individualmente considerado el que resulta penalmente relevante para la aplicación de dicha disposición.

El art. 31 CP debe ser analizado en el contexto de los llamados “delitos especiales”, es decir, aquellos delitos de los que sólo puede ser autor el sujeto en quien concurren las cualidades previstas en el tipo<sup>55</sup>. Estos delitos son, además, clave en la criminalidad económica que aquí se analiza. De allí, la gran cantidad de tipos penales que son creados teniendo a la vista a sujetos activos muy comunes en la realidad económica empresarial, como el comerciante, el exportador, el gerente, etc. Consecuentemente, es lógico pensar que no pueda soslayarse la investigación y detección de los responsables individuales de esta especie de ilícitos penales<sup>56</sup>.

A fin de dar respuesta a algunos de los problemas que se presentaban en el ámbito de los delitos especiales en la legislación penal española se planteó la llamada cláusula de *actuación en lugar de otro* o *actuación en nombre de otro*, regulada actualmente art. 31 CP. Su precedente se encontraba en el antiguo art. 15 bis -que rigió desde el año 1983 hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995<sup>57</sup>- creado con el objetivo de colmar el vacío de punibilidad<sup>58</sup> que se producía en los delitos especiales, cuando quien cometía el hecho delictivo no reunía las cualidades subjetivas típicas precisas para ser autor del delito<sup>59</sup>.

Sin perjuicio de su inclusión a nivel legal en la actualidad, la jurisprudencia venía solucionando los casos concretos que conocía y en los que quien realizaba el hecho no reunía las cualidades típicas, desde antes de la entrada en vigencia del art. 15 bis. En efecto, los tribunales entendían, al igual que la doctrina tradicional, que existía una dispersión de los elementos del tipo del delito<sup>60</sup> que permitía sancionar penalmente a los sujetos que,

---

<sup>55</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op.cit., p. 665.

<sup>56</sup> En tal sentido se plantea TIEDEMANN K., *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 253 ss., quien señala además que la criminalidad económica se ha construido de alguna manera a partir de la creación de tipos especiales, siendo esta especie de delitos los que se erigen en pilar fundamental de la definición de criminalidad económica, tanto a nivel nacional como comunitario.

<sup>57</sup> GRACIA MARTÍN, L., “La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales”, op. cit., pp. 94s.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Artículo 31”, op. cit., p. 370 y “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en *Íd.* (ed.) y Schünemann, B. y De Figueiredo Dias, J. (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 375; FERNÁNDEZ TERUELO, J., “Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal”, op. cit., p. 1; y MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp.519ss.

<sup>58</sup> GARCÍA CAVERO, P., “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 9, 2002, p. 121, quien señala que, desde un punto de vista de la finalidad político- criminal la cláusula del actuar en lugar de otro es justamente “*cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales*”, pero que, para establecer cuáles son los fundamentos dogmáticos es necesario un análisis de la estructura material de los delitos especiales. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., p. 374.

<sup>59</sup> De modo similar se plantea QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 676, al señalar que se trataría con la cláusula “*obviar los inconvenientes derivados de la posible limitación de la esfera de autores en determinados delitos*”;

<sup>60</sup> En efecto, la dispersión de los elementos del tipo era, según GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1986, p. 15, el problema que la teoría tradicional sostenía existía en estos delitos. Por ello, entonces se utilizaba el esquema de la disociación para explicar el fenómeno, sin embargo, en su criterio, al que adhiero, el problema debía ser abordado desde la óptica del

habiendo actuado en nombre de la sociedad, no contaban con la cualificación que sí recaía, en cambio, en la persona jurídica por la que se obraba<sup>61</sup>. Ello, aunque los fundamentos y las soluciones no siempre atendían al verdadero fenómeno que se intentaba solventar a través de la cláusula de la actuación en nombre de otro.

En otras palabras, lo planteado a nivel jurisprudencial se enfocaba más bien en atribuir responsabilidad penal cuando se cometía un delito en el ámbito de la persona jurídica, que en abordar el problema de la ausencia de la cualidad típica de quien actuaba<sup>62</sup>. Por otro lado, las sentencias se fundamentaban también en razones político-criminales favorables a la incriminación, con el fin de evitar lagunas de punibilidad, si bien forzando el principio de legalidad por analogía *in malam partem*<sup>63</sup>.

En efecto, la actuación en lugar de otro venía siendo entendida a nivel jurisprudencial y doctrinal con un contenido un tanto disperso y a veces equívoco<sup>64</sup>. En el marco de los delitos especiales cometidos en el seno de una persona jurídica, se tendía a comprender la cláusula como una forma de dar solución a la cuestión de la irresponsabilidad de la persona jurídica<sup>65</sup>. En este sentido se entendía que lo abordado era la necesidad de que, cuando se cometía un delito bajo la cobertura de una persona jurídica, surgía como imperativo establecer a algún sujeto como responsable por el delito, y dado que la persona jurídica no podía ser sancionada debía imputarse ese hecho delictivo a algún autor físico del delito<sup>66</sup>. Era evidente, por tanto, la vinculación entre la actuación en lugar de otro y la responsabilidad de la persona jurídica.

---

sujeto que actúa y no desde la disociación.

<sup>61</sup> Respecto de los casos más destacados véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., pp. 372ss. En relación con casos posteriores a la reforma de 2003 que introduce el nuevo art. 31 CP véase CHOCLÁN MONTALVO, J., "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", en Soler Pascual, L. (dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, nº 91, Madrid, 2007, pp. 22ss.

<sup>62</sup> Así señala GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II*, op. cit., pp. 17ss., que la jurisprudencia española no se había planteado de manera correcta el problema, pues no era la falta de un elemento de la autoría en el sujeto actuante la base de las decisiones judiciales, sino el problema de la RPPJ, por lo que concluye que la jurisprudencia hasta la reforma de 1983 no planteaba una verdadera doctrina de las actuaciones en lugar de otro.

<sup>63</sup> En este sentido plantea SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 372 que el mecanismo que los tribunales habían adoptado para evitar la laguna de punibilidad era la de considerar responsables de los delitos especiales como de delitos comunes a los directivos, órganos o representantes de la persona jurídica que tuvieran el dominio sobre el ámbito en que se producía la lesión del bien jurídico. Lo anterior, pudiendo ser considerado justo desde una óptica material, sin duda plantea una tensión importante con el principio de legalidad en tanto el agente no cuenta jurídicamente con los requisitos establecidos por el tipo para ser sujeto activo del delito.

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., p. 2, atribuye la vaguedad y confusión jurisprudencial a la falta de apoyo legal.

<sup>65</sup> Resulta bastante clara esta tendencia a la identificación de los fenómenos en la STS de 1 de diciembre de 1969 nº 2096, sobre alzamiento de bienes, en la que se señalaba que "si bien las personas jurídicas no delinquen ni pueden ser responsabilizadas de los delitos que en su ámbito se cometieran, responden sus representantes legales".

<sup>66</sup> En ese sentido se plantea GARCÍA CAVERO, P., "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", op. cit., pp. 195s., que este fenómeno comienza como un problema, tanto en Alemania como en España, que se suscitaba a nivel de personas jurídicas y ante la imposibilidad de aplicar sanciones a las mismas derivadas del principio de irresponsabilidad penal, lo que se tradujo en la impunidad de actuaciones delictivas que eran realizadas por los representantes y órganos de las mismas.



Ante tal vinculación -realizada por la propia jurisprudencia- los tribunales optaban por confirmar la irresponsabilidad penal de la persona jurídica por la vigencia absoluta del principio *societas delinquere non potest*, recurriendo a la cláusula de la *actuación en lugar de otro*<sup>67</sup> como aparente solución al problema que se generaba por dicha la irresponsabilidad corporativa.

Esta tendencia a reducir el fenómeno de la RPPJ a la detección de vacíos de punibilidad ante la comisión en el seno de estructuras societarias de delitos especiales, como ya se indicaba, venía planteándose en la jurisprudencia con anterioridad a 1983<sup>68</sup>. Esta centraba el problema no en términos de actuaciones en lugar de otro sino como responsabilidad penal de los órganos y representantes legales de la persona jurídica<sup>69</sup>, ámbito en el cual se presentaban problemas de muy diversa índole y no sólo a nivel de delitos especiales. En sus sentencias los tribunales utilizaban el principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas como el punto de partida desde el cual surgía la necesidad de aplicar otras herramientas como la cláusula de *actuación en nombre de otro*. Sin embargo, tal vacío no existía en el caso de delitos comunes<sup>70</sup>.

Por su lado, en la doctrina también se dedicaban algunos autores *in extenso* a reafirmar la irresponsabilidad penal de los entes jurídicos y la necesidad de aplicar otras formas de solución a los problemas dogmáticos derivados de esta ausencia de responsabilidad<sup>71</sup>. Así, parte de la doctrina señalaba que esta cláusula era una herramienta legal que servía para solventar, en el ámbito penal, los problemas que acarrea la personificación de determinadas estructuras societarias en otras ramas del Derecho<sup>72</sup>. En consecuencia, las *actuaciones en lugar de otro*, así como otros instrumentos ideados en el sistema penal, tenían como fin morigerar los efectos nocivos que se producían por la atribución de personalidad

---

<sup>67</sup> Haciendo alusión a esta problemática planteada incluso antes de la entrada en vigencia del art. 31 CP, es decir, durante la vigencia del art. 15 bis CP, CHOCLÁN MONTALVO, J., "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", op. cit., pp. 16s., plantea que aunque la *actuación en lugar de otro* es una "consecuencia" del principio *societas delinquere non potest*, "también se presenta en los supuestos de general capacidad de acción y de culpabilidad de la persona en cuyo lugar se actúa, cuando en el desarrollo del hecho en particular el representado no puede ser responsabilizado". En efecto, en la *actuación en lugar de otro* el representado no puede ser responsabilizado, porque quien ha actuado materialmente en realidad es el sujeto no cualificado por la norma. Por tanto, la cláusula esconde un problema mucho más específico que la sola irresponsabilidad de las personas jurídicas.

<sup>68</sup> Y debe advertirse que esa creencia no carecía de buenos fundamentos, pues como señala GARCÍA CAVERO, P., "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", op. cit., p. 109, en los inicios de la discusión doctrinal alemana sobre la cláusula en cuestión, parte de esa doctrina se planteó la solución de los problemas de los delitos especiales desde las posiciones del *extraneus* y el *intraneus*, de tal manera que si se consideraba que la persona jurídica tenía capacidad de acción jurídico-penal, la *actuación en lugar de otro* se reducía a un problema de participación en el delito por parte del *extraneus*, siendo la persona jurídica el *intraneus*.

<sup>69</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., pp. 374ss.

<sup>70</sup> *Loc. cit.*

<sup>71</sup> En este sentido se plantea SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, Universidad de Burgos, 2002, pp. 27ss., quien parte de la constatación de que la cláusula inicial, esto es, el art. 15 bis, planteaba la ampliación del círculo de autores cuando el sujeto cualificado era la persona jurídica, por lo que cabía aclarar que la responsabilidad penal y la cláusula de actuación en lugar de otro eran dos cuestiones muy distintas y que la irresponsabilidad de la persona jurídica a nivel penal no significaba en ningún caso admitir la impunidad de los auténticos responsables, y es en ese ámbito en el que adquiriría sentido la cláusula en cuestión.

<sup>72</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Las actuaciones en nombre de otro", op. cit., pp. 32ss.

a ciertos entes y su consideración como sujetos en el Derecho privado, pero no en el ámbito penal, por lo menos no como sujeto activo de delitos, de lo que derivaba una serie de problemas en esta rama del Derecho. Por ello, ante las eventuales actuaciones con relevancia penal que podrían presentarse en el interior de dichas personas jurídicas, el Derecho penal debía recurrir a soluciones que no pasaran por la atribución de responsabilidad a la entidad<sup>73</sup>. Por ello, y en el bien entendido de que se trataba de acciones sólo realizables por sujetos físicos, se presentaba el reto de crear instrumentos que permitieran la detección de los verdaderos culpables de tales actos.

La explicación del surgimiento y desarrollo de esta tendencia a la identificación de fenómenos, tanto en doctrina<sup>74</sup> como en jurisprudencia, puede hallarse en el hecho de que el delito se cometiera en el interior de una persona jurídica, pero también en que la *actuación en lugar de otro* sólo pudiera apreciarse respecto de personas jurídicas<sup>75</sup>. Esta restricción fue subsanada posteriormente por el art. 31 CP, que extendió la cláusula a casos de representación o actuación en nombre de personas físicas.

En conclusión, en un principio, la cuestión de la *actuación en lugar de otro* era concebida, en íntima relación con el problema de la irresponsabilidad de las personas jurídicas. Por un lado, porque el principio *societas delinquere non potest* hacía preciso identificar a las personas responsables de los delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas; por otro, porque la cláusula del art. 15 bis ofrecía precisamente respuestas para la actuación en nombre de una persona jurídica. De modo que este precepto parecía la vía natural de solución del problema planteado.

---

<sup>73</sup> En este contexto señala SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit., pp. 37s., señala que la jurisprudencia española pasó por tres etapas. La primera en que se atendía al dominio social que tenía el director y órganos de la persona jurídica, con la consiguiente amplitud que ello conllevaba. La segunda que coincide con la vigencia del art. 15 bis, en que se circunscribe a los delitos especiales y la última en que se interpreta el actual art. 31 en que se sigue el criterio del dominio del hecho.

<sup>74</sup> Cabe señalar que en Alemania parte de la doctrina se planteó, como señala GARCÍA CAVERO, P., "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", op. cit., p. 109, la posibilidad de entender el *actuar en lugar de otro* como un problema de participación, partiendo de la base de una capacidad de acción y antijuridicidad penal de la persona jurídica, en el que el sujeto físico es en realidad un cómplice y el autor, la persona jurídica. Esta posición fue criticada no sólo desde el punto de vista de la supuesta capacidad de acción del ente sino también por la consideración de que en muchos casos el sujeto representado no había actuado o, aún más podía ni siquiera estar enterado de las actuaciones llevadas a cabo por su representante.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., p. 2.

## 1.2. Contenido y función de la regla del actuar por otro

De la literalidad de la ley se desprende claramente que la cláusula de *actuación en lugar de otro*, no es una fórmula destinada a identificar a los posibles responsables del delito cometido en el seno de una organización. En primer lugar, porque ni el art. 15 bis ni el 31 CP que lo sucede, tratan de los delitos comunes cometidos en el seno de personas jurídicas<sup>76</sup> en los que también podría plantearse el problema, sino que se ciñen a los delitos especiales cometidos en el interior de entidades colectivas<sup>77</sup>. En segundo lugar, porque ni en el art. 15 bis ni en el actual 31 CP hay elemento alguno que permita concluir cómo debe responder la persona jurídica<sup>78</sup> cuando el delito es cometido por uno de sus órganos<sup>79</sup>. Por fin, porque en ese precepto se contempla la *actuación en lugar de otro* tanto si se trata de una persona jurídica, como cuando se trata de una persona física<sup>80</sup>.

A todo ello debe añadirse que, desde un punto de vista de fondo y sustantivo, la cláusula en análisis lo que realmente pretende abordar es el fenómeno de los delitos especiales y el problema que las exigencias de tipicidad acarrearán para la determinación de responsabilidades<sup>81</sup>, por cuanto el respeto al principio de legalidad - traducido, en este ámbito en el de tipicidad- no permite comprender como sujeto activo del delito a quien no ostenta la calidad exigida por el tipo. Sumado a lo anterior, la conclusión a que puede llegarse en cuanto a la posibilidad de ampliación del círculo de autores, también depende de la postura que se adopte en cuanto a la fundamentación (representación o dominio social del hecho) que sirve para la flexibilización de los requisitos típicos que llevan a la ampliación de la autoría<sup>82</sup>. En otras palabras, lo que indica la dinámica de la cláusula en análisis, es

---

<sup>76</sup> Como señala FERNÁNDEZ TERUELO, J., "La aplicación jurisprudencial del art. 31 del Código Penal español", en *Estudios de Derecho penal económico*, Dykinson, 2003, www.vlex.com, p. 3, incluso con posterioridad a la entrada en vigor del art. 31 CP, los tribunales tendieron a seguir aplicando en ciertos delitos, como la estafa, la apropiación indebida, e incluso en la falta de lesiones o de coacciones la cláusula de *actuación en lugar de otro*, con una manifiesta falta de entendimiento acerca del verdadero sentido y alcance de la misma, cuestión que desde el Tribunal Supremo fue advertida.

<sup>77</sup> En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 374.

<sup>78</sup> Aunque debe constatararse la relevancia que tienen las actuaciones en el marco de la empresa como contexto del que surgen las necesidades de aplicación de instrumentos que solucionen los eventuales vacíos de punibilidad que se generan en este ámbito. En este mismo sentido se plantea *Ibidem*, p. 372, al señalar que aunque la cláusula no "tiene que ver *sustancialmente*" con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es claramente la criminalidad empresarial la "principal manifestación del problema que se trata de abordar" con la referida cláusula.

<sup>79</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", op. cit., p. 317, quien negaba ya desde la vigencia del art. 15 bis tal vinculación. Por su lado, QUINTERO OLIVARES G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 674, señala que hay claras diferencias entre ambos fenómenos pues puede haber una *actuación en lugar de otro* y ese otro puede ser tanto una persona jurídica como una persona física; luego, porque además podría haber un supuesto de responsabilidad propia de la persona física y a la vez responsabilidad simultánea de la persona jurídica; además, porque podría aplicarse la *actuación en nombre de otro* y no haber responsabilidad de la persona jurídica en el delito en cuestión y, finalmente, porque podría haber *actuación en nombre de otro* sin que existiera a la vez responsabilidad penal del representado, persona física o jurídica.

<sup>80</sup> Entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J., *La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre*, op. cit., p. 17.

<sup>81</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 673. También en ese sentido, SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit., pp.47s.

<sup>82</sup> En el mismo sentido GRACIA MARTÍN, L., "La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales", op. cit., p. 95; y también BAJO FERNÁNDEZ, M. y

que la problemática a solucionar, no gira en torno a la clase de persona que sea el sujeto *intra-neus*<sup>83</sup>, sino a la irresponsabilidad de ese *intra-neus* -basada, eso sí, en la ausencia de cualidades subjetivas- por la comisión de cierto tipo de delitos, los especiales.

En este contexto cuando estamos frente a delitos especiales en los que se aplica la fórmula del art. 31 CP, no se realiza una transferencia de la actuación penalmente antijurídica desde la persona jurídica a algunos sujetos en atención a la posición que ostentan en el seno de dicha entidad societaria o por la capacidad de gestión y mando que detentan respecto de la vida de la organización<sup>84</sup>, por cuanto ello equivaldría a decir que estamos ante una especie de responsabilidad objetiva.

Presupuesto de la aplicación de la regla del *actuar por otro* es la previa identificación del sujeto físico que ha realizado el hecho, más allá de si la propia persona jurídica ha realizado también el supuesto de la infracción penal -que desde el año 2010 puede plantearse de modo acumulativo-. En realidad la cuestión es que, habiendo la persona física realizado casi todos los elementos que exige el tipo penal no será, sin embargo, sancionada pues no cumple con uno de los requisitos, esto es, las cualidades subjetivas típicas que según el tipo deben concurrir en el autor<sup>85</sup>. En otras palabras, el problema de la imputación del delito al sujeto que ha realizado la conducta se produce por la falta de uno de los requisitos típicos, sí concurrentes en quién no la ha realizado pero posee las cualidades exigidas por el tipo. Ante ello se trasladan las condiciones de autoría al sujeto *intra-neus* para salvar la ausencia de responsabilidad que se derivaría de la no aplicación del tipo penal correspondiente<sup>86</sup>.

Precisamente por ello la reforma penal del año 2010 del Código Penal, contempló la responsabilidad del propio ente jurídico, a la vez que mantuvo la cláusula del art. 31 CP, en el entendido de que se trata de dos cuestiones independientes que perfectamente pueden coexistir y aún más, actuar complementariamente<sup>87</sup>. Por ello deberá analizarse en su caso, la posibilidad de participación en el delito especial de la persona jurídica que ha colaborado en la realización del injusto y el título de esa intervención en el delito<sup>88</sup>. En con-

---

BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, op. cit., p. 116.

<sup>83</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", op. cit., p. 317.

<sup>84</sup> Esta parecía ser la tendencia de la jurisprudencia antes de la entrada en vigencia del art. 15 bis en 1983, y la misma era criticada por la doctrina, como era el caso de GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, op. cit., pP. 22s., quien señalaba que la responsabilidad penal no podía ser enfocada sólo como una cuestión que radicaba en los representantes, órganos o administradores, por el hecho de ostentar esa posición dentro de la organización. Asimismo, GARCÍA CAVERO, P., "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", op. cit., p. 110, plantea que una posición similar se planteaba en la jurisprudencia alemana apelando a principios generales del Derecho.

<sup>85</sup> En el mismo sentido CHOCLÁN MONTALVO, J., "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", op. cit., p. 17.

<sup>86</sup> Véase SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit., pp. 48ss.

<sup>87</sup> De esta misma idea es QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 674, al señalar que ambas responsabilidades pueden ser concurrentes. Para mayor detalle véase *supra* nota 80.

<sup>88</sup> En este punto deben tenerse, eso sí, en cuenta las palabras de SCHÜNEMANN, B., "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación", op. cit., p. 27, en el sentido de que debe considerarse la adecuación de la sanción penal a la empresa, de manera de no potenciar la sanción a ésta en desmedro de la responsabilidad penal individual de quienes han cometido el delito al interior de la persona jurídica.

secuencia la RPPJ y la cláusula del art. 31 CP, pueden y deben coexistir ya que aunque concurra la RPPJ, tratándose de un delito especial, se precisará de todos modos de una cláusula que permita hacer responder a la persona física de delitos especiales de los que no reúne las cualidades subjetivas típicas<sup>89</sup>.

Por tanto, desde el punto de vista de las aspiraciones de justicia en el ámbito penal, no resulta coherente que la persona física no sea sancionada, pero tampoco lo es que la persona jurídica que ha posibilitado la comisión de ese delito resulte impune aún cuando ha tenido participación en él<sup>90</sup>. Dado todo lo anterior, no debe confundirse la utilidad y la función que cada institución cumple en el Derecho penal<sup>91</sup>.

Corresponde ahora analizar algunos aspectos de la cláusula de *actuación en lugar de otro*, de manera de entender mejor los alcances de este instrumento y su relación con la criminalidad empresarial. En especial resulta útil, para comprender el ámbito y extensión de la aplicación de esta cláusula en la determinación de las responsabilidades individuales en el delito empresarial, analizar el criterio en que se fundamenta la transferencia de la cualificación requerida por el tipo del delito, así como los sujetos no cualificados a los que se amplía la autoría en los delitos especiales a los que hace referencia el art. 31 CP. Ello, permitirá además entender por qué la RPPJ puede tener utilidad, tanto cuando sea posible determinar las responsabilidades individuales, actuando de manera complementaria, como cuando resulte imperativo declarar la impunidad de determinados actos delictivos a nivel individual.

---

<sup>89</sup> Así, plantea QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 674, que entre los posibles supuestos que podrían darse se encuentra la intervención de persona física y persona jurídica. Ello es lógico pues el problema en los delitos especiales subsistirá si una persona física ha actuado materialmente.

<sup>90</sup> No obstante, debe reconocerse que muchas veces las actuaciones podrán estar vinculadas pues la delincuencia producida a partir de las entidades empresariales ha puesto sobre la mesa un abanico de posibilidades, entre las que se encuentra la *actuación en lugar de otro*, la responsabilidad de la persona jurídica y otras formas de responsabilidad por la actuación de otro, en el que la persona jurídica es el marco y referencia de todas ellas. Es claro que estos aspectos se encuentran íntimamente relacionados y que, en última instancia, trátase o no de delitos especiales, podría optarse por una responsabilidad radicada sólo en la persona jurídica cuando se trata de contextos colectivos de acción. El planteamiento de que en las grandes estructuras societarias debería sólo aplicarse la responsabilidad de ésta última parte de la base, en todo caso, de que se trata de cualquier tipo de delito cometido bajo la cobertura de la entidad empresarial. Sin embargo, aunque debe reconocerse que ha sido planteado en la doctrina, no parece que se atendiera debidamente a las necesidades preventivas del Derecho penal, sobre todo si se considera que se trata de supuestos que han sido cometidos por personas que pueden ser individualizadas con los instrumentos que han dado muestras de su efectividad. Lo que parece más apropiado es la aplicación complementaria de la responsabilidad de la propia entidad cuando ello sea pertinente. Véase en este sentido, GRACIA MARTÍN, L., "La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales", op. cit., pp. 91s., quien subraya en este punto que la RPPJ, en su opinión, no debe excluir la responsabilidad de las personas físicas.

<sup>91</sup> La confusión entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y la cláusula de actuaciones en lugar de otro, como ya se ha planteado más arriba, se ha planteado desde antes de la entrada en vigor del art. 15 bis. Así, los tribunales venían, como señalaba GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II*, op. cit. p. 34, a partir del tópico *societas delinquere non potest*, planteando que tanto en delitos especiales como comunes los responsables criminales serían aquellas personas que ostentaran un cargo directivo en la persona jurídica que implicara el ejercicio del dominio social sobre el ámbito en que tuvo lugar el delito, sin considerar que en el caso de los delitos comunes, el acceso a la esfera de protección del bien jurídico la tienen todos y no solo los directivos.

### 1.3. Análisis y crítica de la teoría de la representación como fundamento de la regla del actuar por otro

Como ya se ha expuesto, la actual norma que contempla la cláusula de la *actuación en nombre de otro*, tiene el objetivo de facilitar la imputación de un delito especial a personas físicas que se encuentran insertas en la dirección económica de las personas jurídicas, ya sea que estén en la cúpula de la estructura jerárquica o en determinada función de relevancia<sup>92</sup> pero, además, posibilitar la imputación del delito en cuestión a personas físicas que actúan en nombre de otras personas físicas.

En tal sentido, se plantea ahora con la actual norma, un ámbito claro de aplicación con un fin también claro, pues la cláusula puede ser utilizada tanto si el sujeto realmente cualificado es una persona jurídica, como una persona física<sup>93</sup>. Ello da cuenta de lo que se ha advertido más arriba, en relación con la vinculación con la responsabilidad de las personas jurídicas, en el sentido de que esta fórmula no se explica sólo por la irresponsabilidad de dichas personas jurídicas ni, en definitiva, por la clase de persona que es el *intra-neus*- porque bien sabemos que puede ser tanto jurídica como física-, sino por la función que cumple en la solución del problema que representa la irresponsabilidad del sujeto *in-traneus* cuando quien ha asumido la actuación material, y también el *dominio social típico*<sup>94</sup> del hecho es un *extraneus* quien, sin embargo, *a priori* está excluido del círculo típico de autores<sup>95</sup>. Pero además la actual norma permite entrar en la profundización de otro aspecto que, por los términos en que fue redactado su antecedente, no permitía.

La norma contenida en el art. 15 bis vigente hasta el año 1995, era explicada por la doctrina tradicional española<sup>96</sup> -basándose en el debate doctrinal abierto respecto del pa-

---

<sup>92</sup> En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., *passim*. Así, se pronuncia también el autor respecto de todos los posibles cargos que pueden ser comprendidos en el concepto de administrador y representante de la persona jurídica. En lo relativo al círculo de posibles sujetos activos del delito especial conforme al art. 15 bis Cp, véase GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II*, op. cit., pp. 203ss.

<sup>93</sup> Se plantean a favor de esta ampliación del sujeto cualificado en el art. 31 Cp., entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., p. 3, quien plantea que con esta ampliación se vienen a solucionar numerosos supuestos posibles, como el caso de quien siendo encargado de administrar los bienes de otros provoca un alzamiento sin el consentimiento de su titular, como también la posibilidad de que se pueda configurar una participación en el delito por parte del sujeto cualificado lo que, con la norma anterior, no era posible en virtud del principio de accesoriedad de la participación. Pero en el momento en que se encontraba en vigor el art. 15 bis también se plantearon por la doctrina reparos a la restricción que hacía la norma penal de la exclusión de las personas físicas en la extensión de la autoría en delitos especiales. Este es el caso de BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", op. cit., p. 323, quien tomando las palabras de Gallas señala que las personas físicas son también destinatarias de los preceptos penales económicos y, por ello, los mismos presupuestos político-criminales que llevan a la extensión de autoría en caso de personas jurídicas resultan aplicables a las personas físicas representadas.

<sup>94</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II*, op. cit., *passim*.

<sup>95</sup> En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, J., "Responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", op. cit., p. 16.

<sup>96</sup> Entre ellos, BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", op. cit., *passim*, quien plantea que es justamente la representación la que hace que un determinado sujeto físico se transforme en el ámbito de los delitos

rágrafo 14 del Código Penal alemán<sup>97</sup>, antecedente de dicha disposición- a través de la teoría de la representación. En virtud de la misma, se entendía que resultaba procedente la extensión de la responsabilidad penal cuando se estaba frente a la comisión de un delito especial a los sujetos no cualificados “siempre que hayan obrado *en representación* de la persona jurídica que poseyera dicha cualificación”<sup>98</sup>, situándose entonces, para una parte de la doctrina, el núcleo de la discusión en la representación del sujeto cualificado según el tipo (*intranei*), por un sujeto no cualificado (*extranei*). En este contexto, el fundamento de la ampliación del círculo de autores se radicaba en que es el representante quien se convierte en virtud del vínculo de la representación en el nuevo destinatario de las normas especiales que incumben al representado<sup>99</sup>.

De esta forma, la regla de la *actuación en lugar de otro* se fundamentaba en una concepción formalista de acuerdo con la cual el deber jurídico de evitar el resultado deriva de la posición que ocupa el sujeto en la organización y no de la injerencia real que haya tenido en la comisión del delito especial<sup>100</sup>. Por tanto, la incriminación en virtud de la cláusula en análisis sólo tiene lugar a la medida en que se transmiten al sujeto no cualificado los deberes que incumben a otro<sup>101</sup> y, en esa medida, la cláusula funciona imputando al representante los elementos personales que le corresponden a la persona representada<sup>102</sup>.

---

especiales en destinatario de los deberes especiales que en realidad incumben a la persona jurídica. Ya en esta época se planteaba en contra de tal solución GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, II, passim*, entendiéndose que el fundamento de la ampliación de la autoría no podía ser una meramente formal, sino “el acceso al dominio social típico” y la posición de garante que, subsecuentemente, se adquiere por dicho acceso. En este mismo sentido y más recientemente, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., *passim*; MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 521ss.; con una visión también material CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 31”, en *Íd.* y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, parte general*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 382, y QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., pp. 675ss. En otro ámbito, cabe también tener presente que, como señala SILVA SÁNCHEZ, J. “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, op. cit, p. 375, en términos generales, la utilidad del art. 15 bis fue evidente en la evitación de tensiones con el principio de legalidad que hasta entonces planteaban diversas sentencias.

<sup>97</sup> En extenso sobre la fórmula alemana expresada a través del parágrafo 14 y sus antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios en GARCÍA CAVERO, P., “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, op. cit., pp. 108ss.

<sup>98</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)”, op. cit., p. 316.

<sup>99</sup> *Loc. cit.*

<sup>100</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J, “La Responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre”, op. cit., p. 19.

<sup>101</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro II*, op. cit., p. 143. De acuerdo con esta teoría sólo cabría la actuación en lugar de otro, respecto de aquellos elementos de la autoría cuya naturaleza admita el ejercicio de una función social por el *extraneus*, y en ese contexto son los elementos objetivos de la autoría del tipo penal especial los que hacen que la cualificación sea “reemplazable”, esto es, *representable* por el *extraneus*, y ello porque se relacionan con las funciones sociales vinculadas al *ámbito objetivo* del desarrollo social del bien jurídico.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 143s. En principio, como señala el autor, esta aseveración es correcta, pues existen ciertos elementos que nunca podrían estimarse reemplazables, es decir, en que no tendría cabida el representante, como es el caso del “funcionario” pues se trataría de una función ligada de manera indisoluble a quien lo ejerce, de modo tal que no podría ser reemplazado en sus funciones sino por otro “funcionario”, en cuyo caso ya no sería necesaria la ampliación de la autoría. Pero el problema para el autor radica en que se entienda que serán elementos objetivos de la autoría de las *actuaciones en lugar de otro* aquellos que dicen relación con el *ámbito objetivo* en que se protege el bien jurídico, pues en tal caso, es el estatus y el vínculo de representatividad lo que sustentaría la cláusula en cuestión

En este marco entonces, la fundamentación de la incriminación por la extensión de la tipicidad a las actuaciones del representante depende absolutamente del alcance de los deberes secundarios que le incumben<sup>103</sup>. Así, la fuente de la representación legal es la ley y los estatutos y, en el caso de la voluntaria, el negocio de apoderamiento. Por ello, los deberes secundarios del representante determinan la posibilidad de ampliar o no la tipicidad<sup>104</sup>.

Pero esta visión de una *relación interna* entre *intranei* y *extranei* como fundamento de la *actuación en lugar de otro*, presentaba serias objeciones, empezando porque implicaba una importante limitación en la aplicación de la norma contenida en el art. 15 bis. En efecto, la introducción de la representación, de naturaleza civil, implicaba incluir un elemento extraño al Derecho penal. Se trataba de la incorporación de un deber extrapenal en el ámbito del tipo, formalizándolo y refiriéndolo a deberes vagos y genéricos, cuestión no aceptable en el Derecho penal. Pero, también tornaba inviable la cláusula en función de cuestiones ajenas a la propia dinámica material de la tipicidad, en tanto una representación inválida o ineficaz finalmente haría imposible la ampliación de la autoría<sup>105</sup>. Todo lo anterior sin considerar, además, una cuestión adicional, y es que el contenido formal de un acto de apoderamiento válido por parte del representante no podría contener jamás la realización de actos ilícitos<sup>106</sup>.

Por otro lado, también esa visión formalista, basada en la posición que ocupa el *extraneus* en la jerarquía orgánica, implicaba la exclusión de determinados sujetos que habiendo actuado en la comisión del delito especial carecen, sin embargo, de los vínculos representativos exigidos para la ampliación de la autoría. También excluía todos aquellos casos en los que el representante ha actuado en interés de la persona representada y no en su propio interés, como ocurre en los delitos de tendencia subjetiva egoísta<sup>107</sup>. En el caso de dichos delitos las limitaciones de aplicación de la teoría tradicional resulta clara, pues al realizar el delito en interés del representado y no en interés propio, la conducta sim-

---

<sup>103</sup> Entre los autores más actuales se encuentra la posición GARCÍA CAVERO, P., "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", op. cit., p. 140, quien señala que la fundamentación depende de la constitución material del tipo, y en algunos casos será la posición especial que fundamenta delito especial la que produzca la ampliación del círculo de autores (delitos de dominio), mientras que, en otros casos, opera una transferencia del contenido normativo al representante, la que da lugar a otro injusto en el que el representante es el destinatario de la norma.

<sup>104</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro II*, op.cit., p. 155.

<sup>105</sup> Cuestión que en la normativa alemana era solucionada con la incorporación de una norma que hacía irrelevante la nulidad del poder otorgado. Véase, *ibidem*, p. 145. Por su lado SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 383 señala como serias objeciones a esta visión formalista, la de excluir con la misma situaciones en que el órgano de la persona jurídica, es también una persona jurídica, los casos de grupos de empresas, y las actuaciones de órganos fácticos de la empresa. En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, J. "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", op. cit., p. 19.

<sup>106</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro II*, op.cit., p. 219.

<sup>107</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, op. cit., p. 119. También lo señala como caso sin adecuada solución CHOCLÁN MONTALVO, J., "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", op. cit., p. 19. También véase, FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., p. 2.



plemente devendría atípica para el Derecho penal. Por ello, existiría una laguna de punibilidad, de asumirse una visión formalista de la actuación en lugar de otro<sup>108</sup>.

Por todo lo que implicaba la asunción de una visión excesivamente formalista fundada en la fórmula de la *disociación de los elementos del tipo* -en el que la totalidad de los elementos del tipo son repartidos de manera que algunos resultan pertenecientes a la esfera del sujeto cualificado y otros son atribuidos al sujeto no cualificado encontrándose, en consecuencia, *disociados personalmente*<sup>109</sup>- ha forzado a la doctrina a revisar la teoría fundante de la *actuación en lugar de otro*<sup>110</sup> lo que, además, ha traído aparejada la reformulación de la actual cláusula contenida en el art. 31 CP<sup>111</sup>.

En ese contexto, posiciones basadas en criterios materiales<sup>112</sup> fueron ganando terreno hasta llegar a la reformulación de la cláusula con la redacción que hoy conocemos en el art. 31 CP. Encabezadas por Gracia Martín, estas posiciones alegaban la existencia de serias limitaciones prácticas derivadas de la asunción de una teoría de la disociación en la cláusula del *actuar en lugar de otro*, aun cuando reconocía el limitado terreno de interpretación que presentaba el art. 15 bis<sup>113</sup>. En general, planteaban la necesidad de fundamentar el *actuar en nombre de otro*, no en la posición que ocupa el administrador respecto del representado sino en la determinación de cuál ha sido la posición que el mismo ha ocupado en relación con el bien jurídico comprometido en el delito especial<sup>114</sup>. El criterio aplicado se funda, por tanto, en el *dominio social típico*.

#### 1.4. La superación de la teoría de la representación por criterios de contenido material

En el contexto antes señalado, comienza a plantearse que lo relevante en los delitos especiales es el criterio material del dominio social, el cual se erige como el verdadero fundamento en torno al que se debe estructurar la ampliación del círculo de autores de

---

<sup>108</sup> Uno de los primeros en plantear los problemas que en el cuerpo del trabajo se señalan fue GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro II*, op.cit., p. 127, quien además da dos ejemplos, el caso en que el representante arrebate al deudor una cosa con el objetivo no de hacerse pago el mismo sino para que quede pagada la deuda de la sociedad, o el caso de que el representante receptara bienes en provecho de la persona jurídica y no de sí mismo.

<sup>109</sup> GRACIA MARTÍN, L., *ibidem*, pp. 121s.

<sup>110</sup> Cabe recordar como señala MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 522s., que la teoría de la representación es especialmente inadecuada y “conlleva consecuencias altamente insatisfactorias” en el ámbito de la criminalidad empresarial, que es el ámbito de estudio de esta investigación.

<sup>111</sup> Fueron muy conocidas las críticas al artículo 15 bis de, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)”, *passim*; y GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro II*, op.cit., *passim*.

<sup>112</sup> Posición en que se encuentran importantes penalistas nacionales. Parten estas posiciones materiales, como lo atestiguan varios autores, de aquellas presentadas por SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal”, op. cit., pp. 542ss. quien parte de la idea de que el ámbito de responsabilidad del representante está constituido por los elementos especiales del autor que “describen una relación de dominio sobre la causa del resultado” que se traduce en el acceso al “dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado”.

<sup>113</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II*, op. cit., *passim*.

<sup>114</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J., “La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre”, op. cit., pp. 19ss.

dichos delitos. En ese sentido, se argumenta que sólo a partir de ese criterio es posible establecer quién ha tenido un verdadero acceso al espacio de vulnerabilidad del bien jurídico dentro del desarrollo de la actividad.

De esta manera en los delitos especiales el verdadero fundamento de la ampliación de la tipicidad no lo constituiría la relación interna entre representante y representado, sino la relación externa que mantiene el *extranei* respecto del bien jurídico, es decir, la posición que tiene el sujeto que ha entrado a dicha esfera de protección que, a su vez, lo convierte en garante de ese bien jurídico. De allí que Gracia Martín entendiera que también podrían ser estimados estos delitos como *delitos especiales de garante*<sup>115</sup>.

Estas posturas, en el análisis de la *actuación en lugar de otro* también consideran otros elementos que se estiman necesarios para comprender el alcance del dominio social en los delitos especiales. Estas posturas constatan que al momento de tipificar conductas, el legislador utiliza ciertas imágenes fácticas prejurídicas las que, posteriormente, plasma en los tipos correspondientes. Por ello, sólo son punibles estas lesiones típicas del bien jurídico. Sin embargo, consecuencia de lo anterior es que otras conductas igualmente graves, desde el punto de vista de la lesión al bien jurídico, muchas veces quedan fuera del ámbito penal, pues no responden a esa imagen pretípica contemplada al momento de la tipificación.

En otras palabras, el legislador tendería a proteger los bienes jurídicos respecto de quienes aparecen manifiestamente en la vida social y económica como titulares del dominio social como es el caso del empresario, el deudor, etc., sin considerar que pueden existir, como de hecho ocurre, otros sujetos que también acceden al círculo de protección del bien jurídico<sup>116</sup> y, por lo mismo, adquieren el dominio social y realizan la acción prohibida, con el mismo resultado dañoso que en el caso de los sujetos que comúnmente aparecen como titulares. Tanto en uno como en otro caso es posible decir que el *extraneus* asume una posición de garante respecto del bien jurídico pues ha tenido acceso al círculo de dominio y de protección de ese bien<sup>117</sup>.

Atendida la restricción que los delitos especiales introducen en sede de tipicidad y la consiguiente limitación del círculo de autores de los mismos, surgió la *teoría de la equivalencia* que se encuentra en la base de las posiciones doctrinales que asumen un criterio material para interpretar la actuación en lugar de otro. Según ésta, la actuación de quien sin poseer el estatus exigido por la norma ha podido acceder al dominio social, asumiendo la posición de garante frente a la vulnerabilidad del bien es equivalente desde el punto de vista del tipo de lo injusto y, por tanto, es posible que se erija como autor del mismo. Con

---

<sup>115</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II*, op. cit., pp. 161ss. La idea de la que se parte es la de la equivalencia entre las posiciones que ocupan el *intraanei* y el *extranei* respecto de la protección del bien jurídico, de allí entonces que no exista problema alguno para equiparar las actuaciones de uno y otro. Véase también, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., pp. 382ss.

<sup>116</sup> Es en este sentido que se parte de la base de una posición equivalente entre quienes notoriamente tienen el dominio social y quienes no teniendo esa notoriedad acceden en las mismas condiciones al ámbito de desarrollo del bien jurídico.

<sup>117</sup> Por ello lo que ocurriría en estos casos, como señala MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 525, es que se produce una "transmisión" de las posiciones de garante desde el autor que aparece en el tipo especial -pues en el delito especial se configura una posición de garante- al nuevo sujeto que accede al ámbito de protección del bien.

ello, no hay imputación de elementos extraños y ajenos al Derecho penal, sino de elementos que se encuentran en la misma norma, esto es, la posición de garante y el dominio social<sup>118</sup>.

Aunque de acuerdo con este punto de vista resulta mucho más amplio el círculo de sujetos que pueden cometer el delito especial, lo cierto es que la norma contenida en el art. 15 bis no daba pie a una interpretación tan amplia como la propuesta por Gracia Martín en esa época, sin que con ello se infringiera el principio de legalidad, atendido que la misma norma no hacía referencia alguna, ni directa ni indirecta, al dominio sobre el bien jurídico ni a la posición de garante. Por esto, con la modificación de la norma y la introducción del art. 31 CP se abre una nueva fase en la doctrina respecto de esta cláusula dando, de esta forma, cabida a interpretaciones regidas por un criterio material.

### 1.5. La inclusión de los órganos fácticos en el artículo 31 del Código Penal

En términos generales la norma contenida en el art. 31 CP mantiene la lógica del antiguo art. 15 bis, en el sentido de posibilitar que un sujeto que ha actuado materialmente llevando a cabo la conducta exigida por el tipo penal *-extraneus-* y que no posee las condiciones objetivas de autoría que sí posee otro sujeto *-intraneus-* que no ha actuado, pueda transferir esa cualidad exigida al primero, posibilitando de esa forma que la conducta sea sancionada penalmente<sup>119</sup>.

Pero como elemento adicional, la norma que actualmente se contempla en el art. 31 CP parece haberse hecho eco de los requerimientos y críticas que en su momento fueron formuladas a la cláusula contenida en el art. 15 bis<sup>120</sup>, aunque sin dar cuenta totalmente de las necesidades de plasmación legislativa de los elementos propios de un criterio material. Sin perjuicio de ello, la norma actual habría profundizado en las necesidades de amplia-

---

<sup>118</sup> Véase SCHÜNEMANN B., "Cuestiones básicas de dogmática jurídico- penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", op. cit., *passim*, quien parte de la teoría del dominio sobre el resultado; y GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, op. cit., *passim*, quien partiendo de la teoría de la equivalencia postula el acceso al dominio social y la consiguiente, vulnerabilidad del bien jurídico como criterio rector en los delitos especiales.

<sup>119</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*; op. cit., p. 43; FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., p. 2; SILVA SÁNCHEZ, "Artículo 31", op. cit., p. 370.

<sup>120</sup> De esta posición, en el sentido de que aunque sigue presentando carencias, avanza en el criterio material, *Ibidem*, p. 385; también FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., p. 5. Como una disposición en la que aún se observa el criticado criterio de la disociación de los elementos del tipo, GRACIA MARTÍN, L., "La responsabilidad de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales", op. cit., p. 95, quien señala al respecto que "según el art. 31 CP, como antes el art. 15 bis CP 73, para hacer responsable del delito especial a los administradores y representantes de la persona jurídica es absolutamente necesario que el elemento de autoría que les falta a ellos concorra en la persona jurídica que administran o representan". En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, op. cit., p. 119.

ción de este instituto, abriendo nuevas posibilidades basadas en esa interpretación material<sup>121</sup>.

De lo anterior dan cuenta varios nuevos elementos que han sido incluidos en la versión actual, entre ellos la posibilidad legal de que se amplíe la autoría al sujeto *extranei* que ha actuado en nombre de otra persona física<sup>122</sup>, además de otros cambios operados en el art. 31 CP, muy emparentados con la RPPJ y que han preparado el terreno sobre el que se ha construido el actual art. 31 bis CP que regula la responsabilidad penal colectiva.

En ese sentido, tal vez la novedad más importante haya sido la incorporación del administrador de hecho como sujeto activo del delito especial. Lo anterior se debería a que se ha considerado adecuada y correcta la posición que entiende que lo relevante en estos tipos especiales no es el estatus formal que el sujeto pueda detentar en el interior de la estructura jerárquica empresarial, sino si éste tiene o no dominio social típico, lo que se determina por la posición que ostenta respecto del bien jurídico involucrado. En otras palabras, lo que realmente adquiere relevancia es la función social desarrollada por aquel sujeto en relación con el ámbito en el que se desenvuelve el bien jurídico vulnerable<sup>123</sup>. Desde este punto de vista, debe concluirse que con relación a las personas jurídicas que reúnen las cualidades subjetivas requeridas por el tipo penal especial, se ha ampliado la punibilidad de los sujetos que actúan en el ámbito de la misma y que ostentan una determinada posición (material) en su interior<sup>124</sup>. Adicionalmente puede señalarse que este planteamiento que ha sido recogido en el art. 31 CP, como ya se adelantara, ha sido de enorme utilidad en la configuración de la RPPJ, contemplada en el art. 31 bis CP.

Por lo tanto, en aplicación de este criterio debe determinarse quién ha actuado por la persona jurídica (o física), lo que en el caso, por ejemplo, de órganos colegiados será aún más vital. Por ello en la determinación de quién ha actuado por el *intranei* es fundamental plantearse esa pregunta desde una óptica material, pues no resultará satisfactorio entender que sólo el estatus formal de administrador o de representante es suficiente para dar lugar a la responsabilidad, pues en tal caso hablaríamos casi de una responsabilidad objetiva<sup>125</sup>. Resulta forzoso en estos casos, y aunque la norma del art. 31 CP siga manteniendo

---

<sup>121</sup> De este parecer FERNÁNDEZ TERUELO, J. "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., p. 3.

<sup>122</sup> Respecto de este aspecto de la norma que contempla la actuación en lugar de otro no ahondaremos por no estar vinculada estrechamente con la presente investigación. Un análisis más en detalle en SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., pP. 413s.

<sup>123</sup> GRACIA MARTÍN, L., "La responsabilidad de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales", op. cit., pP. 99 ss.; el mismo autor, en *El actuar en nombre de otro en Derecho penal II*, op. cit., p. 99, ya señalaba al respecto que el criterio formal de la equivalencia, consistente en la realización de la acción realizada por el sujeto no cualificado y la acción descrita en el tipo penal, debía ser complementada con el criterio material del acceso al dominio social por el sujeto actuante en lugar de otro. De una opinión similar MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 528, quien plantea al respecto que la inclusión de la figura del administrador de hecho "ofrece ahora un importante punto de apoyo para la admisión de una orientación material en la línea de la teoría del dominio".

<sup>124</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, op. cit., p. 122, señalan al respecto que será administrador de hecho quien "accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico..."; véase también SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., pp. 392ss., quien se posiciona por una interpretación material y extensiva de la figura del administrador de hecho.

<sup>125</sup> Se plantea absolutamente en contra de una interpretación que pueda llevar a una especie de responsabilidad objetiva, basada en el sólo estatus que ostenta el órgano o representante, QUINTERO

la exigencia de un vínculo representativo<sup>126</sup>, indagar respecto de quién ha ostentado ese dominio social, sobre todo porque en numerosos casos estamos, no en presencia de conductas activas, sino omisivas<sup>127</sup>. De esta forma, y como han hecho un número importante de sentencias, se descartaría a representantes que aún teniendo una posición determinada no han ostentado ese dominio social típico<sup>128</sup>.

Aunque debe reconocerse la complejidad que presentan ciertos aspectos de la actual fórmula y que siguen estando relacionados con el criterio de la disociación, el avance en el criterio fáctico se advierte claramente en el art. 31 CP. En ese sentido la eliminación del directivo como sujeto activo del delito especial, no presenta para la doctrina mayores dificultades ni impedimentos en relación con la posibilidad de sancionar penalmente a quienes están en el vértice de la estructura jerárquica, pues lo que ha hecho la actual norma es facilitar aún más la imputación de las conductas contempladas en el tipo penal especial<sup>129</sup>, al reemplazar el concepto bastante confuso de “órgano”<sup>130</sup> por uno más amplio, como es el de “administradores de derecho y de hecho”<sup>131</sup>.

En este terreno la mención al administrador de derecho no plantea mayores dificultades, pues se encuentra suficientemente desarrollado, gracias también a los aportes de la legislación mercantil<sup>132</sup>. De ahí que sea sujeto activo del delito especial quien, cumple con los requisitos -además de los necesarios para la imputación y que se refieren a la ejecución del hecho típico- de nombramiento, aceptación e inscripción<sup>133</sup>. Por tanto, en la delimitación de esta figura en el ámbito penal deben tenerse en cuenta los deberes extrapenales, referidos a la diligencia, fidelidad y lealtad. De esta manera es administrador de derecho incluso el administrador judicial y los administradores concursales<sup>134</sup>, además de los nombrados expresamente para el ejercicio del cargo.

Sin embargo, la tarea de delimitar la figura en el ámbito penal del administrador de hecho resulta bien distinta. Esta figura claramente adquiere ribetes mucho más materiales que obligan a plantearse hasta dónde puede entenderse que un sujeto activo pueda ser

---

OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 676.

<sup>126</sup> Vínculo muy criticado por autores como GRACIA MARTÍN, L., “La responsabilidad de los administradores de la empresa por delitos especiales”, op. cit., pp. 95ss., por mantener el criterio de la disociación.

<sup>127</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., p. 388. Por otro lado, se debe, en todo caso, poner de relieve la advertencia que en este ámbito hace TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 81, acerca de que una interpretación demasiado amplia de la figura en análisis, podría llevar a que delitos especiales se transformaran en delitos comunes al poder ser realizadas por cualquier sujeto.

<sup>128</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., pp. 395ss.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 386.

<sup>130</sup> En efecto, el antiguo art. 15 bis, señalaba que “el que actuare como directivo u *órgano* de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente...”.

<sup>131</sup> La fórmula que actualmente existe en el art. 31 CP, señala al respecto que “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica...”.

<sup>132</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., p. 391, quien señala que parece apropiado respecto de la figura del administrador de derecho una remisión en bloque a la legislación mercantil.

<sup>133</sup> Por ello parte de la doctrina estima que en este campo entonces el administrador de derecho se convierte en un elemento normativo del tipo. De esta opinión, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, op. cit., p. 120; SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit., p. 84; y MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 530.

<sup>134</sup> BAJO fernández, M. y BACIGALUPO saggese, S., *Derecho penal económico*, op. cit., pp. 120s.

considerado administrador de hecho y los riesgos de una excesiva restricción de la figura en consideración a los riesgos que deban afrontarse desde el Derecho penal. Por una parte, una visión demasiado limitada del concepto corre el riesgo de dejar fuera numerosos casos en los que es posible que el sujeto físico esté en posición de afectar al bien jurídico y no proceda declarar impunes ciertos actos que bien podrían ser abordados con una visión más material de la figura; pero a su vez, es posible que una perspectiva muy amplia del concepto de administrador de hecho pueda llevar a considerar sujetos activos a personas que no detentan una posición relevante en el organigrama societario con el efecto de llegar a la práctica asimilación de los delitos especiales cometidos en el seno de sociedades a los delitos comunes<sup>135</sup>.

España ha tomado un camino diferente del adoptado por otros ordenamientos que han consagrado un concepto de administrador sin adjetivos. Mientras los sistemas que adoptan un concepto de administrador a secas, corren el riesgo de que se produzcan interpretaciones por analogía dando lugar, con ello, a la ampliación de los límites del concepto hasta cubrir incluso cargos inferiores de la cadena jerárquica<sup>136</sup>, en la legislación española se ha preferido incorporar directa y expresamente el concepto de *administrador de hecho*. Con ello se abren nuevas posibilidades de consideración como sujeto activo de todos aquéllos que realizan el hecho típico en calidad de administrador<sup>137</sup>. En este contexto, se ha entendido en la doctrina que varios son los casos en que podría hablarse de administrador de hecho, como por ejemplo aquellos en que existe un nombramiento defectuoso, cuando se administra una sociedad jurídicamente inexistente<sup>138</sup>, cuando el administrador tiene el dominio sobre el que formalmente parece tenerlo o cuando se ejerce la administración de una manera fáctica, aunque con el consentimiento, por lo menos tácito de la sociedad<sup>139</sup>. Estas opciones, sin embargo, no son pacíficas en la doctrina, variando en función de la visión que se adopte respecto del alcance del término en el ámbito penal.

---

<sup>135</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 391.

<sup>136</sup> *Loc. cit.*

<sup>137</sup> Sobre el alcance de la figura del administrador de hecho, véase QUINTERO OLIVARES, G., "Administradores de hecho y de derecho ante una reforma del Código Penal", *Juris*, n° 142, 2009, pp. 20ss. Al respecto el autor ha señalado que la vía más apropiada es la de, si bien considerar los criterios mercantilistas, examinar otros aspectos que resulten también idóneos para llenar de contenido el concepto en análisis en el ámbito penal. Para ello, plantea, deberemos centrarnos en la aplicación de "razonamientos estrictamente penales" debiendo, por tanto, incluirse en dicha categoría a toda persona, que ejerza realmente funciones que le otorguen un poder de decisión al interior de la persona jurídica. Agrega que deberá ese poder operar sobre la "concreta decisión que haya dado lugar a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico" y que esta lesión o puesta en peligro se produzca dentro del "ámbito de decisión o de previsión normal" del administrador.

<sup>138</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit. p. 86; CHOCLÁN MONTALVO, J., "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", op. cit., pp.27ss., también FERNÁNDEZ TERUELO, J. "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., pp. 3s.

<sup>139</sup> GARCÍA CAVERO, C., "Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho", *Indret*, n° 3, 2006, pp.8ss.

## 1.6. La relación entre el concepto de administrador del artículo 31 y los criterios de imputación del artículo 31 bis del Código Penal

La posición que se adopte en torno al concepto de administrador resulta de extraordinaria importancia para la determinación de responsabilidades penales individuales en casos complejos en los que el sujeto que ha realizado el delito no tiene atribuidas funciones de representación y administración de las entidades colectivas. Pero además fijar una posición al respecto no sólo repercute en la determinación de responsabilidades penales de las personas físicas, sino también de las personas jurídicas, por cuanto la figura del administrador de hecho también es contemplada entre las personas físicas que pueden dar lugar con su conducta típica a la responsabilidad penal de la colectividad. De modo que la mayor o menor amplitud, indirectamente determinaría la mayor o menor cantidad de supuestos en que dicha responsabilidad podría tener lugar.

En el contexto de los delitos especiales cometidos a partir de una persona jurídica, plantea SILVA<sup>140</sup> que existen, por lo menos, tres visiones acerca de la mayor o menor amplitud del concepto de administrador de hecho. La más restrictiva entiende que sólo puede ser administrador de hecho en el ámbito penal aquél que reúne los requisitos para serlo de acuerdo con el Derecho mercantil, aunque con matices; el segundo concepto contempla todas las situaciones en que el sujeto físico actúa fácticamente como un verdadero administrador de la sociedad y, por tanto, con poder de decisión sobre la misma; y por último, una tercera posición plantea, de manera más amplia, que es administrador de hecho todo aquél que, aunque no reúne ninguno de los requisitos de un administrador de derecho, mantiene una gestión real de la entidad aunque no tenga poder de decisión total.

Esta última interpretación representa la más amplia y la que podría permitir comprender situaciones en las que el sujeto que posee el dominio social no reúne, sin embargo, las condiciones para estimar que se trata de un verdadero administrador, por lo menos, en cuanto no reúne las características propias de quien ejerce el cargo<sup>141</sup>. Por ello sólo desde esta óptica podrían ser eventualmente considerados como administradores, por ejemplo, quienes realizan funciones en grupos societarios o quienes ejercen una dirección, pero restringida a un ámbito o sector muy determinado de la empresa. La relación que, en espe-

---

<sup>140</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 392. Por su lado SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en lugar de otro en Derecho penal*, op. cit., p. 86s., señala que existen dos posibles visiones respecto de la figura del administrador de hecho, uno será el concepto restrictivo conforme al cual, cabría incluir al que actúa con nombramiento caducado, o cuyo nombramiento no está inscrito en el Registro mercantil, o no se ha procedido a su publicación en el Boletín del Registro, o es nulo por concurrir alguna causa de inexigibilidad, exceso, renuncia o revocación expresa. En tal caso quedarían ciertos supuestos fuera, con la consiguiente impunidad en determinados casos en que se produce la lesión del bien jurídico. La otra opción, acogida por gran parte de la doctrina es considerar un concepto amplio de administrador en la que lo realmente relevante es la relación entre el sujeto activo y el bien jurídico lesionado. Por su lado, esta es la opción que asume QUINTERO OLIVARES, G., "Administradores de hecho y de derecho ante una reforma del Código Penal", op. cit., pp. 20ss., al considerar que la figura debe ser llenada en relación con criterios penales.

<sup>141</sup> En este sentido, véase GARCÍA CAVERO, P., "Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho", op. cit., pp. 8ss, quien distingue las diversas situaciones en las que puede encontrarse el administrador de hecho, como son la existencia de un testaferrero, la del administrador sumiso y el administrador instrumento, con soluciones distintas tanto para el administrador de derecho como para el de hecho.

cial, estos casos presentan con la RPPJ es evidente pues, como ya se ha señalado, la figura en análisis está presente tanto en el art. 31 CP como en el art. 31 bis CP, pero además se advierte también la complementariedad que puede darse entre una y otra institución. En efecto, podría haber supuestos en los que, no obstante la persona física que ha cometido el delito especial no fuera un administrador de hecho o de derecho, sí fuera un trabajador que podría dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica través de la segunda vía de imputación del art. 31 bis CP. De esta forma, aún cuando se tratara de un delito especial cometido a partir de una persona jurídica en el que no es posible aplicar sanciones en virtud del art. 31 CP, podría llegarse a la sanción de la persona jurídica misma<sup>142</sup>.

Como antes se señalara la posibilidad de dar mayor o menor encaje a los casos de delitos especiales cometidos en el seno de una colectividad organizada pasa en gran medida por la opción que doctrina y jurisprudencia adopten en torno a la figura del administrador de hecho. En cuanto a la posición más restrictiva se entiende que sólo puede ser administrador de hecho quien reúne las características y requisitos para el ejercicio del cargo como administrador de derecho, aunque concurren algunos vicios que podrían tornar nulo el nombramiento. La segunda posición se funda, al igual que la tercera, en la idea de un ejercicio material o fáctico de la función social, pero en esta posición se limita el reconocimiento como administrador de hecho a aquellos casos en que el sujeto actúa de manera permanente, tanto en el plano externo como en el interior de la propia empresa, con la autorización y reconocimiento de esta última. Para ello, será necesario además que quien actúa con dicho reconocimiento posea las mismas facultades de un administrador de derecho, aunque en un plano material. En suma, se acepta como administrador de hecho a quien realiza una gestión fáctica con todas las funciones de un administrador de derecho, pero ampliando los límites hasta incluir a quien lleve las riendas de la actividad económica aunque no aparezca en la dinámica rutinaria y formal de la entidad.

La segunda versión del concepto de administrador de hecho permite solucionar diversos casos en los que, no obstante encontrarse el sujeto físico en posición de lesionar el bien jurídico, no podría ser alcanzado por la sanción penal si se siguiese la concepción restrictiva y formalista del cargo. Sin embargo, la segunda versión sigue exigiendo que concurren en el administrador ciertas características relacionadas con el ejercicio amplio de facultades respecto de la entidad que la asimilan a la figura formal<sup>143</sup>. Por ello que se ha buscado ampliar aún más la figura basándose únicamente en el criterio fáctico, referido a la relación entre el sujeto y el bien jurídico protegido dentro de una determinada dinámica en la que este último se encuentra inmerso<sup>144</sup>.

Por esta vía se llega a la versión más amplia del administrador de hecho, que opta por entender que el elemento determinante para la configuración del cargo es la del dominio social típico<sup>145</sup>. De acuerdo con ella se debe determinar qué persona ha tenido acce-

---

<sup>142</sup> De allí la relevancia de la contemplación paralela y simultánea de las dos realidades jurídicas que hace QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 674.

<sup>143</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., pp. 394s.

<sup>144</sup> En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, op. cit., pp. 121s., aunque exigen que dicho administrador de hecho actúe con el consentimiento aunque sea tácito de la entidad, con lo que podrían acercarse a la posición intermedia planteada por Silva.

<sup>145</sup> A esta posición se adscribe MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 529, quien señala que la inclusión de los representantes fácticos no calza con la teoría de la



so al círculo de protección del bien jurídico, o en otras palabras, establecer si la vulnerabilidad del bien se encuentra en la órbita de las funciones sociales de determinada persona física en el interior de la entidad<sup>146</sup>. De esta manera lo importante deja de ser quién posee la calificación para ejercer las facultades propias del administrador, incluso sin haber sido nombrado formalmente, sino quién, teniendo el dominio del hecho en un determinado momento, ha podido evitar el resultado dañoso, entendiendo que se ha producido dicho resultado porque se encuentra dentro del ámbito societario en que este sujeto desarrolla sus funciones sociales. Lo anterior implicará, por tanto, que se analice la eventual aplicación de la cláusula de *actuación en lugar de otro*, y la figura del administrador de hecho a la luz de la relación que el sujeto mantiene con el bien jurídico<sup>147</sup>.

En este marco, con una figura mucho más flexible que las propuestas por las anteriores posturas, pueden ser administradores de hecho no sólo aquellas personas que reúnen las condiciones materiales relativas al ejercicio del cargo y que tienen en la práctica el dominio social general de la gestión de la entidad, sino también otras personas que sin tener el dominio sobre el conjunto de la actividad económica de la entidad ostentan, ya sea de manera temporal o específica, la gestión sobre el área en la que se ha desarrollado el hecho que ha dado lugar al resultado típico<sup>148</sup>. Por ello podrían ser considerados administradores de hecho sujetos que ejercen un control sobre un área o ámbito muy específico del desarrollo productivo o económico de la empresa. Habrán, por tanto, variadas opciones para establecer qué personas dentro del organigrama y de la división competencial de la empresa ostentan un control, sin que se plantee la exigencia de que ese control sea más o menos extenso dentro de la actividad empresarial, pues deja de ser el criterio que determina la ampliación de la autoría en el delito especial, para pasar a serlo el criterio del dominio social que se ha tenido efectivamente dentro de la dinámica en la que ha tenido lugar el hecho delictivo<sup>149</sup>.

Las posiciones más flexibles en torno al concepto de administrador de hecho, si bien parecen dirigirse en la dirección correcta han sido, por otro lado, objeto de críticas. Éstas, en general, señalan que un concepto laxo de administrador de hecho podría dar lugar a una extensión excesiva de la figura, abarcando los límites inferiores del organigrama empresarial. En otras palabras el concepto amplio de administrador podría dar lugar a dificultades en la determinación de los que realmente deben ser considerados como administradores de hecho de la entidad, para los efectos del art. 31 CP. Con ello, pudiera terminar abarcándose incluso a trabajadores que ejercen funciones no relacionadas con la gestión de la entidad o parte de ella, desvirtuándose, finalmente, los objetivos perseguidos a través de la cláusula del *actuar en lugar de otro*<sup>150</sup>. Sin embargo, la doctrina que defiende la aplica-

---

representación, sino con el criterio material, aunque la exigencia es que el significado, para la extensión de la autoría, sea materialmente idéntico entre la conducta del representante fáctico y el sujeto idóneo del delito especial.

<sup>146</sup> Criterio que, como ha señalado antes, fue planteado en primer término por SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal", op. cit., pp. 542 ss.; y en la doctrina nacional desarrollado en los términos que en el cuerpo se ha expuesto por GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, II*, op. cit., *passim*.

<sup>147</sup> En este sentido MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 529.

<sup>148</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., pp. 395ss.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 397ss.

<sup>150</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 81, quien llega a señalar que el delito

ción de un concepto amplio ha intentado también definir algunos límites, señalando primero que no se trata de cualquier sujeto que trabaje en el interior de la empresa sino sólo de aquellos que realmente poseen, ya por ejercicio directo, ya por delegación un poder tal que les permite determinar la suerte del bien jurídico, por acción o por omisión<sup>151</sup>.

Más allá de los problemas en torno a los límites de la figura en el ámbito doctrinal, en mi opinión deberían resultar incluidos como administradores de hecho algunos sujetos que, aunque de acuerdo con posiciones más restrictivas, no serían comprendidos en la figura ya que su ámbito de acción se circunscribe a un entorno más bien específico, detentan un poder y ejercen responsabilidades que dicen relación o afectan de manera directa el ámbito de protección del bien jurídico.

Dado lo anterior el aspecto que resulta, en consecuencia, más relevante es el control y poder que el sujeto físico detenta en relación con el ámbito o actividad en el que se desarrolla el bien jurídico. Por ello, aunque dicho poder y control sea delimitado en la empresa es, sin embargo, suficiente para establecer que el dominio pertenece a tal sujeto. Por lo mismo, el concepto puede comprender a sujetos distintos de los que normalmente ejercen la dirección orgánica y económica, en la medida en que éstos detentan el dominio sobre la actividad que incide en la vulnerabilidad del bien jurídico. En este contexto, es posible dar cabida dentro de la figura del administrador de hecho a jefes zonales o a encargados de departamentos o áreas específicas de la empresa, así como a otros cargos de similar naturaleza<sup>152</sup>.

La anterior configuración del concepto resulta especialmente interesante en ámbitos que han sido reconocidos de compleja solución como son la delegación, los grupos de empresas o la representación de una persona jurídica administradora<sup>153</sup>, todos los cuales también tendrán relevancia para la aplicación de una de las vías de atribución de RPPJ, conforme al art. 31 bis CP, esto es, cuando el delito sea cometido por un administrador de hecho.

---

podría tornar en un delito común si el mismo es realizado por cualquiera en la empresa.

<sup>151</sup> En tal sentido se plantea SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 403; también es la postura adoptada por QUINTERO OLIVARES, G., "Administradores de hecho y de derecho ante una reforma del Código Penal", op. cit., pp. 20ss, al señalar que es necesario para estimar que se ha producido una lesión al bien jurídico y, por tanto, una necesidad de establecer responsabilidad a nivel penal del administrador, cuando esa lesión o puesta en peligro se produzca dentro del "ámbito de decisión o de previsión normal" del administrador.

<sup>152</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 392.

<sup>153</sup> Así lo consideran diversos autores, entre ellos, CHOCLÁN MONTALVO, J., "Responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", op. cit., pp. 26ss.; SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit., pp. 90ss., quien además de la delegación se ocupa de otros supuestos como el de los apoderados, liquidadores, promotores y fundadores, auditores y el administrador judicial.

## 1.7. Casos complejos en la aplicación de la regla del actuar por otro y consecuencias para la apreciación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

### a) Delegación de funciones

La delegación, las más de las veces, está contemplada en la propia organización empresarial de manera tal que, como señala el art. 141 LSA, es posible delegar las funciones en un órgano que funcione como comisión delegada o ejecutiva, pero siempre en la lógica de consejeros que sean órganos de la administración de la persona jurídica, es decir, que están contemplados en el organigrama de la entidad pudiendo, en tal caso, ser un órgano unipersonal o un órgano colegiado<sup>154</sup>.

Desde el punto de vista del contenido de la delegación en la medida en que consiste en la gestión y representación de la entidad, permite hablar de un auténtico administrador. Lo anterior queda claro en el caso de la delegación interna, esto es aquella que abarca sólo los casos de delegación de facultades en el Consejo de Administración, es decir, en los propios consejeros. Sin embargo, también es posible que se efectúe una delegación externa, que presenta mayores complejidades y que debe abordarse desde la óptica del apoderamiento<sup>155</sup>.

Se habla de delegación externa, cuando actúa respecto de un sujeto que no es parte del órgano de administración y funciona a través del acto de apoderamiento. Este apoderamiento puede operar respecto de un consejero o de un no consejero, pero en el caso de que se realice respecto de este último la figura del apoderado no podría ser identificada con la del administrador, pues el apoderado no tendría asignadas funciones de gestión y representación de la sociedad. Cuando el apoderamiento se realiza respecto de un sujeto que ejerce la función de consejero, la doctrina estima que estaríamos ante un auténtico administrador de derecho, por lo que los requisitos de cualificación del tipo penal especial se cumplirían. Sin embargo, cuando el apoderamiento se efectúa en quien no ejerce como consejero, la situación cambia.

En el supuesto de apoderamiento de un no consejero, concuerdo con aquella doctrina que entiende que no estaríamos ante un administrador de derecho, sin embargo, es pertinente la pregunta acerca de si podría estimarse que el no consejero sería asimilable a la figura del administrador de hecho. Al respecto, partiendo del concepto amplio de administrador de hecho, una parte de la doctrina se inclina por considerar al apoderado administrador de hecho, siempre que haya tenido poder decisorio sobre el hecho que tiene relevancia delictiva, es decir, que haya actuado con dominio social típico<sup>156</sup>. Sin embargo, otra parte de la doctrina entiende que solo puede ser administrador de hecho quien ejerce las facultades y deberes propios del administrador sin poseer título legítimo para ello<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M., *La actuación en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit., pp. 90s.

<sup>155</sup> *Loc. cit.*

<sup>156</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 400.

<sup>157</sup> Tal es el parecer de SÁNCHEZ DOMINGO, M., *La actuación en nombre de otro en Derecho penal*, op. cit., p. 94, quien plantea que el apoderado desarrolla funciones de administrador pero en virtud de un título legítimo, en cambio el caso del administrador es totalmente opuesto, pues desarrolla funciones pero sin el

Por lo tanto, en la medida en que posee un título legitimante se hallaría en la situación contraria a la del administrador de hecho que por definición no cuenta con título legítimo para ejercer el cargo, y por ello tampoco reuniría los requisitos de cualificación para el tipo penal especial.

Aunque estimo que la posición más coherente y acertada es la de estimar suficiente el dominio social típico, no es menos cierto que en este supuesto nos enfrentamos a un cargo en el que justamente se cuenta con aquello que normalmente está ausente en el administrador de hecho, esto es, el título que legitima su actuación en la esfera empresarial. Por ello no existe una solución clara ni unánime y, por tanto, la aplicación de la cláusula del art. 31 CP, resulta de difícil aplicación en casos como el apoderamiento, dependiendo ella de la mayor o menor amplitud que se adopte en la interpretación de aquello que comprende la figura del administrador de hecho.

## **b) Representación de una persona jurídica por otra**

Los casos en que la representación de una persona jurídica recae a su vez en otra persona jurídica también plantean dudas en torno a la aplicación de la figura del administrador. En estos casos, el administrador de derecho de una persona jurídica es otra persona jurídica pudiendo ser la primera, en el caso de los delitos especiales, el sujeto cualificado y no la entidad representante.

El supuesto en análisis y la cláusula misma de *actuación en lugar de otro*, no sólo tiene trascendencia en la órbita de los delitos especiales cometidos desde la empresa. También tiene relevancia en la aplicación del art. 31 bis CP, cuando el hecho ilícito ha sido cometido por las personas que son mencionadas en el primer apartado del mencionado art. 31 bis CP, esto es, cuando se trata de un administrador de hecho. En efecto, será común enfrentar supuestos en los que la representación de la persona jurídica sea también ejercida por otra persona jurídica, con lo que la determinación de quién es, para los efectos del art. 31 bis CP, finalmente el administrador será fundamental, pues en estos casos quien ejerce las facultades de administración corresponden a una persona jurídica. En tal contexto, como los supuestos del art. 31 bis CP parten de la base de delitos cometidos por personas físicas, será forzoso indagar en el sujeto físico que ha ejercido en este caso como administrador de hecho de la entidad representada. La utilidad, por tanto, del actual análisis de la cláusula en estos supuestos resulta, a todas luces, vital.

En concreto, para la administración de la persona jurídica representada, la representante deberá nombrar un sujeto físico que ejerza materialmente las labores que dicha administración requiera. Analizada la cuestión desde la óptica del art. 31 CP, no cabría, señala la doctrina, hablar de un administrador de derecho, pues lo contrario significaría hacer una interpretación analógica del precepto, lo que quedaría descartado en el ámbito penal. Nuevamente, por tanto, debería examinarse la posibilidad de extender los requisitos objetivos de la autoría desde la perspectiva del administrador de hecho, pero en dicha

labor se presentarán una vez más las diferencias que dicen relación con la mayor o menor amplitud que se quiera dar al concepto del administrador de hecho.

Respecto de la aplicación de la cláusula en esta hipótesis de representación de personas jurídicas por otras personas jurídicas, FERNÁNDEZ TERUELO se inclina por excluir la posibilidad de que se trate a la persona física que ejerce la labor encomendada por la sociedad que tiene la representación de otra como un administrador de hecho a efectos del art. 31 CP, pues estima que en estos casos si bien el sujeto físico realiza las labores de representación encomendadas a la sociedad representante no tiene, sin embargo, en ningún caso el elemento de gestión necesario- respecto de la sociedad representante- para que pueda traspasarse tal calidad directamente a dicha persona física, pues la gestión la ejerce respecto de la sociedad representada y no respecto de la representante<sup>158</sup>. Por ello el autor estima que no se ha dado cabal cumplimiento al objetivo que al parecer guiaba la labor de modificación del art. 15 bis plasmado en el art.31 CP actual, en la medida en que estas situaciones no son resueltas por la norma<sup>159</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, considerada la figura del administrador de hecho desde una óptica material es posible sostener que, en la medida en que el sujeto físico posea el dominio social típico llevando adelante, por tanto, los destinos de la entidad en el ámbito preciso en el que se desarrolla el bien jurídico comprometido, tal sujeto ostenta la calidad de administrador de hecho de la persona jurídica representada y, consiguientemente, sería posible la imputación vía art. 31 CP<sup>160</sup>. Todo lo anterior, sin embargo, está sujeto a la adopción de una interpretación material y amplia del concepto de administrador de hecho. Lo anterior conlleva, en consecuencia constatar que los problemas que, por lo demás, tienden a ser relativamente frecuentes en el tráfico mercantil, no tienen una solución única y exenta de cualquier debate, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

### c) Grupos de empresas

Por último, también pueden presentarse supuestos complejos en lo concerniente a los grupos de empresas. En estos casos las complejidades que se presentan respecto de la posibilidad de ampliación del círculo de autores a partir de la figura del administrador de hecho se dan cuando es la sociedad filial y no la empresa matriz la que posee la cualificación exigida por el tipo penal y quien tiene el dominio típico es una persona física que realiza funciones y se encuentra adscrita al organigrama de esta última.

La postura que propugna una lectura fáctica de la figura del administrador de hecho también se muestra proclive a la imputación de tal conducta típica si quien tiene el

---

<sup>158</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., pp. 6ss.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 7. El autor al respecto fundamenta la exclusión en el siguiente sentido, "es cierto que el referido sujeto representa a la sociedad cualificada (A), pero difícilmente puede decirse que cumplimenta el segundo elemento de la administración; esto es, la gestión, ya que toda su labor material de gestión la lleva a cabo en la sociedad (B) y no en la empresa cualificada típicamente (A)".

<sup>160</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 401.

dominio fáctico es alguna persona situada en la dirección de la empresa matriz<sup>161</sup>. Sin embargo, para que tal imputación pueda tener lugar es menester determinar primero otras cuestiones que, si bien son anexas, resultan absolutamente necesarias para la determinación del dominio social típico. Esas circunstancias tienen relación con cuál es, en definitiva, la entidad que ejerce la dirección económica del grupo y con la determinación de si ese poder es el que ha propiciado el dominio social de quien ha posibilitado por omisión o ha cometido activamente el delito. Por tanto, en estos casos, incluso cuando estamos en el escenario de asumir la posición material que otorga mayor amplitud a la figura del administrador de hecho, la cuestión no termina siendo del todo clara, pues serán múltiples los aspectos, por lo demás bastante complejos, que deben ser analizados para determinar si se tiene o no el dominio social sobre el bien jurídico.

La inclusión de la figura del administrador de hecho ha abierto la cláusula de *actuación en lugar de otro* a la aplicación de una visión más material o fáctica. Sin duda con ello se produce una ampliación en las posibilidades de imputación de la actuación del *extranei* en el delito especial, aunque la discusión al respecto sigue abierta y, en ese sentido, a propósito de los casos que resultan más complejos, se plantean soluciones diversas y sujetas a las diversas concepciones que se hayan adoptado respecto de ciertos aspectos de la cláusula en análisis.

En tal contexto, no tendrían una solución uniforme una serie de casos relativos a la delincuencia empresarial en los que la infracción se corresponde con un tipo penal especial. En contextos de actuación colectiva -como es el caso de las empresas-, la determinación de quién ha actuado por el *intranei* pasa también por el análisis acerca de la participación de aquella persona o personas que han tenido la función de garantizar el bien jurídico y de evitar el resultado, debiendo, además, contemplarse factores como la división de funciones y la esfera competencial de cada uno de los sujetos físicos que pueden incidir en la vulnerabilidad del bien y que se encuentran insertos en complejos organigramas internos de la empresa. A dichas consideraciones deberán sumarse otros factores presentes en situaciones aún más complejas, propias de la realidad empresarial, como la delegación de funciones, los grupos de empresas, etc.

El porqué esta cuestión resulta de especial importancia para los fines de esta investigación radica en las posibilidades reales de punición de conductas que deben ser encuadradas en tipos penales especiales y que han sido cometidos en el interior de la persona jurídica, pues de adoptarse una u otra posición depende la solución de más o menos casos y es en ese punto en el que la RPPJ adquiere relevancia, en tanto podría complementar la sanción de aquellos casos de difícil solución.

Ello ocurrirá en todos aquellos supuestos en que el resultado típico sea el producto de una sucesión de actos realizados por diferentes personas -dada la competencia diferenciada y parcial de cada una de ellas en el proceso económico- y, por consiguiente, no sea posible imputar el conjunto de los elementos del injusto a ninguna de ellas en particular. En tales supuestos, la RPPJ podrá actuar de manera complementaria, ante la imposibilidad de condenar a un sujeto físico determinado<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>162</sup> Esto porque como ya se advertirá en la última parte de esta obra, el sistema de responsabilidad penal de

Por otro lado, también debe considerarse en la aplicación de la cláusula de *actuación en nombre de otro*, los límites de la figura del administrador de hecho, por cuanto aún cuando se inste por una interpretación material, no pueden ser comprendidos en el concepto sujetos que no detenten un poder real de decisión de la empresa, sin con ello desnaturalizar la figura en cuestión. Por ello debe aceptarse que existen límites en la imputación de responsabilidad individual en este ámbito, pero también que la responsabilidad penal colectiva puede actuar complementariamente en la medida en que para establecer este tipo de responsabilidad no se exige, como se verá más adelante, la condena de una persona física determinada.

Por último, y en sentido inverso, como ya se ha indicado más arriba, también la cláusula de *actuación en lugar de otro*, cumple una función importante respecto de la RPPJ en tanto permite la determinación de la responsabilidad de una de las personas físicas que se contemplan en el art. 31 bis CP, esto es, el administrador de hecho, quien puede cometer el hecho de referencia. Por una parte, sin duda el desarrollo del concepto en cuestión se erige como un importantísimo antecedente para una de las vías de responsabilidad penal del art. 31 bis CP. Por otro lado, cuando se trate de un delito especial cometido a partir de una persona jurídica, la determinación del sujeto físico servirá para dar lugar a la posterior responsabilidad penal de la propia entidad empresarial.

## 2. Alcance y límites de la teoría de la participación

### 2.1. La difícil dilucidación de responsabilidades individuales en contextos de actuación colectiva

Como ya se ha indicado antes, la propia naturaleza del objeto en estudio -esto es, la criminalidad realizada a partir de la organización empresarial-, genera una serie de dificultades dogmáticas a la hora de imputar normativamente ciertos delitos empresariales e individualizar a los autores y partícipes en los mismos. Ello ocurre con mayor frecuencia en las grandes entidades, en las que los ámbitos de competencia se encuentran muy atomizados y la jerarquía muy difuminada, lo que se explica porque el éxito del desarrollo empresarial depende de la adecuada gestión de los recursos humanos y físicos que impone el deber de distribuir la organización y gestión en tantas manos como resulten necesarias<sup>163</sup>.

---

las personas jurídicas, contenido en el art. 31 bis CP, no requiere de condena respecto de las personas físicas que a través de su conducta pueden dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa.

<sup>163</sup> En este sentido anota además MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., p. 37, que la “interdependencia de los miembros de la empresa”, se deriva que no siempre pueda distinguirse claramente quién tiene determinadas competencias para ejercer ciertas funciones y en qué medida. A la complejidad que presenta la gran empresa en la actualidad deben sumarse otros fenómenos aún más intrincados, tanto desde el punto de vista de las relaciones, como desde la perspectiva de la dificultad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto véase, MILITELLO, V., “La responsabilidad penal en los grupos de empresas”, en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, op. cit., *passim*.

Por tanto, los problemas que han llevado a la ampliación de la tipicidad posibilitando la calificación como autor de aquél que ostenta una determinada posición estratégica y de poder en la empresa pero que no posee las cualidades de la correspondiente figura penal, existen también en el terreno de la autoría y la participación en delitos económicos y empresariales. Es más, la doctrina estima que los mayores problemas de imputación normativa de conductas delictivas se producen en el terreno de la autoría y participación, por lo que es en este ámbito donde se han introducido importantes revisiones y cambios<sup>164</sup>.

De hecho, la propia cláusula de actuación en lugar de otro<sup>165</sup> –previamente examinada a la luz de las limitaciones de tipicidad– bien puede ser analizada como un problema propio de la autoría y participación<sup>166</sup>. Otro tanto es posible señalar respecto de la propia RPPJ pues, aunque se trata de un tema que atraviesa muchos ámbitos de la teoría del delito, ciertamente responde– como por lo demás han señalado muchos autores– a la necesidad de incluir un nuevo sujeto activo del delito<sup>167</sup>.

Por otro lado, haciendo propio lo que algunos autores han planteado, en la aplicación de las tesis de la autoría y la participación a la delincuencia económica, existen verdaderas especificidades que ameritan un tratamiento particular<sup>168</sup>. En tal sentido, el análisis de la forma en que actúan las teorías de autoría y participación en la delincuencia empresarial podría dar luces acerca de su real capacidad para establecer de manera adecuada las responsabilidades penales en el interior de la entidad empresarial.

Como podrá apreciarse, existen dificultades en la determinación de los verdaderos autores y partícipes en los delitos empresariales debido a la particular forma en que se estructura y gestiona colectivamente la entidad, lo que ha forzado a plantear desde la doctrina teorías a través de las cuales sea posible solventar las limitaciones naturales de las teorías clásicas de autoría y participación ante una realidad en la que no existe un único autor ni un único partícipe. Sin embargo, como se verá más adelante, algunas de las refe-

---

<sup>164</sup> Acerca de la problemática de la autoría y la participación en los delitos empresariales cometidos por el administrador de la empresa, véase FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 261ss.

<sup>165</sup> Ello es así porque esa ampliación de la tipicidad que ha llegado a plasmarse legislativamente en el art. 31 CP, responde a la necesidad de incluir a sujetos que, de acuerdo a la configuración de ciertos tipos de la parte especial del Código Penal, no podrían ser entendidos como autores por no reunir los requisitos o cualidades exigidos en ese tipo.

<sup>166</sup> Tal es el tratamiento que da a la cláusula de *actuación en lugar de otro*, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en AA.VV., Bacigalupo Zapater, E. (dir.), *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, nº 14, Consejo General Poder Judicial, Madrid, 2001, *passim*; y BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, op. cit., pp. 116ss.

<sup>167</sup> Por todos, BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal (insuficiencia del <<levantamiento del velo>>)”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 22, 2002, *passim*.

<sup>168</sup> Acerca del debate acerca de la existencia de particularidades en la autoría y participación en delitos económicos, véase, MAGALDI PATERNOSTRO, M., “Autoría y participación en los delitos económicos”, en AA.VV., García Arán, M. (ed.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 61, Madrid, 2005, *passim*.



ridas tesis no han tenido acogimiento por parte de la jurisprudencia por las dificultades de adecuación que presentan a la realidad delincencial empresarial.

Ejemplo de las dificultades y negativas consecuencias que el Derecho penal enfrenta ante fenómenos delictivos empresariales colectivos, es la tendencia de trasladar las responsabilidades hacia arriba o hacia abajo en la jerarquía empresarial, a veces forzando las reglas de imputación penal, como consecuencia de la imposibilidad de establecer de manera cierta quién o quiénes son los verdaderos y enteros responsables por los actos ilícitos investigados<sup>169</sup>. Por ello, atendidos los límites en la imputación de hechos que se derivan de los principios garantistas del Derecho penal, cuando ese hecho no puede ser imputado de manera integral a la conducta de una persona física determinada, como ocurre comúnmente con los delitos empresariales, se llega a plantear algo tan alejado de la concepción clásica del delito y el sujeto responsable como su consideración colectiva. Es decir, realizar el análisis del hecho desde la perspectiva de una realidad no atribuible a acciones individuales, sino como un fenómeno colectivo, esto es, como un acto de grupo.

Pero el reconocimiento de una realidad criminal colectiva no implica desconocer la necesidad de que los esfuerzos deben también concentrarse en la determinación de responsabilidades individuales, razón por la cual, el estudio aunque somero de las teorías que intentan dar solución a los problemas de determinación de responsabilidades y su grado resulta, en muchos casos, complementaria respecto de la RPPJ. Sin perjuicio de ello, es claro que las formas típicas concebidas en el ámbito de la autoría y la participación, incluyendo, como se verá, la aplicación de formas de inducción o la omisión, no siempre resultan suficientes.

En este sentido, las dificultades especiales que se presentan en el ámbito delictivo empresarial se relacionan con comportamientos que aún no formando parte de la ejecución del delito son, sin embargo, indispensables para que el resultado típico tenga lugar, y respecto de los cuales no siempre se reúnen las condiciones esenciales para estimar que se trata de verdaderas conductas de inducción o de omisión. Ello revela en cierto modo las dificultades reales con las que se encuentra hoy la dogmática tradicional y la jurisprudencia para establecer el lugar que les corresponde dentro de la teoría de la autoría a dichos comportamientos no ejecutivos<sup>170</sup>. Se trata de supuestos en los que quien lesiona el bien

---

<sup>169</sup> De ello da cuenta SCHÜNEMANN, B., "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. dificultades relativas a la individualización de la imputación", op. cit., p. 11, quien señala que la responsabilidad tiende en gran medida a trasladarse a los estratos más altos de la empresa, advirtiendo de la necesidad de analizar "cuidadosamente su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho Penal".

<sup>170</sup> Así lo señalan entre otros, PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", en AA.VV., Serrano Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, *passim*. Por su lado, MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 487, señala al respecto que más que en cualquier ámbito de la teoría del delito, la autoría y la participación en su aplicación a los delitos socioeconómicos requiere de la flexibilización de los conceptos así como recurrir a nuevos principios de imputación jurídico-penal diferentes de los tradicionales. Sobre las dificultades para establecer las responsabilidades de los sujetos que integran la empresa respecto de la comisión de delitos, véase DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 30ss. Respecto de las dificultades de los comportamientos delictivos en grupo, MANSDÖRFER, M., "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo", op. cit., p. 5; respecto de su acogimiento en la jurisprudencia, véase MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Dykinson, Madrid, 1997.

jurídico, no encaja adecuadamente en las formas clásicas de participación en el delito. Por otro lado, se traslada la atención no ya a quien ha lesionado el bien jurídico en el caso concreto, sino a quien ha ordenado la ejecución o quien no ha adoptado las medidas destinadas a la evitación del hecho delictivo, pudiendo y debiendo hacerlo<sup>171</sup>.

Es, por tanto, ese desplazamiento de la atención desde el ejecutor a quien se encuentra en el escaño superior de la estructura jerárquica y que no ha intervenido directamente en el acto delictivo el que resulta ser el objeto de toda la atención en la delincuencia económica y, especialmente, en la empresarial<sup>172</sup>. Sin embargo, en ciertos casos, cuando el delito sólo puede ser comprendido como el resultado de un comportamiento organizado, la sanción al “chivo expiatorio”, ya superior ya inferior jerárquico, suele reflejar una insuficiencia del Derecho penal para captar dichos fenómenos criminales y, en concreto, de las figuras de inducción y omisión<sup>173</sup>. En el escenario antes descrito esas particularidades de la empresa, referidas a la indicada división del trabajo, el principio de jerarquía<sup>174</sup>, la alta complejidad del proceso productivo y la utilización, cada vez en mayor medida, de ciertas figuras, como la delegación de funciones, hacen que la figura del autor que ha ordenado la infracción o no ha impedido el resultado típico, resulte extremadamente difícil de establecer<sup>175</sup>. La cuestión radica, por tanto, en imputar individualmente la acción prohibida, cuando en muchos casos las figuras y herramientas de la teoría clásica de la autoría y la participación no son capaces de solventar las particularidades de la delincuencia empresarial<sup>176</sup>.

## 2.2. Particularidades de la responsabilidad por acción y omisión

En el ámbito criminal empresarial, la doctrina y la jurisprudencia han adoptado dos líneas divergentes para abordar los supuestos delictivos surgidos de la empresa y que lesionan bienes jurídicos de terceros. Por un lado, se aprecia una tendencia a responsabilizar a quien se encuentra en los escalones más bajos de la estructura (*bottom-up*) y que sigue las pautas propias de la delincuencia tradicional considerando autor del delito en concreto a quien ha ejecutado materialmente la acción típica. Por otro, se viene considerando, en es-

---

<sup>171</sup> FRISCH, W., “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, op. cit., p. 100; y PEÑARANDA RAMOS, E., “Autoría y participación en la empresa”, op. cit., p. 162.

<sup>172</sup> SCHÜNEMANN, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., *passim*.

<sup>173</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas delinquere potest”, [www.perso.unifr.ch](http://www.perso.unifr.ch), 2010, pp. 1s.

<sup>174</sup> Aunque bastante difuminado en las sociedades de grandes dimensiones, en las que tiende a sustituirse por el concepto de coordinación. Véase, SCHÜNEMANN, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., *passim*.

<sup>175</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pp. 39s.; y FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit., pp. 1ss.

<sup>176</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit., p. 2; también, MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 487. Respecto de la relevancia que adquiere en la actualidad la delincuencia cometida por grupos de personas y no por individuos aislados, véase MANSDÖRFER, M., “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo”, op. cit., pp. 6ss.

pecial en la jurisprudencia más reciente, la necesidad de revertir la tendencia anterior dirigiendo los esfuerzos a establecer la responsabilidad de aquellos que se encuentran en posiciones de dirección de la entidad, es decir, a los superiores jerárquicos (modelo del *top-down*)<sup>177</sup>. Esta última tendencia se fundamenta en el convencimiento acerca de que son los cuadros directivos los que tienen el verdadero control sobre lo que ocurre en el ámbito interno de la empresa, siendo los que se encuentran en posiciones de menor jerarquía menos relevantes en la producción del resultado delictivo.

En ese marco, los planteamientos que intentan calificar la participación del directivo a título de autoría u otra forma de participación equiparada a la misma, evitan conceder todo el protagonismo a los comportamientos ejecutivos, centrándose en la responsabilidad que a los estratos más altos de la organización les cabe en el resultado típico, en función de la posición que ostentan en relación con el interés tutelado<sup>178</sup>.

En todo caso, lo que sí puede apreciarse con meridiana claridad en el ámbito de los delitos empresariales es que para arribar a posibles soluciones en torno a la imputación de responsabilidades, y en especial de quienes se encuentran en el vértice superior de la cadena jerárquica de la empresa –bastante más difuminada en las grandes organizaciones empresariales–, existen una gran cantidad de interpretaciones y versiones. Es lo que ocurre, por ejemplo, en instituciones como la autoría mediata, en la que se revelan las limitaciones que presentan los instrumentos normativos de corte individual conforme a la teoría clásica. Ello, por cuanto los mismos están pensados para la imputación de hechos cometidos a nivel individual y no precisamente en una realidad compleja como la empresarial.

Pero además, esa gran cantidad de opciones y posiciones que ofrece la doctrina tienden, además, a producir una cierta inseguridad jurídica, por cuanto no se vislumbran soluciones únicas adecuadas al caso concreto observándose, más bien, alternativas múltiples y a veces, incluso, contradictorias<sup>179</sup>.

Los esfuerzos, por tanto, se han centrado en la adecuación y flexibilización de los institutos clásicos. En ese sentido, siguiendo la sistemática que en general se ha adoptado por la doctrina para el estudio del grado de responsabilidad de los altos cargos empresa-

---

<sup>177</sup> Respecto de las dos tendencias observables, PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", op. cit., p. 164. Sobre la tendencia a trasladar la responsabilidad "hacia arriba", véase SCHÜNEMANN, B., "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación", op. cit., pp. 10s.; en cuanto a la tendencia a trasladar la responsabilidad "hacia abajo", MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", op. cit., p. 210.

<sup>178</sup> En esa tendencia se encuentran, entre otros, la postura que defiende la coautoría respecto de los comportamientos de los directivos de MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", op. cit., *passim*; también la de NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 205s.; y la de FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo", op. cit., *passim*.

<sup>179</sup> En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, op. cit., pp. 53ss.

riales en los delitos cometidos desde las respectivas organizaciones<sup>180</sup>, se analizarán las posibles soluciones aplicables tanto a las conductas activas, en las que está presente la decisión, planificación y control del delito cometido por otro, como las omisivas.

El porqué del análisis diferenciado entre las conductas activas y las omisivas, radica en la propia realidad de los delitos empresariales. Esta revela que, en el ámbito de la autoría y la participación, la cuestión gira en torno a la necesidad de establecer la responsabilidad que les cabe a aquellos sujetos que no han realizado conductas activas pero mantienen el control de la actividad en la que se produce la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. Hay, por tanto, una constatación de que la dinámica empresarial conduce a una responsabilidad que se produce en gran medida por ese control de la actividad que por la comisión activa de delitos. Esas particularidades del delito empresarial ameritan el tratamiento diferenciado de uno y otro ámbito.

Sin embargo, antes de pasar al análisis del aspecto más importante de la responsabilidad en los delitos de empresa, también debe ser expuesta, aunque someramente, las responsabilidades penales que le pudieran caber a los sujetos que han ejecutado materialmente la conducta delictiva y que ocupan una posición subalterna en la organización, y a aquellos que no siendo parte de los órganos de dirección de la empresa tienen, sin embargo, tienen mayor poder que los subordinados.

## **2.3. Responsabilidad penal de los subordinados y mandos intermedios**

### **a) La responsabilidad de los subordinados**

El estudio de la responsabilidad penal que les pudiera corresponder a los sujetos que han ejecutado materialmente la acción típica no parece especialmente problemática, razón por la que su tratamiento no amerita una especial atención. En efecto, dentro del ámbito de los delitos comunes, la conducta ejecutiva resulta fácil de identificar y su imputación jurídico-penal no plantea mayores problemas técnicos, por lo que las soluciones que ofrece la doctrina no difieren ni se alejan de la teoría clásica de la autoría y la participación<sup>181</sup>. Sin embargo, en el ámbito político criminal la decisión de establecer la responsabilidad penal de los subalternos es bastante más debatida. En especial, por cuanto, en el ámbito de la criminalidad empresarial, los actos ejecutivos suelen responder a una planificación central que determina el modo de actuar de los subordinados. Todo ello implica que el delito tiende a establecerse de manera duradera en la empresa con independencia del sujeto que lo ejecute materialmente. Pero además, el desvalor de resultado no siempre

---

<sup>180</sup> Me refiero a la distinción entre los delitos comisivos y omisivos, y entre delitos comunes y especiales, como hace, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 37-59 o FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo", op. cit, *passim*.

<sup>181</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español", op. cit., p 369, quien señala al respecto que los comportamientos ejecutivos podrán ser encuadrados en las figuras de autoría directa, coautoría o autoría accesoria; en el mismo sentido NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 171.

resulta satisfecho con la sanción de quien, en términos naturalísticos, lo ha causado, lo que lleva a plantear la posibilidad de atribuir responsabilidades desde criterios de corte más normativo<sup>182</sup>.

La aplicación de las formas de autoría y participación a los subordinados, parte de la premisa de la relevancia penal de la ejecución material del hecho. Sin embargo, también existen posiciones que consideran que, por tratarse las empresas de estructuras organizadas, la configuración de ámbitos de competencias específicos con responsabilidades escalonadas hace que los comportamientos ejecutivos tengan escasa relevancia penal<sup>183</sup>. Partiendo de tal base, esta segunda corriente propugna eximir o reducir la pena a quienes realizan comportamientos ejecutivos, por tener una responsabilidad subordinada y muy menor a la que le corresponde a sus superiores en atención a la falta de control sobre las estrategias y decisiones de funcionamiento de la misma<sup>184</sup>. Desde esta posición se entiende que el nivel de información que alcanza el ejecutor material es tan bajo que difícilmente comprenderá las consecuencias de su actuación o no tendrá la capacidad de ejercer una resistencia relevante frente a las pautas irregulares de conductas instaladas en la empresa (“actitud criminal de grupo”).

Todo ello indicaría la necesidad de que esa conducta quedara exenta de responsabilidad<sup>185</sup>. En ese sentido, se estima que, en general, la conducta no reviste la relevancia penal necesaria, por concurrir en el sujeto ejecutor un error de prohibición o un estado de necesidad, o bien porque la escasa incidencia en la decisión y ejecución del delito está determinada por su desvinculación con el ámbito de competencias del mismo, lo que conduciría a estimar que la responsabilidad debería quedar descartada<sup>186</sup>.

Lo hasta aquí dicho no significa que los subordinados queden totalmente al margen del Derecho penal. Dejando de momento de lado las voces que propugnan la ausencia de necesidad de pena, no puede ignorarse que, hasta la fecha, han sido los más seguros des-

---

<sup>182</sup> SILVA SANCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 60.

<sup>183</sup> En este sentido MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, op. cit., pp. 209s.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español”, op. cit., p. 368.

<sup>184</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en AA.VV., Bacigalupo Zapater, E. (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 21, respecto de alguna jurisprudencia española; del mismo, “Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español”, op. cit., p. 369.

<sup>185</sup> SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 130. Agrega el autor que los “conceptos individualistas” en los que se basa el Derecho penal, conducen a la determinación de responsabilidades que no abarcan el verdadero sentido de los procesos de decisión empresarial.

<sup>186</sup> SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., p. 533; del mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, op. cit., pp. 131s.; PEÑARANDA RAMOS, E., “Autoría y participación en la empresa”, op. cit., pp. 161s.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, op. cit., p. 36, aludiendo a cierta jurisprudencia española; MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, op. cit., p. 211.

tinarios de la amenaza penal. Precisamente por ello es preciso analizar las diversas formas de participación en el delito en que pueden incurrir.

Se ha planteado en la doctrina la posibilidad de considerar al subordinado que ha ejecutado la conducta, y en la medida en que se trate de un delito común<sup>187</sup>, como autor directo, coautor –con otros ejecutores materiales o con el superior jerárquico, eventualmente- o incluso como autor accesorio<sup>188</sup>. En todo caso, la consideración del subordinado como autor accesorio, puede ser aplicada sólo en la medida en la que se acepte la figura misma, lo que resulta discutible dado que ella busca agrupar una serie de supuestos distintos<sup>189</sup> que podrían no ser catalogados como casos de verdadera autoría.

## b) La responsabilidad de los mandos intermedios

En cuanto a la eventual responsabilidad de los mandos intermedios la situación tiende a ser más compleja que la anterior<sup>190</sup>. Ello, por cuanto cuando el mando se ha limitado a adoptar la decisión y la planificación delictiva, su conducta consistirá, las más de las veces, en transmitir la orden antijurídica que ha procedido de los más altos cargos, sin tomar parte directamente de dicha instrucción. Algunos estiman que debería ser entendida esta participación como autoría, coautoría, o incluso una autoría mediata.

Empezando por la figura de la autoría mediata -que es la que mejor se adapta a las particularidades de la delincuencia empresarial-, se exige que el mando intermedio tenga el dominio de la organización, por lo que de limitarse a la transmisión de información e instrucciones, en principio su conducta no podría implicar dominio sobre la estructura. En caso contrario, el mando intermedio debe ser comprendido dentro del grupo que más adelante será examinado a propósito de la autoría mediata por aparato organizado de poder<sup>191</sup>. Pero también se ha planteado la posibilidad de una eventual cooperación necesaria, si el mando intermedio realizara una aportación necesaria para la consecución del resultado típico<sup>192</sup> no equiparable a la autoría. De considerarse que tal sujeto ni posee capacidad

---

<sup>187</sup> Es decir, en el que no se exija algún elemento subjetivo de autoría.

<sup>188</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, op. cit., pp. 43ss.; y NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., pp. 171s.

<sup>189</sup> A través de dicha figura se abarcan casos de ejecución por varias personas de la acción típica, pero sin la existencia de un acuerdo común, entendido a lo menos como el conocimiento de una actividad conjunta por parte de todos los sujetos que contribuyen a la realización de la conducta típica, es decir, en el que cada sujeto realiza de manera desvinculada una contribución al delito sin que exista un plan común que guíe tal accionar. En este sentido, no puede desconocerse la razón que llevan ciertos autores como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que estima que en realidad no se trataría de un verdadero caso de autoría, sino que se limitaría a un problema de imputación objetiva del resultado a la acción de cada sujeto. Al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría y participación", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 10, 2008, quien, en p. 35, señala que los casos típicos de autoría accesoria son en realidad un problema de imputación objetiva del resultado a la acción de cada sujeto.

<sup>190</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa*, op. cit., p. 46.

<sup>191</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", op. cit., pp. 41ss.

<sup>192</sup> PÉREZ CEPEDA, A., *La Responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 413.

de decisión ni aporta un contributo necesario, deberá considerarse la complicidad simple<sup>193</sup>. En todo caso, a medida que aumenta el poder del intermediario, es claro que debe recibir el tratamiento otorgado a los altos directivos y, por lo tanto, recurrir a las formas de autoría que se contemplan para estos últimos.

## 2.4. Responsabilidad penal de los altos directivos por delitos activos

En el ámbito de los delitos comunes, se ha planteado en la doctrina la necesidad de distinguir entre los supuestos en que los superiores jerárquicos intervienen de modo activo en delitos cometidos por un ejecutor y aquellos en que intervienen de modo omisivo mediante la infracción de deberes de cuidado que permite la realización del delito por parte del subordinado<sup>194</sup>. En uno y otro caso el directivo interviene en la realización del delito, aunque en un caso de manera más directa que en otro.

Cuando se trata de la infracción de deberes de vigilancia y control por parte del directivo se configura una conducta omisiva, por lo que su tratamiento no puede abordarse con fórmulas tradicionales como la autoría mediata pues, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, no tendría cabida tal teoría por omisión en los delitos activos<sup>195</sup>.

En el primer caso, es decir, en los comportamientos activos, hablamos de que el delito realizado por el ejecutor es la plasmación de una instrucción impartida por el superior jerárquico o, por lo menos, que éste ha provocado o favorecido la conducta típica realizada materialmente por aquél. En otras palabras, el directivo adopta órdenes e instrucciones, detentando el poder para ello y las mismas conducen de manera inmediata a la comisión del delito por un tercero, el subordinado<sup>196</sup>.

Por tanto, en la medida en que estamos frente a un comportamiento activo del miembro del órgano directivo de la empresa, quien a través de instrucciones y órdenes da lugar de manera más o menos directa a la comisión de un delito cometido por otro, podemos concluir que su intervención en el delito será a título de coautor, autor mediato o inductor<sup>197</sup>, aunque también podrá ser considerada dicha intervención a título de participación y, conforme a ello, ser sancionado a título de cooperador necesario, por ejemplo<sup>198</sup>.

---

<sup>193</sup> *Loc. cit.*

<sup>194</sup> Tal distinción la realizan, entre muchos otros, MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", *op. cit., passim*; y FRISCH W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo", *op. cit., passim*.

<sup>195</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>196</sup> *Loc. cit.* En un sentido similar, aunque refiriéndose exclusivamente a casos en que el instrumento no no responsable, PÉREZ CEPEDA, A., *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades. Criterios de Atribución*, *op. cit.*, p. 404.

<sup>197</sup> Respecto de las distintas opciones adoptadas por la doctrina nacional, véase, NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, *op. cit.*, pp. 172ss.

<sup>198</sup> Respecto de las distintas opciones adoptadas en materia de participación, véase, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, *op. cit.*, pp. 97ss.

Las opciones son variadas y, por lo mismo, la solución no es sencilla. Lo que sí parece claro es que si bien el ejecutor material podría, en teoría, ser considerado autor de la conducta no podría, en cambio, a la luz de una interpretación justa de los hechos, considerarse como único responsable de los mismos. Tampoco sería justo que los superiores que han impartido la orden fuesen considerados meros partícipes de una obra del subordinado, cuando realmente han ideado, configurado y controlado la realización del delito<sup>199</sup>. Por ello, no es adecuado, en mi opinión -aunque en ciertos casos pueda no tener mayor trascendencia por la equiparación punitiva de la cooperación necesaria a la autoría-, hacer depender la conducta del superior de la del subordinado. Lo anterior, implica considerar que la conducta del superior resulta punible sólo en la medida en que efectivamente el subordinado ejecutor sea considerado autor de los hechos, por lo que si tal calificación no fuere adoptada porque no se reúne en la conducta del ejecutor todos los elementos necesarios para la sanción, la conducta del superior quedaría en la total y absoluta impunidad.

Pero además, la solución de la participación para los casos en que el superior no ha tomado parte en la ejecución del hecho típico pero ha impartido la orden o instrucción antijurídica, no sólo corre el riesgo antes planteado sino que también resulta, como ha advertido algún autor<sup>200</sup>, un resultado absurdo además de injusto, por cuanto, la conducta de aquél que ha planificado y tenido el verdadero control de todo el acontecer resultaría ser nada más que un apéndice de quien se ha limitado a cumplir una orden, incluso en aquellos casos en los que dicho ejecutor conoce el sentido antijurídico de su actuación.

Sin perjuicio de las dificultades de apreciar la autoría resulta necesario conocer, aunque de un modo muy general, las principales propuestas en materia de autoría, ello por cuanto demuestran que la doctrina baraja un número importante de opciones que bien podrían conducir, en algunos casos, más a la confusión que a una solución acertada y adecuada de un caso concreto<sup>201</sup>.

#### **2.4.1. El superior jerárquico como autor mediato**

Los mayores problemas para la determinación de la responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa se plantean cuando el ejecutor material que realiza la conducta típica lo hace con un déficit de responsabilidad, es decir, cuando puede ser considerado como un simple instrumento del verdadero autor -el órgano directivo- sea porque actúa bajo coacción, error o en una situación de inimputabilidad<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> En este mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", op. cit., pp. 162s.; MARTÍNEZ- BUJÁN C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*, op. cit., p. 492.

<sup>200</sup> MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", op. cit., p. 215.

<sup>201</sup> Sobre algunas de las distintas teorías que baraja la doctrina penal, véase DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., "La autoría en organizaciones complejas", en AA.VV., Puerta Luis, L. (dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 214ss.

<sup>202</sup> Estas son las situaciones más usuales y menos discutidas en doctrina. Al respecto véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", op. cit., p. 370; y NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., pp. 174ss. Agrega además la autora que en el grupo de casos que no son apreciados de manera clara como hipótesis de autoría mediata, también



En los casos recién planteados la dirección y control de la voluntad revela que en realidad el “hombre de atrás” es quien tiene el dominio del hecho, que realiza a través de otro que no posee una voluntad libre<sup>203</sup>. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como parte de la doctrina rechazan la aplicación de la autoría mediata por coacción o miedo, cuando el ejecutor no ha podido actuar de otro modo ante la eventual pérdida del trabajo<sup>204</sup>.

Pero además, en el ámbito de los delitos empresariales, los supuestos antes indicados, esto es, la autoría mediata en casos distintos al error de tipo y en aquellos en que pueda existir “miedo insuperable” en trabajadores ante la pérdida del trabajo, no son los más comunes. En estos delitos los subordinados ejecutores materiales no suelen encontrarse en las situaciones típicas propuestas por la autoría mediata clásica, caracterizadas por la existencia de un déficit de capacidad que se traslada desde el autor inmediato al que realmente domina la voluntad<sup>205</sup>. Más bien en ellos, el subordinado suele actuar con plena capacidad de responsabilidad, por lo que no podría alegarse un traslado del dominio al autor mediato. Lo anterior, sin embargo, en múltiples ocasiones debe ser matizado, por cuanto no será difícil imaginar casos –aunque no sean los más frecuentes– en que el superior induzca o, por lo menos, aproveche el error en el que ha incurrido el subordinado, determinante de que realice los actos ejecutivos bajo el control del superior<sup>206</sup>.

Existen autores que en algunos casos aceptan la autoría mediata por engaño, por coacción o por incapacidad de culpabilidad y, aunque en muy menor medida, por inexigibilidad de otra conducta<sup>207</sup> pero, también es cierto que en un sinnúmero de casos el subordinado ejecutor actúa con plena responsabilidad.

Las situaciones que pueden vislumbrarse como casos realmente complejos son aquellos en que el autor inmediato actúa con plena capacidad de responsabilidad y son también los casos que más usualmente se pueden apreciar en la práctica<sup>208</sup>. Respecto de los mismos surge entonces el interrogante acerca de cómo sancionar a los sujetos que están más arriba en la cadena jerárquica, habiendo actuado el ejecutor material con plena responsabilidad. En este contexto, la cuestión sigue siendo que, aunque el ejecutor conozca el sentido antijurídico de su actuación, el superior mantiene, sin embargo, un amplio dominio del contexto y de las condiciones de la ejecución del hecho, por lo que la conducta del ejecutor responsable se hace dependiente de la actuación del superior y, por tanto, menos relevante. Por ello, en estos casos, se mantiene que el superior jerárquico es el verdadero artífice del delito y, por tanto, también autor del mismo<sup>209</sup>.

La responsabilidad del superior se fundamenta en el dominio del hecho por aparato organizado de poder o en el dominio del hecho del “autor detrás del autor” –es decir, en

---

se encuentran que el ejecutor haya actuado amparado por una causa de justificación o cuando actúa en situación de inexigibilidad, incluso cuando actúe con error de prohibición. También PEÑARANDA RAMOS, E., “Autoría y participación en la empresa”, op. cit., p. 167.

<sup>203</sup> Para BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., p. 42, a través de la introducción de esta teoría en los delitos empresariales, se abandonan las visiones objetivo-formales, pues el autor no realiza formalmente la conducta típica y, por ello, se acerca a un concepto material de la autoría.

<sup>204</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 175.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 177; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, op. cit., p. 43.

<sup>206</sup> MARTÍNEZ- BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 495s.

<sup>207</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., pp. 175s.

<sup>208</sup> MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 496.

<sup>209</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 273.

la utilización de otro que se encuentra decidido a la ejecución del delito- o por abusar de una posición jerárquica superior mediante órdenes antijurídicas. Sin embargo, las posturas basadas en el *principio de responsabilidad* rechazan absolutamente esta posibilidad por cuanto en la tesis del “autor detrás del autor” el ejecutor actúa responsablemente, por lo que no podría ser considerado jamás instrumento en manos del superior<sup>210</sup>.

En el ámbito empresarial, en general, se ha propuesto recurrir a la fórmula del *dominio del hecho por aparato organizado de poder*, ideada en su día por ROXIN para resolver supuestos delictivos propios de la era hitleriana de Alemania<sup>211</sup>, intentando adecuar los presupuestos originales a los delitos económicos de la empresa. En términos generales tal teoría se plantea como una forma de *dominio de la voluntad*, en la que se llega a afirmar el dominio por parte del sujeto que no ha realizado la conducta materialmente, tomando como punto de partida la *organización*, de la que tanto el autor mediato como el inmediato forman parte<sup>212</sup>. Así habría, para ROXIN, organizaciones que por su configuración o estructura y por la fuerte disciplina interna, presentan un funcionamiento interno tal que las transformaría en una máquina casi automática de cometer delitos, siendo en ella los sujetos simples instrumentos que reaccionarían mecánicamente –aunque con plena responsabilidad-, ante las instrucciones impartidas por los superiores jerárquicos. Al ser múltiples los elementos con que contarían tales organizaciones, sus ejecutores no serían más que eslabones altamente sustituibles, fungibles<sup>213</sup>. En suma, la organización adquiere vida autónoma de manera independiente de los sujetos que la integran, transformándose en una unidad funcional al servicio de las decisiones de la cúpula<sup>214</sup>.

Por tanto, en aquellas organizaciones que presentan las características antes señaladas, los superiores jerárquicos logran alcanzar un dominio tal de la organización, que se proyectaría también a la voluntad de los sujetos que la integran, pues las órdenes tienden a ser traspasadas por las distintas instancias de la organización de manera automática, haciendo que todos los integrantes de la misma sean concebidos como simples ejecutores del plan ideado y ordenado por quien realmente posee el control de la organización. Tal

---

<sup>210</sup> Al respecto señala BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., pp. 46s., que el Tribunal Supremo Federal alemán, ha rechazado la tesis del principio de responsabilidad, agregando que quienes postulan el principio de responsabilidad y admiten al mismo tiempo la teoría de la autoría mediata por aparato organizado de poder, están admitiendo la tesis del “autor detrás del autor”, ya que estarían admitiendo excepciones al principio de responsabilidad.

<sup>211</sup> Respecto de la teoría en comentario, véase ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, op. cit., pp. 269ss.; del mismo autor, “Dirección de la organización como autoría mediata”, *ADPCP*, vol. LXII, 2009, *passim* y “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, en AA.VV, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, *passim*.

<sup>212</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, op. cit., p. 270 señala al respecto que se trata de supuestos que se caracterizan “porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una ‘maquinaria’ personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”.

<sup>213</sup> ROXIN, C., “Dirección de la organización como autoría mediata”, op. cit., p. 58, señala al respecto que el “ejecutor individual no juega un papel decisivo para el accionar de la organización porque ésta puede disponer de muchos ejecutores obedientes”, razón por la cual éstos, si bien pueden ser calificados como autores por el “dominio de la acción” que poseen son, sin embargo, personajes secundarios desde la perspectiva del aparato organizado.

<sup>214</sup> ROXIN, *loc. cit.*, quien agrega que el verdadero instrumento del que se sirve el hombre de atrás, no es el ejecutor material, sino más bien la propia organización.

dominio de la organización iría, por lo mismo, más allá de la actitud subjetiva del específico ejecutor<sup>215</sup>.

El problema es que esta teoría fue pensada para su aplicación a cierto tipo de entidades que muestran tales caracteres, es decir que se configuran como aparatos organizados de poder, como es el caso de las organizaciones secretas y las bandas criminales que se constituyen al margen del Derecho, mientras que en las estructuras empresariales se advierte un funcionamiento plenamente legal. En efecto, el funcionamiento al margen del Derecho es también otro de los elementos presentes en la teoría ideada por ROXIN, por cuanto la automaticidad de las órdenes dependerá en gran medida de la adherencia a la autoridad del superior y a la carencia de negativas, por parte del ejecutor, ante el cumplimiento de la orden antijurídica. En otras palabras, es justamente el funcionamiento al margen del Derecho lo que hace que el ejecutor no se encuentre impedido de ejecutar la orden amparándose en la existencia de una normativa interna que se oponga a ella<sup>216</sup>.

El ámbito de aplicación se limitaría entonces a los aparatos de poder organizados, a las organizaciones y bandas criminales y a las organizaciones secretas<sup>217</sup>. Sin embargo, se plantea la cuestión acerca de si resultaría también aplicable a la criminalidad que pueda aparecer en el seno de otros colectivos. Frente a tal interrogante la respuesta no resulta fácil, pues en esta ampliación de la aplicación de la teoría de ROXIN, puede o no ser incluida la empresa<sup>218</sup>. Al respecto las posiciones son variadas y van desde la del propio ROXIN, que cuestiona dicha posibilidad, hasta la de la jurisprudencia alemana, que expresamente ha otorgado validez a tal posibilidad<sup>219</sup>.

Ante tales dificultades, se ha propuesto prescindir de algunos de los elementos de la teoría del autor detrás del autor. En este sentido, se ha dicho que ciertos requisitos de la teoría no resultarían indispensables en su aplicación a las empresas, como sería el caso del funcionamiento del aparato al margen del Derecho<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> ROXIN, *loc. cit.*, señala sin embargo, que es posible que se entrecrucen dos formas de dominio entre el superior jerárquico y el ejecutor material, pues mientras el primero tenga el dominio de la organización, el ejecutor puede tener el dominio de la acción, en la medida en que realiza de propia mano el delito.

<sup>216</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, M., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, op. cit., pp. 64s.

<sup>217</sup> Sobre su aplicación a estas organizaciones en el ámbito colombiano, véase, MÁRQUEZ CÁRDENAS, A., "La autoría mediata: autor detrás del autor, en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas", *Diálogo de Saberes*, n° 23, 2005, *passim*.

<sup>218</sup> En todo caso, resulta interesante que la teoría del dominio de organización ha servido también para, como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en AA.VV., *Íd.* (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas contemporáneas*, Aranzadi, Navarra, 2006, *passim*, fundamentar la responsabilidad de la propia persona jurídica. En cuanto a la eventual aplicación a la empresa de la teoría en análisis, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 305ss.

<sup>219</sup> Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 26 de julio de 1994 sobre los homicidios cometidos en el Muro de Berlín.

<sup>220</sup> RÍO FERNÁNDEZ, L., "La autoría en organizaciones complejas", op. cit., p. 229, considera esta opción de aplicación de la teoría en análisis a la empresa como una labor difícil "por no decir imposible". Tampoco es de esta opinión FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, op. cit., p. 323, quien señala que la propuesta de "renunciar en general al requisito de la desvinculación respecto del Ordenamiento jurídico" no resulta aceptable, por cuanto solo esa desvinculación puede explicar el automatismo que presentan los aparatos organizados de poder que sustenta el dominio del hombre de atrás. En una posición distinta se sitúa AMBOS, K., *Dominio de hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos*

Sin embargo, para ROXIN la teoría exige que se trate de un aparato al margen del Derecho, pues es precisamente esto lo que hace que funcione de manera automática y, lo que a su vez, permite al hombre de atrás tener el dominio de la organización.

Sin embargo, hay quienes plantean que tal requisito no puede ser la esencia de la teoría, por cuanto, cuando se analizan los casos en que se ha aplicado la teoría del aparato organizado de poder, se constata que las estructuras no han estado al margen del ordenamiento jurídico como requiere ROXIN. Por el contrario, la experiencia demostraría que en muchos supuestos, el aparato resulta ser parte del ordenamiento jurídico mismo -como es el caso de la dictadura de Pinochet en Chile o la dictadura de Videla en Argentina<sup>221</sup>-. En dichos supuestos, la adhesión a la orden por parte del ejecutor subordinado, al contrario de lo que propone ROXIN, no sería imposible. Antes al contrario, sería mucho mayor que en aquellos casos en que se trata de una organización al margen del Derecho, pues el mismo ordenamiento adquiere ribetes de criminalidad<sup>222</sup> y, en consecuencia, el dominio del aparato, por parte de quienes se encuentran en la cúspide del mismo también es mucho mayor. En otras palabras, en casos como el de Argentina y Chile ha sido el propio poder estatal el que se ha organizado para cometer delitos a través, por ejemplo, de la creación de policías secretas y en ellos la desvinculación del aparato no impide el dominio de la organización por parte del hombre de atrás sino que lo facilita enormemente<sup>223</sup>.

En la aplicación de dicho análisis al ámbito de la empresa, se ha señalado que el requisito del funcionamiento al margen del ordenamiento no sería esencial para apreciar la posibilidad de aplicar la teoría del dominio por aparato organizado de poder para llegar a establecer el grado de participación que ha tenido en calidad de autor el hombre de atrás<sup>224</sup>. Es decir, para el caso de la empresa, el superior jerárquico podría ser considerado como el "hombre de atrás", en atención al argumento más arriba señalado -esto es, la posibilidad de aplicar la teoría sin la concurrencia del requisito del funcionamiento al margen del ordenamiento- pero también por el hecho de que el propio Tribunal Supremo alemán ha abierto tal posibilidad en la sentencia de los "tiradores del Muro de Berlín" en la que, además de aceptar la aplicación de la teoría de Roxin a las organizaciones empresariales, no menciona en modo alguno el requisito en análisis<sup>225</sup>. En todo caso, en mi opinión, la función que cumple el requisito del funcionamiento al margen del Derecho de distinguir las organizaciones empresariales de las criminales es fundamental por cuanto da cuenta de la protección del Derecho en el primer caso, lo que no ocurre en el caso de las organizaciones ilegales y, por otro lado, también revela el efecto de las normas en los miembros de la colectividad. Por ello, la eliminación de este requisito plantea una asimilación peligrosa entre ambas asociaciones colectivas.

---

*organizados de poder*, Cuadernos de Conferencias y Artículos, Universidad Externado de Colombia, n° 20, 1998, p. 52, quien señala que se trataría de un presupuesto posible, pero no resulta indispensable para apreciar la existencia de un dominio de la organización.

<sup>221</sup> AMBOS, K., *Dominio de hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, op. cit., p. 51.

<sup>222</sup> *Loc. cit.*

<sup>223</sup> AMBOS, K., *Dominio de hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, op. cit., p. 51.

<sup>224</sup> En todo caso, siguiendo a Faraldo Cabana, MARTÍNEZ- BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 496s., plantea la imposibilidad de aplicar esta teoría a las empresas justamente por ser insalvable el escollo que este requisito representa.

<sup>225</sup> MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", op. cit., p. 219.

Según ello la teoría resultaría aplicable a pesar de que las empresas no presenten una estructura rígidamente jerarquizada como la que ostentan las organizaciones estatales o paraestatales o las organizaciones mafiosas y criminales, y ello justamente porque no actúan al margen del Derecho<sup>226</sup>. Por otro lado, se ha constatado también que dicho requisito es quizá el más complejo y el que tornaría difícil la aplicación del dominio por aparato organizado de poder a los hechos delictivos cometidos a partir de la empresa en virtud de órdenes impartidas por los dirigentes de la misma. Por ese motivo se ha aceptado la aplicación de tal teoría en el ámbito empresarial, sólo en la medida en que la empresa se dedique exclusivamente a la comisión de delitos o bien -en virtud de las matizaciones que se han venido haciendo- cuando, si bien no funciona totalmente al margen del Derecho, sí se desvincula respecto de la comisión de hechos concretos<sup>227</sup>.

En cuanto a la aplicación a la empresa de los demás requisitos presentes en la teoría de ROXIN, también se han planteado objeciones en torno al requisito de la *fungibilidad* de los ejecutores. Debe tenerse presente, en todo caso, que tal requisito ha sido cuestionado incluso en su aplicación a los aparatos para los que fue expresamente ideada la teoría. En efecto, se ha planteado que tampoco el requisito de la *fungibilidad* del ejecutor se presenta de manera clara en supuestos emblemáticos en que se ha aplicado la teoría, como sería el caso de los soldados que dispararon a los ciudadanos que intentaron traspasar el muro de Berlín, siguiendo las órdenes que sus superiores jerárquicos impartieron. Para ROXIN, el ejecutor es accesorio y altamente sustituible, por lo que es posible incluso que el superior jerárquico nunca llegue a enterarse de quién ha ejecutado la orden, razón por la cual, existe una alta despersonalización vertical entre sujetos. Sin embargo, en el caso de los disparos en el Muro de Berlín, no parece darse esta lógica, por cuanto de negarse el guardia de frontera a disparar, no necesariamente habría podido producirse una sustitución inmediata. Es más, según algunos, de haberse negado el guardia a ejecutar la orden, lo más probable es que no hubiera podido ser sustituido de manera inmediata provocándose, la inexorable evasión de las víctimas<sup>228</sup>. Todo lo anterior, entronca con el viejo problema de distinguir la participación necesaria y no necesaria, atendido que ello puede entenderse en términos absolutos (abstractos) o relativos (concretos).

Por tanto, la teoría no parece exigir la presencia de un número ilimitado de sujetos dispuestos a ejecutar el hecho delictivo, pero sí un número bastante de sujetos que permitan establecer *ex ante* que el hombre de atrás cuenta con otro ejecutor material en caso de que el primero se niegue a ejecutar la orden antijurídica. Es decir que, aunque el hombre de atrás no pueda confiar en que el ejecutor cumpla la orden por cuanto goza de libertad, sí puede confiar en que, ante la negativa del ejecutor original, la organización tiene la capacidad de proporcionar un sustituto que ejecute la orden<sup>229</sup>. Sin perjuicio de lo anterior,

---

<sup>226</sup> Al respecto señala GÓMEZ- JARA DÍEZ, C., “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 88, 2006, pp. 140ss., que el requisito de la actuación al margen del Derecho, no puede tener aplicación al ámbito de las empresas por cuanto éstas no solo no se dedican a la comisión de delitos, sino que además se trata de entidades que desde hace un tiempo han venido calificándose como “ciudadano responsable de la sociedad”.

<sup>227</sup> GÓMEZ- JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, op. cit., p. 142.

<sup>228</sup> De acuerdo a FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, op. cit., p. 89.

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 89s. En todo caso, como hace presente la autora, debe reconocerse lo pertinente de las críticas a

se ha señalado también que poco importaría que existieran potenciales sujetos dispuestos a ejecutar la orden, si en el caso concreto no ha sido sustituido<sup>230</sup>.

En conclusión, pese a las dificultades que se presentan para el análisis de casos individuales, lo que parece estar claro es que parte de la doctrina considera que el requisito de la *fungibilidad* no resulta indispensable, atendida la dificultad que, en muchos casos, se advierte de sustituir al ejecutor material<sup>231</sup>.

Aplicado lo anterior al ámbito de las organizaciones económicas, resulta que en los delitos empresariales los sujetos que realizan los actos delictivos, poseen ciertas características de cualificación y conocimientos técnicos, que convierten al sujeto en una pieza del engranaje difícil de sustituir, por lo que no podrían sin más ser calificados de “anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente”<sup>232</sup>. En definitiva se trata de sujetos que cuentan con un cierto tipo de conocimiento que resulta necesario para la realización del delito, razón por la cual el ejecutor material no podría ser entendido como una simple pieza del engranaje que puede ser reemplazada en caso de negarse a la realización de la acción prohibida<sup>233</sup>.

Sin embargo, debe reconocerse que en este punto tampoco existe total acuerdo. También llevan razón aquellos que sostienen que en la ejecución, por ejemplo, de un delito medioambiental –que pueda consistir en un vertido tóxico– siempre podría pensarse, sin alejarse demasiado de la realidad, en la posibilidad de sustituir fácilmente a quien sólo debe levantar las compuertas<sup>234</sup>. A lo que parece apuntar la divergencia de opiniones es a la distinta realidad y diversidad de delitos que puede cometer la empresa.

En consecuencia, en estos supuestos, la propia dinámica de la gran empresa presentaría características que se avienen con el requisito de la *fungibilidad* exigida por la teoría del dominio de organización. Ello, por cuanto esa dinámica de la empresa contemporánea revela en ciertas ocasiones una tendencia a la automaticidad que permite hablar de una continuidad en su modo de operar, que va más allá de los sujetos que intervienen en la misma. Esa *fungibilidad* se analiza desde la perspectiva de la disponibilidad de ejecutores con que cuentan los dirigentes de la empresa, sin embargo, para algunos, la realidad parece demostrar que no existen subordinados absolutamente imprescindibles, incluso respec-

---

esta postura, en la medida en que escasa relevancia tiene el examen del número de ejecutores y su potencial sustitución antes de la ejecución del delito, pues en Derecho penal poco importan los cursos causales hipotéticos, al no poder las mismas fundamentar el dominio fáctico del instrumento.

<sup>230</sup> *Loc. cit.*

<sup>231</sup> No lo sería, entre otros, para MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, *op. cit.*, p. 220.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 221. También de este parecer, GÓMEZ- JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, *op. cit.*, p. 145.

<sup>233</sup> En tal posición se sitúa NUÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad Penal en la Empresa*, *op. cit.*, p. 184s, quien sostiene que es claro que la fungibilidad propia de los aparatos de poder estatales al margen del Derecho, es claramente mucho mayor que la que se da en el ámbito empresarial, por lo que es este elemento el que impide la aplicación (además de no existir dominio de la organización) de la teoría a la empresa.

<sup>234</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa, la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, *op. cit.*, p. 87.

to de especialistas en áreas específicas, por cuanto siempre habrá posibilidad de encontrar profesionales que dominen esa área en el mercado laboral<sup>235</sup>.

Sin perjuicio de la opinión anterior, lo que parece quedar claro es que la alta sustituibilidad de los ejecutores materiales, es sólo constatable en ciertas categorías de delitos, mientras que en otras las capacidades y aptitudes del ejecutor podrían ser decisoras para determinar la comisión del ilícito penal. De allí que, en mi opinión, no parece posible concluir que el requisito de la *fungibilidad* del ejecutor material se encuentre cumplida en los delitos cometidos en el seno de la empresa.

Por último, otra objeción esgrimida en la aplicación a las empresas de la teoría de ROXIN se relaciona con el requisito de que el ejecutor material actúe, en este tipo de delitos, como un mero "instrumento" del hombre de atrás. En la teoría original, el aparato funciona como una estructura altamente jerarquizada, lo que permitiría que las órdenes e instrucciones se transmitan de manera automática entre los distintos estamentos que la conforman siendo esto, además, lo que fundamentaría el dominio que el hombre de atrás tiene sobre la organización<sup>236</sup>.

Este elemento, propio de la teoría, sería justamente el que dificultaría su aplicación a las empresas, en especial a las grandes empresas contemporáneas, dadas las formas descentralizadas en que las mismas operan. En general, en la actualidad, las empresas tienden a adoptar formas alejadas de la verticalidad y jerarquización que clásicamente las caracterizó. Por el contrario, se observa una tendencia hacia el funcionamiento fundado en la colaboración y en la horizontalidad entre los distintos departamentos y secciones de la empresa. Esta relación horizontal regida por los principios de colaboración y coordinación<sup>237</sup> tiende, por tanto, a reemplazar a los antiguos parámetros de funcionamiento basados en la jerarquía y la verticalidad.

Sin embargo, también existen posiciones que relativizan la imposibilidad de aplicar la teoría de ROXIN basada en la ausencia de la alta jerarquización que se observa en las estructuras de poder y, por lo mismo, sostienen que esta teoría no debería ser desechada tan radicalmente en su aplicación a las empresas. En este sentido, sin perjuicio del reconocimiento de la existencia de nuevas formas de funcionamiento en el seno de la empresa contemporánea que la alejan de la empresa clásica, mantienen que tales parámetros de funcionamiento no pueden ser analizados de manera abstracta sino en relación con las

---

<sup>235</sup> Aunque en el ámbito de la aplicación de la teoría a los aparatos de poder para los que fue ideada por Roxin, GIL GIL, A., "La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española", *ADPCP*, vol. LXI, 2008, en p. 80, señala que este requisito ha sido esquivado en la jurisprudencia, en especial en la SAN 4398/2007 (sentencia sobre el atentado yihadista del 11M), en la que el juez nada dice sobre el requisito en cuestión.

<sup>236</sup> Así señala ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, op.cit., p. 272, que existe en estos casos, un "funcionamiento peculiar del aparato" que hace que el mismo se encuentre "a disposición del sujeto de detrás", añadiendo que "(u)na organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros", pues funciona "'automáticamente' sin que importe la persona individual del ejecutor.

<sup>237</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, op. cit., pp. 37s. Opinando en el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", op. cit., pp. 142ss. y PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", op. cit., p. 171.

posiciones concretas que ocupan los sujetos en el interior de la empresa. En esa medida, si bien las nuevas relaciones basadas en la colaboración y la coordinación se aprecian de manera general en la empresa contemporánea, en las relaciones entre los inferiores y los superiores sigue primando el deber de obediencia. Esa obediencia evidencia la dependencia que mantiene el subordinado respecto de quienes ostentan poder en la organización y, desde ese punto de vista, siempre habrá una relación de jerarquía que debe ser respetada por el subordinado y resguardada por los que detentan el poder de control y decisión<sup>238</sup>. En mi opinión, si bien es cierto las relaciones internas siguen estando basadas en un alto grado de jerarquización, en la actualidad no alcanza los niveles exigidos en la teoría original de ROXIN que posibilitarían la automaticidad de las órdenes.

Por último, también desde posturas basadas en el principio de responsabilidad y teniendo en cuenta los elementos que componen la autoría mediata, se ha rechazado la aplicación de la teoría de ROXIN al ámbito de la criminalidad empresarial. Ese rechazo, sin embargo, no se limita al ámbito empresarial puramente, por cuanto para esta parte de la doctrina lo cuestionado es la existencia misma de un "instrumento" que actúe responsablemente, en tanto ello se contrapone con la construcción de la figura del autor mediato<sup>239</sup>. Se trata, en consecuencia, de una crítica general a la teoría original y no un cuestionamiento en el ámbito concreto del delito empresarial y que consiste en estimar que no resulta posible considerar al ejecutor que actúa con dolo y responsablemente como un simple instrumento del "hombre de atrás". Por ello, se sostiene que el ejecutor en estos de casos de actuación dolosa y responsable, debe ser considerado como partícipe o coautor, pero nunca como instrumento del superior. Su alcance, por tanto, es general y por ello, de ser aceptado el cuestionamiento, no podría tener aplicación la teoría tampoco en el ámbito de la criminalidad cometida a partir de la empresa.

En síntesis, la aplicación de la teoría del dominio por aparato organizado de poder da lugar al debate tanto respecto de aquellos casos para los que fue ideada originalmente como respecto de la realidad empresarial. En este último ámbito, existe una disparidad de opiniones notable a la hora de considerar la aplicación de la teoría a los mandos superiores de la empresa, especialmente por las dificultades de apreciar la existencia de una actuación al margen del ordenamiento jurídico respecto de realidades empresariales que funcionan con pleno reconocimiento y amparo del Derecho. En esa medida, la aplicabilidad de la teoría resultaría limitada a aquellas organizaciones que se dediquen exclusivamente a la actividad criminal, no pudiendo dar explicación y solución, a los supuestos que nos ocupan, en los que el delito surge de la empresa legal. Pero, incluso si se obviara la incompatibilidad de ciertos requisitos de la teoría en su aplicación a la empresa, deberían ser diferenciados los casos en que puede tener aplicación el dominio por aparato organizado de poder de aquellos en que tal aplicación no resulte factible, en atención a las características que imperan en la empresa en cuestión y que pueden tornar obsoleto el principio jerárquico, por lo que la solución no parece ser única y extrapolable a todos los casos<sup>240</sup>.

---

<sup>238</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, op. cit., pp. 87ss.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>240</sup> Al respecto señala MUÑOZ CONDE, F., "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones 'no desvinculadas al Derecho'?", *Revista Penal*, n° 6, 2000, pp. 109s., que ni siquiera todas las organizaciones a las que clásicamente se ha aplicado la teoría en análisis tienen la estructura rígida que fundamenta el dominio de organización, pues existen, por ejemplo, "organizaciones



En razón de los obstáculos que presenta la aplicación de la teoría original a la realidad empresarial, derivados de las particularidades que presenta la empresa contemporánea, ciertamente multiforme, se ha debido recurrir a otras propuestas.

#### 2.4.2. El superior jerárquico como coautor

Para explicar la responsabilidad que les cabe aquellos sujetos que no han tenido intervención directa en la ejecución del delito empresarial pero que, sin duda, han tenido participación en el mismo, también se ha planteado estimar al superior jerárquico como coautor<sup>241</sup> del mismo.

Se parte, en este planteamiento, de la idea de que generalmente los actos que dan origen a la comisión de delitos por terceras personas están constituidos por decisiones colegiadas<sup>242</sup>, y dicha intervención en la decisión que conduce a la comisión del delito no es una acción ejecutiva, sino que es la preparación del hecho que, por lo tanto, se supedita a la punibilidad de este último<sup>243</sup>.

Sin embargo, el hecho de no realizar acción ejecutiva alguna no debe conducir a la idea de que el que ha intervenido en la votación, posteriormente ejecutada por otro, sólo pueda ser considerado como autor mediato o inductor, pues en este ámbito de la delincuencia los parámetros normales para la determinación de la autoría no tienen porqué ser los mismos que en la delincuencia clásica<sup>244</sup>. En efecto, como señala MUÑOZ CONDE<sup>245</sup>, en la delincuencia de empresa, la autoría no puede ser examinada de la misma forma que en los delitos de propia mano, en los que la autoría se funda en la acción ejecutiva. En el caso de la delincuencia de empresa la ejecución tiene un rol menor, por cuanto no es más que una simple “puesta en marcha” de una decisión que ha sido adoptada por otro, quien además controla y domina la ejecución.

La aseveración anterior conduce, por tanto, a una reformulación del concepto de autoría funcional, pensada para delitos que ya no son la única realidad criminal contemporánea y esa es, precisamente, la posición que sustenta MUÑOZ CONDE en la doctrina española. En este sentido, debe reconocerse que es posible que la autoría funcional, que fundamenta la coautoría, pueda plantearse en el ámbito de lo que clásicamente se ha considerado como parte de la fase preparatoria. Ello, en la medida en que esta última “configure la ejecución”, entendiendo además que “decisión” y “ejecución” están íntimamente

---

mafiosas” que en realidad son pequeños clanes o familias, en las que además la intercambiabilidad no resulta muy fácil.

<sup>241</sup> Sobre la coautoría en general, véase KINDHÄUSER, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, *Revista Penal*, nº 11, 2003, *passim*.

<sup>242</sup> Respecto a las cuestiones generales de las decisiones colegiadas en el ámbito interno de la empresa, véase MEINI MÉNDEZ, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 213ss.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>244</sup> MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, *op. cit.*, p. 225.

<sup>245</sup> *Loc. cit.*

ligadas. De esta manera, se fuerza a entender a ambas fases (decisión y ejecución) como un todo que debe valorarse globalmente<sup>246</sup>, pues la realidad económica y empresarial demuestra que quienes adoptan las decisiones son realmente quienes tienen el dominio y control global del proceso que conduce finalmente a la ejecución de la orden antijurídica<sup>247</sup>. De acuerdo con esta posición, no resultaría entonces lógico establecer distinciones en torno a un hecho que se configura de acuerdo a los parámetros propios de la realidad económica.

En otras palabras, la forma precisa de valorar jurídico-penalmente las decisiones que dan lugar a la ejecución de hechos delictivos fuerza a su consideración como un todo, en el entendido de que la ejecución se presenta en varias etapas y en un largo período de tiempo, de forma absolutamente distinta de aquella que se presenta en los delitos clásicos para los que originariamente se construyeron las figuras de la autoría y coautoría<sup>248</sup>. A partir de esta nueva forma de analizar la autoría en los delitos empresariales, ya no podría hablarse de coejecución sino de “realización conjunta” del hecho<sup>249</sup>, y en razón de ello es que puede ser considerado autor no sólo el que ejecuta responsablemente el hecho, sino también quien ha dado origen al mismo a través de su decisión<sup>250</sup>.

Las circunstancias en las que se desarrolla el delito empresarial, demostrarían que los delitos en los que el ejecutor material es plenamente responsable y en los que, además, han intervenido adoptando la decisión delictiva, sujetos que ostentan posiciones de poder, resultan imposibles entender sin la intervención de estos últimos. Esta constatación obliga a ampliar los límites de la coautoría permitiendo su aplicación a aquellos comportamientos que, de acuerdo con la teoría clásica, serían considerados simplemente como acciones preparatorias, pues es la única forma de aprehender debidamente un fenómeno complejo y estructurado en distintas fases, en el que el dominio parece compartirse entre distintos sujetos, actúen o no ejecutivamente<sup>251</sup>.

De esta manera, para algunos, aunque no se hayan puesto en marcha las acciones delictivas, las decisiones que les han dado origen conforman también la realización del hecho y los que las han desarrollado deben ser también considerados para todos los efectos autores del delito en cuestión<sup>252</sup>. Sólo en esta medida podrá captarse debidamente la

---

<sup>246</sup> MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 497.

<sup>247</sup> PÉREZ CEPEDA, A., “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista Penal*, nº 9, 2002, p. 113.

<sup>248</sup> MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, op. cit., p. 251.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>250</sup> Se muestra partidaria de esta interpretación PÉREZ CEPEDA, A., “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, op. cit., pp. 116s., al señalar que el art. 28 del CP “*prescinde del requisito de que los autores tomen parte directa en la ejecución de los hechos, disponiendo que quienes realizan el hecho, pueden hacerlo conjuntamente lo que en lenguaje ordinario equivale a decir ‘intervenir’ en los hechos y, por supuesto, pueden ser más de un sujeto*”.

<sup>251</sup> Así, según sostiene MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, op. cit., la jurisprudencia desde hace bastante tiempo ha venido aceptando la tesis de que el dominio funcional del hecho es en realidad el criterio decisivo para caracterizar la coautoría (STS de 9 de octubre de 1987) que es, en opinión de Muñoz Conde, el fundamento de la “realización conjunta” del hecho.

<sup>252</sup> No es del mismo parecer FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, op. cit., p. 137, para quien, es posible apreciar coautoría aún cuando el sujeto no intervenga en la

complejidad de los delitos de la empresa en la que, el reparto de funciones y de competencias, fuerza a que algunos tomen las decisiones y otros sean los que las ejecuten<sup>253</sup>.

En ese contexto, la “realización conjunta” que sustituye a la “ejecución conjunta”, de acuerdo con MUÑOZ CONDE, encuentra su fundamento en el dominio funcional del hecho, en la medida en que lo importante no es ya la participación en la ejecución del mismo sino la existencia del plan común propio de la coautoría y, en especial, el control o el dominio que se ostente “sobre la ejecución del delito”. Por lo tanto, si el superior ha intervenido, elaborando el plan y controla los medios, modos y formas de realización del hecho, con un auténtico poder de decisión y de control sobre las actividades del subordinado tiene, en consecuencia, el dominio funcional del hecho<sup>254</sup>. Por ello, no sería imprescindible la presencia física del autor en la comisión, ni la ejecución material de alguna parte del delito, sino el control que se tenga de la realización del hecho. De esta manera, pasan a integrar ese hecho, actos que en principio serían estimados como preparatorios.

En general, posiciones como la de MUÑOZ CONDE, encuentran sustento, en gran medida, en planteamientos que sostienen que el resultado proviene de una decisión colegiada que ha sido llevada a cabo por personas responsables. Lo lógico sería entender que estamos en presencia de un acto preparatorio, en lo que a la decisión misma del superior se refiere, sin embargo, desde la perspectiva en análisis, estos son datos naturalísticos, mientras que lo realmente importante es quién emite la orden, es decir, quién tiene la “influencia psíquica sobre el ejecutor”, lo que resulta especialmente relevante en el mundo económico<sup>255</sup>. De esta forma en la “intervención en antesala”, es decir, antes de la ejecución, lo que debe ser examinado es si el sujeto ha aportado algo que transforme el hecho ejecutado posteriormente por otro, en propio<sup>256</sup>. En este sentido, tanto el ejecutor como quien emite la orden son igualmente responsables por cuanto este último no actúa de un modo automático sino que se ha dejado “corromper” por la orden. Lo anterior hace que en estos casos no sea necesaria la proximidad entre los elementos formales (ejecución), sino que puede darse en los actos preparatorios, en tanto la coautoría abarca toda la cooperación psíquica y física, debiendo el hecho ser analizado como un todo complejo<sup>257</sup>.

Por último, en el ámbito penal español también se han sustentado posiciones de corte más funcional o normativo, en la línea de la propugnada por JAKOBS. Así, desde posturas como la de FEIJOÓ SÁNCHEZ<sup>258</sup>, se entiende que en los delitos en los que inter-

---

ejecución directa del hecho con tal que mantenga un dominio funcional y en la medida en que siga “‘dirigiendo’ la realización del hecho, aun cuando no llegue a realizar acciones de ‘ejecución’”. Es decir, que sólo se ampliaría el concepto de autor en la medida en que el dominio continúe actualizándose, a través de la dirección de la ejecución.

<sup>253</sup> MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, op. cit., p. 253.

<sup>254</sup> Mostrándose de acuerdo con esta posición por las mismas razones señaladas en el texto principal, NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 187.

<sup>255</sup> JAKOBS, G., “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, op. cit., p. 76.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>257</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, op. cit., p. 106.

<sup>258</sup> Se trata aquí esta posición por cuanto es una forma de fundamentar la autoría de los superiores jerárquicos, sin embargo, no es obviado el hecho de que este planteamiento del autor, también es compatible

viene el órgano directivo, pero sin tomar parte materialmente en su ejecución, lo que verdaderamente debe ser examinado, a fin de establecer una posible coautoría, es la posición que ocupan los sujetos en la estructura. Así plantea, en primer término, que las teorías basadas en el “dominio del hecho” inexorablemente conducen al desplazamiento de la responsabilidad hacia abajo<sup>259</sup>. De allí que haya debido recurrirse al “dominio de organización” de manera de tener un dominio indirecto de la voluntad de los ejecutores del delito<sup>260</sup>. Sin embargo, la idea de una pirámide jerarquizada que permita sustentar un dominio de la voluntad realmente desaparece a medida en que irrumpen en la realidad económica empresas de gran tamaño en las que no es posible advertir un vértice claro en el que sus miembros detentan el control respecto de los actos de quienes integran la estructura. En éstas los deberes son cada vez más generales<sup>261</sup>.

En razón de lo anterior se plantea la necesidad de establecer qué personas físicas son “competentes” para cometer el hecho delictivo imputable objetivamente a la empresa, a fin de ser estimadas como autores o como partícipes, pues dentro de la empresa “no todo es asunto de todos”<sup>262</sup>. Una vez establecidas las competencias que tienen ciertos sujetos respecto de determinados ámbitos, entre los que se encuentra la comisión del delito, deberá establecerse quién ha infringido sus deberes y -atendido que los mismos son altamente personales- ser imputada la infracción de manera individualizada, teniendo en cuenta la estructura y organización de la empresa. En ese examen de responsabilidades deberá atenderse también al *principio de confianza*, que se erige en el fundamento de las relaciones en el seno de la empresa, en especial, la contemporánea.

La autoría, por tanto, se relacionaría con la idea de “dominio normativo”, es decir, de “dominio competencial” del hecho y no con una determinación objetivo-causal del mismo. Ese dominio normativo se basaría en la incumbencia o no incumbencia respecto de un hecho, de acuerdo con reglas normativas de imputación<sup>263</sup>.

Para establecer el dominio normativo del órgano directivo sobre el hecho delictivo, se propone sopesar la posibilidad de que el comportamiento de la propia víctima pueda ser determinante, el reparto de funciones dentro de la empresa y la aplicación del *principio de confianza*. Este último presupone, por cierto, la corresponsabilidad de varios miembros de la empresa respecto de un mismo hecho, que puede operar en distintos niveles de responsabilidad o en un mismo nivel. Por último, también se evalúa la configuración de la organización concreta, pues en las organizaciones complejas pueden ampliarse o reducirse los deberes de los individuos que laboran en ella, de acuerdo con dicha configuración<sup>264</sup>. Desde esta perspectiva se pone el acento, en consecuencia, no en el dominio fáctico o real del hecho, sino en el desempeño de un determinado rol social, posición de deber o ejerci-

---

con las fundamentaciones de la comisión por omisión que veremos más adelante.

<sup>259</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit., p. 5.

<sup>260</sup> En palabras SCHÜNEMANN, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., p. 16, un “dominio de la coordinación”.

<sup>261</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit., p. 14.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>263</sup> *Ibidem*, pp. 18ss.

<sup>264</sup> *Loc. cit.*

cio de una determinada competencia para establecer la responsabilidad y el grado de la misma en la actuación del órgano directivo<sup>265</sup>.

A esta posición doctrinal se le han realizado diversas objeciones. De partida se plantea que no habría coautoría en tanto no existe una decisión común respecto de la realización del hecho, como consecuencia de la estructura vertical de la organización<sup>266</sup>. Así también, desde posiciones lógico-formales, se critica el eventual desdibujamiento de la ejecución conjunta propia de la coautoría o, a lo menos, la realización conjunta, mediante aportación en la fase ejecutiva, lo que se traduciría en la confusión entre la autoría y la participación, de modo tal que no habría una línea divisoria clara entre las figuras de inducción, autoría mediata, o complicidad<sup>267</sup>. Por último, este planteamiento tampoco daría solución a todos los delitos cometidos en el ámbito empresarial, dado que no se podría calificar como autor a un órgano directivo cuando se trate de delitos de propia mano o delitos de modalidades limitadas de acción, por cuanto en ellos sólo puede ser autor quien utilice los medios señalados en el tipo, siendo los demás considerados meros partícipes<sup>268</sup>.

En conclusión, la posible coautoría entre el órgano directivo que imparte la orden y el subordinado que actúa responsablemente se configura a partir de la constatación de la diferente realidad que demuestran los delitos cometidos en la empresa por sujetos que se encuentran en la última línea de la cadena jerárquica, pero que han tenido origen en las decisiones de quienes se encuentran en la primera línea de esa jerarquía, razón por la cual, las posiciones que entienden que existiría una posible coautoría resultan bastantes próximas a la verdadera forma en que se va configurando el delito dentro del proceso productivo, a lo largo del tiempo y el espacio.

En esa medida, la consideración y el valor jurídico penal otorgado a las actuaciones de quienes realmente ostentan el control y dominio de las actuaciones de los subordinados -entendiéndolas como actuaciones pertenecientes al ámbito del autor-, parece altamente acorde con su capacidad e influjo en la comisión del delito. Sin embargo, las dificultades para configurar una coautoría son evidentes, atendido que realmente entre el superior y el subordinado no hay una decisión común de realizar el delito, sino nada más que una orden del primero que el segundo acata. Además, de no mantenerse la dirección sobre la ejecución por parte del superior, más allá de la simple decisión y planificación, es difícil, a mi entender, fundamentar, el dominio de este último sobre el hecho.

Por ello su aplicación a ciertos delitos cometidos a partir de la empresa resultaría adecuada sin perjuicio de, por una parte, mantener cautela respecto de una posible ampliación excesiva de la intervención que pueda desdibujar los límites entre las contribu-

---

<sup>265</sup> PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", op. cit., p. 174.

<sup>266</sup> ROXIN, C., "Dirección de la organización como autoría mediata", op. cit., p. 54, quien agrega que en estos casos, "no hay una resolución conjunta a cometer el hecho. El cumplimiento de una orden es lo contrario a una resolución conjunta, de común acuerdo entre los autores".

<sup>267</sup> De este parecer, PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", op. cit., pp. 175ss. También reconoce tal debilidad de la teoría, PÉREZ CEPEDA A., "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", op. cit., p. 117. Así, también MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 468, agrega como objeción que desde una perspectiva de una concepción significativa de la acción, que es la adoptada por él, esta tesis no puede ser asumida, pues en ella se prescinde del principio de ejecución para caracterizar la autoría.

<sup>268</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 468.

ciones de los distintos sujetos, terminando por incluirse en el concepto de autor cualquier colaboración en el hecho y omitiendo el debido dominio que el superior debe mantener sobre la ejecución, aún cuando no participe materialmente en su desarrollo. A lo anterior, habría que agregar también el peligro de la excesiva normativización de la figura del autor, extremo a que podría llegarse a partir de determinadas posiciones, con el consiguiente olvido del control efectivo que en la realidad se ha tenido sobre la conducta. Por último, también resulta preciso consignar que existen una serie de casos en los que el ejecutor material realmente no tendrá la información necesaria que le permita entender el sentido antijurídico de su actuación, por lo que se tratará de un instrumento en las manos de quien realmente conoce y domina el hecho.

### 2.4.3. El superior jerárquico como partícipe

Como ya se ha señalado, quienes estando en la cúspide de la empresa y teniendo el control global de los procesos y actuaciones que se desarrollan en su interior, con sus actuaciones pueden conducir a la ejecución material del delito por parte de sujetos que se encuentran en los eslabones inferiores de la cadena jerárquica. Por la entidad y valor que tienen esas actuaciones, resulta claro que aquellos que con su conducta dan lugar a la ejecución del delito no pueden ser considerados meros partícipes sin, con ello, desvirtuar la real relevancia que dichas acciones tienen en la realización del delito<sup>269</sup>.

La consideración del directivo como partícipe no sólo resulta ilógica, dada la importancia que tiene su actuación para el éxito del resultado típico sino que, además, con ella se corre el riesgo de que ante la imposibilidad de castigar al ejecutor material, las actuaciones del superior queden en la más absoluta impunidad<sup>270</sup>. Ciertamente el control sobre los resultados que tiene el dirigente ameritan la consideración de su intervención con el grado más alto, sin embargo, también es cierto que las formas que se han propuesto en torno a la consideración como autor no están exentas de objeciones y de riesgos, sin mencionar además las dificultades que en muchos casos se presentarán para llegar a construir una posible autoría o coautoría del dirigente cuando éste no ha tenido ningún tipo de injerencia material en la ejecución del delito o no ha mantenido el control del suceso delictivo después de adoptada la decisión.

---

<sup>269</sup> En tal sentido señala ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, op. cit., p. 271, que “quienes manejan los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito”.

<sup>270</sup> MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, op. cit., p. 215. En el mismo sentido, NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 187.

### 2.4.3.1. El superior jerárquico como inductor

Parte de la doctrina plantea que la actuación del ejecutor material que actúa responsablemente debe ser considerada como una autoría y, existiendo un superior jerárquico que ha impartido una orden o instrucción producto de la cual se ha realizado el delito<sup>271</sup>, se debe considerar a dicho superior como inductor. Ello, pues no cabría aplicar, por ejemplo, una posible autoría mediata en organizaciones empresariales, atendido que las fórmulas generales existentes en el Código Penal están pensadas para delitos cometidos individualmente y no para otros fenómenos más complejos, como aquellos que inspiraron la teoría del dominio de organización<sup>272</sup>.

Pero esta posición genera dudas que se mueven en el ámbito del acuerdo de voluntades que debe existir entre el inductor y el inducido. En efecto, la figura de la inducción se plantea desde el influjo psíquico de un sujeto (inductor) sobre otro sujeto (inducido) al que hace surgir la resolución delictiva<sup>273</sup> que lo lleva a la realización del delito, en calidad de autor. Este elemento, que implica una relación directa entre inductor y autor, es una cuestión que difícilmente puede apreciarse en los delitos cometidos en estructuras complejas, como la empresa, en donde no existe, la mayor parte de las veces, un auténtico contacto entre el hombre de atrás y el ejecutor material del delito. Más bien, lo que tiende a ocurrir es que, como en otras estructuras jerarquizadas, el dirigente no llega jamás a conocer al sujeto que finalmente abrirá, por ejemplo, la compuerta para realizar el vertido tóxico. Ello, explica por qué no podría apreciarse en los delitos empresariales una influencia directa en el ejecutor del delito.

Además, en la inducción el éxito de la realización del delito no se encuentra asegurada porque el inducido es quien finalmente “se decide” por la comisión del mismo<sup>274</sup>. Sin embargo, en el delito empresarial la persona que está al final de la cadena jerárquica no resulta especialmente relevante para asegurar el éxito del delito, en la medida en que sea intercambiable con cierta facilidad<sup>275</sup>.

Por tanto, la especial relación que debe darse entre inductor e inducido no se aviene con las características de las relaciones entre los sujetos que se desempeñan en la estructura empresarial y, en consecuencia, de los delitos surgidos a partir de la empresa, por lo que resulta alejada de la dinámica de los mismos.

---

<sup>271</sup> En esta posición se coloca GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006, quien señala que ante la imposibilidad de calificación como autor del superior por las limitaciones de la propia ley, es forzoso calificarlo como inductor.

<sup>272</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, op. cit., pp. 99s.

<sup>273</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoría y participación”, op. cit., p. 45. También, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 129.

<sup>274</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 129.

<sup>275</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, op. cit., p. 101.

### 2.4.3.2. El superior jerárquico como cooperador necesario

Como se ha dicho, la construcción de una posible inducción no parece ser posible, dado que para ello sería necesario que existiera una influencia directa en la persona del ejecutor material, cuestión que no estaría presente en estructuras colectivas como la empresa, en las que suele existir una larga cadena de sujetos y decisiones en los distintos estamentos antes de llegar al último ejecutor<sup>276</sup>. Más bien lo que ocurre en estos supuestos es que, aunque el dirigente tenga el dominio sobre la organización, no lo tiene sobre quien ejecuta materialmente el hecho. Por lo tanto, los que operan a través de personas fungibles en aparatos organizados de poder para cometer delitos se asemejan más a cómplices o cooperadores necesarios<sup>277</sup>. Sin embargo, entre estas dos opciones, la tendencia ha sido de la estimar al dirigente como cooperador necesario, atendida la especial importancia que adquiere la orden antijurídica del superior, por cuanto sin ella el delito no habría sido cometido por el subordinado<sup>278</sup>.

Las más de las veces el dirigente tendrá un poder o dominio negativo del hecho para interrumpir su realización, pero ello no es suficiente para estimarlo como un auténtico autor. Por su parte, los miembros que actúan como mandos intermedios serían en tales casos cómplices, pues sólo transmiten la orden, excepto aquél de los mandos intermedios que sea directo superior del ejecutor material, quien sí podría ser calificado como inductor, en tanto actúa directamente sobre este último. Por su lado, dicho ejecutor material, a todas luces será autor del delito en cuestión<sup>279</sup>.

La ventaja de la solución anterior resulta de su fácil acomodo a las normas legales vigentes en materia de autoría y participación, sin tener que forzar las soluciones doctrinales para elaborar propuestas que se adecúen a los delitos cometidos en organizaciones jerarquizadas. Por otro lado, debe además considerarse que, atendida la forma en que están contempladas las normas relativas a la cooperación necesaria, quienes actúen como cooperadores necesarios serán castigados de la misma forma y con la misma intensidad, desde el punto de vista de la pena, que los autores<sup>280</sup>.

Las propuestas anteriores, aunque con bastante sustento normativo, presentan un problema insoluble, consistente en que de ser aceptadas darían lugar, en ciertos casos, a la impunidad del dirigente. En efecto, cada vez que el autor ejecutor material de la conducta se encuentre exento de responsabilidad, -porque, por ejemplo, se trate de un delito especial y el autor material no reúna las condiciones exigidas por el tipo- el principio de accesoriidad impedirá castigar a aquél que ha sido el cerebro y ha tenido el verdadero control sobre los hechos quedando, en consecuencia, eximido de pena. Ante ello, aunque la pena sea la misma, los efectos de la aplicación de estas figuras implican riesgos demasiado altos para los fines preventivos del Derecho penal<sup>281</sup>.

---

<sup>276</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8, 2006, p. 6.

<sup>277</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J., *La Autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 271ss.

<sup>278</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoría y participación", op. cit., p. 49.

<sup>279</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J., *La Autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 271ss.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>281</sup> En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal



## 2.5. Responsabilidad penal de los altos directivos por delitos omisivos

En términos generales, lo más usual no será que el riesgo para el bien jurídico se produzca o se incremente por un comportamiento *activo* que puede imputarse al directivo. En el ámbito de la empresa es más común que ese incremento del riesgo para el bien jurídico se produzca por un defecto de funcionamiento del sistema, es decir, por un fallo organizativo que puede ser explicado por la ausencia o por una defectuosa implementación de las medidas de control<sup>282</sup>.

A partir de la constatación de que en el ámbito empresarial tienden a ser mucho más comunes las lesiones a bienes jurídicos en que no ha intervenido *activamente* el empresario, se ha esbozado una posible solución a estos supuestos que no se plantearían desde la autoría o la participación activas. Desde este prisma se plantea la posibilidad de aplicar la estructura de la comisión por omisión al superior jerárquico. Así, se propone la atribución de responsabilidad al dirigente por la no evitación de la comisión del delito por parte de los subordinados, siempre que se acredite que el directivo se encuentre en una situación en que pueda y deba hacerlo<sup>283</sup> o, en otras palabras, cuando se halle en el ejercicio de una competencia específica que le obligue a controlar los factores de peligro que se derivan de ella<sup>284</sup>.

El fundamento de la responsabilidad del empresario cuando no ha intervenido de manera positiva en la ejecución del delito por parte de los subordinados, se encuentra en la propia dinámica de la economía<sup>285</sup> y, consecuentemente, de la criminalidad empresarial. De acuerdo con ello, lo realmente relevante no es ya quién realiza la lesión del bien jurídico, sino más bien quién no adoptó las medidas pertinentes para evitar que la actividad de la empresa genere perjuicios para terceros<sup>286</sup>. La responsabilidad en comisión por omisión, se atribuiría por omisión impropia, cuando los directivos no hubiesen evitado el hecho

---

económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, op. cit., p. 215.

<sup>282</sup> En lo referido al debate y fundamentos del incremento del riesgo y la posición de garante del empresario, véase BOTTKE, W., “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en AA.VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, op. cit., *passim*.

<sup>283</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, op. cit., pp.16s.

<sup>284</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 498. Una visión completa de los distintos fundamentos dogmáticos de la posición de garantía en los delitos omisivos en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, *passim*; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Navarra, 2005. pp. 47ss.; DEMETRIO CRESPO, E., “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, op. cit., *passim*.

<sup>285</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, M. J., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pp. 79s.; DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, op. cit., p. 43.

<sup>286</sup> En este sentido señala RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, op. cit., p. 47, que la cuestión en torno a la figura de la comisión por omisión se centra fundamentalmente en determinar por qué la no evitación de un determinado resultado puede y debe ser castigada con la misma pena que la “si se hubiese causado activamente”.

delictivo, siempre y cuando se acredite que se hallaban en ejercicio de una competencia específica que les obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella<sup>287</sup>.

En dicho contexto, el problema de la determinación de la responsabilidad de los órganos directivos por delitos omisivos aparece apenas se examinan las estructuras de estos delitos. Así, en los delitos puramente resultativos será punible quien, siendo especialmente responsable de evitar que un cierto resultado típico se produzca, no impida su causación. Como exige la estructura de los delitos de comisión por omisión, presupuesto de la responsabilidad será la posición de garante y condición de la misma la no evitación del resultado cuando fuere posible y exigible hacerlo, debiendo además existir una conexión entre la omisión y la causación del resultado<sup>288</sup>. En tal sentido se observan distintas posiciones que van desde aquellas que plantean que la acción exigida y omitida sea suficiente para impedir el resultado hasta las que sólo consideran que el resultado sea imputable si el riesgo de aparición hubiera podido reducirse. Lo anterior da cuenta de los problemas que existen en la determinación de los requisitos y los límites de dicha responsabilidad<sup>289</sup>.

En tal contexto, una primera cuestión a abordar es la delimitación del principio de responsabilidad propia que rige en Derecho penal aplicado a los deberes del empresario<sup>290</sup>. Una vez adentrados en el ámbito de la comisión por omisión, nos encontramos con la necesidad de establecer hasta qué punto la responsabilidad del superior jerárquico por los hechos cometidos por el subordinado puede ser flexibilizada en aras de lograr un equilibrio en las responsabilidades de los sujetos que intervienen en el resultado típico y, consecuentemente, determinar cómo afrontar el deber de garantía que tiene el empresario respecto de ciertos hechos delictivos cometidos en el ámbito de la empresa<sup>291</sup>. Atendido lo anterior, parece asentarse ampliamente la idea de que tal tensión entre ambos principios no existe, y lo que en su lugar se desarrolla en este campo es una compaginación necesaria, en el entendido de que se trata de hechos que se encuentran en el ámbito de la empresa, haciendo uso de determinadas fuentes de peligro que se encuentran bajo el poder del dominio del garante.

En todo caso no parece lógico sostener que el empresario pueda y deba hacerse responsable por todo aquello que ocurra en su empresa y que pueda degenerar en la comisión de delitos. Es decir que no procedería establecer una responsabilidad general del dirigente frente a los delitos cometidos por sus subordinados. Ello, además de ser una idea

---

<sup>287</sup> Para PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", op. cit., p. 182, el fundamento último de ese deber "consiste en la prohibición de hacer algo que resulta injustificadamente perjudicial para los demás (<<neminen laedere>>). Pero igualmente elemental es el deber que consiste en el *mandato de hacer* lo que sea necesario para y adecuado para evitar las consecuencias nocivas que amenazan a terceras personas desde nuestro propio ámbito de organización".

<sup>288</sup> FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo", op. cit., p. 110.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>290</sup> Que implica, según GIMBERNAT ORDEIG, E., "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa", *ADPCP*, vol. LIV, 2001, p. 5, que "*en principio está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero*".

<sup>291</sup> BOTTKE, W., "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica", op. cit., p. 132.

bastante asentada en la doctrina, se condice también con el texto de la propia ley española que no considera una responsabilidad general del empresario por delitos cometidos por terceros<sup>292</sup>. Lo anterior implica una responsabilidad circunscrita al ámbito de la propia empresa, pero también establecer una restricción respecto del alcance de esa responsabilidad.

En consecuencia, la cuestión se centra en los peligros de la posible extralimitación que se podría producir al aplicar la estructura de la comisión por omisión, en el sentido de propender a que el superior jerárquico responda por todo aquello que acaece en la empresa y que produce lesiones a bienes jurídicos de manera penalmente relevante. Por ello, en este punto, nuevamente surge la problemática acerca de la forma complementaria en que actúa la RPPJ, por cuanto se plantea como una solución viable y adecuada para todos aquellos casos y ámbitos en los que no es posible, sin forzar en extremo la dogmática, imputar normativamente el hecho a personas específicas. La cuestión tiende a tener gran relevancia en este punto del desarrollo de la responsabilidad individual en la empresa, por cuanto se trata, como ya se ha dicho, de los supuestos más comunes en la criminalidad empresarial<sup>293</sup>.

En cuanto a los fundamentos de la responsabilidad del empresario en el ámbito de delitos cometidos por subordinados y en los que el primero no ha tenido una intervención activa, sino más bien un comportamiento consistente en la no evitación del hecho delictivo, existen varias posturas alternativas, que pueden no ser aplicables a todos los casos. Su validez dependerá del supuesto concreto al que pretenda aplicarse.

Como se ha señalado en la doctrina, el fundamento de la posición de garante del empresario consistente en la existencia de deberes jurídicos extra-penales es una opción que, aunque con aplicación a ámbitos como la responsabilidad por el producto, resulta insuficiente, tanto por estar fuera de la órbita propiamente penal como porque, y más importante aún, la responsabilidad penal no podría derivar de la mera infracción de un deber<sup>294</sup>. La prohibición extrapenal, en consecuencia, juega más bien como una forma de delimitar el ámbito del deber de cuidado que se exige respecto del que actúa directamente, pero no se erige en el fundamento absoluto de la posición de garante<sup>295</sup>.

También se ha planteado en la doctrina que el fundamento de esa posición de garante del empresario se encontraría en un actuar precedente de éste, inspirado en el *principio de injerencia*. De acuerdo con él, la posición de garante deriva de un comportamiento anterior contrario al deber jurídico que pone en peligro el bien jurídico<sup>296</sup>. Sin embargo, aunque se trata de un criterio relevante en casos de responsabilidad por el producto, se advierte en la doctrina que esa responsabilidad no puede derivarse de la mera causalidad,

---

<sup>292</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, op. cit., p. 93.

<sup>293</sup> DEMETRIO CRESPO, E., "Fundamento de la Responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas", op. cit., p. 12.

<sup>294</sup> Como señala DEMETRIO CRESPO, E., "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados", *CIIDPE*, 2007, en [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar), p. 17, aunque puede servir para justificar la posición de garantía en el ámbito funcional, no sirve sin embargo en el marco de la empresa, por cuanto, no se da el elemento del monopolio del dominio y de la decisión sobre los bienes jurídicos.

<sup>295</sup> RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, op. cit., pp. 97s.

<sup>296</sup> *Ibidem*, 99ss.

sino que debe poder ser imputada objetivamente por haberse creado un riesgo no permitido<sup>297</sup>.

Por otro lado, la posición de garante del empresario y la responsabilidad que de la misma deviene, tampoco puede ser establecida por la simple apertura de un establecimiento y la contratación de trabajadores, especialmente cuando se trata de actos realizados con plena conformidad al Derecho<sup>298</sup>. Por fin, aunque en un sentido similar, se plantea también que el fundamento se encontraría en un comportamiento previo –en este caso permitido– que incrementa el riesgo. En términos generales, lo que realmente importa aquí es que el comportamiento autorizado incremente el riesgo y que quien realiza una actividad peligrosa asuma el deber de conjurar el peligro que de ella se deriva. Sin embargo, lo objetable de tal posición radica en que, para imputar típicamente, sería necesario que la acción previa de manera *ex ante* y de un modo contrario al deber hubiera creado una fuente de peligro<sup>299</sup>.

Para GIMBERNAT, la posición de garante del empresario se fundamenta más bien en que el que está obligado a vigilar una fuente de peligro preexistente “*prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien –para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado– lo habrían reconducido otra vez a un nivel conforme a Derecho*”<sup>300</sup>. La postura del autor se centra en el deber de mantener el foco de peligro dentro de los límites de lo permitido, evitando la desestabilización del mismo y con ella su transformación en un riesgo no permitido<sup>301</sup>. Por tanto, se trata de vigilar las fuentes de peligro propias de la empresa a fin de que de ellas no se deriven lesiones a bienes jurídicos siendo, consecuentemente, elemento clave que el hecho doloso o imprudente no impedido por el director de la empresa haya incidido en un foco de peligro que se encuentra dentro de la misma, derivando ese peligro posteriormente en lesiones a bienes jurídicos<sup>302</sup>. En síntesis, la teoría tendrá aplicación cada vez que se trate de focos de peligro de los que es responsable el empresario, y cuando de ellos se derive el resultado típico rechazando, por tanto, aquellos otros que no se relacionen con esos focos.

Pero también se ha buscado justificar una posición de garante sobre la base de un deber de vigilancia sobre determinadas y especiales fuentes de peligro, ya por un dominio sobre las personas ya por un dominio sobre las cosas. Sin embargo, respecto del deber de vigilancia fundado en el dominio sobre las personas dentro de la empresa se critica que, de acuerdo a parámetros convencionales, se apliquen criterios como el poder jurídico de dar órdenes o la dependencia parcial de los empleados para fundamentar la posición de garante. Primero, porque se volvería a fundamentar tal posición de garantía en un *deber*

---

<sup>297</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pp. 92ss.

<sup>298</sup> BOTTKE, W., “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, op. cit., p. 134.

<sup>299</sup> MEINI MÉNDEZ, I., “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, *Revista Derecho*, nº 52, diciembre 1998-abril 1999, pp. 896ss.

<sup>300</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa”, op. cit., pp. 12ss.

<sup>301</sup> *Loc. cit.*

<sup>302</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa”, op. cit., pp. 12ss.

*jurídico formal* y luego, porque la teoría del aparato jerarquizado de poder, que podría servir de base, se utiliza en organizaciones que actúan al margen del Derecho, por lo que no tendría cabida en la empresa<sup>303</sup>. Por tanto, la dependencia parcial reconoce ciertas limitaciones respecto del poder de dirección del empresario, a lo que habría que sumar que la empresa actual se ha despersonalizado, lo que diluye aún más esa dependencia.

Por ello, sólo quedaría la posición de garante del empresario por el deber de vigilancia de fuentes específicamente empresariales de peligro que se desarrollan por el dominio fáctico que se tiene sobre las cosas. La propia empresa, conlleva una serie de riesgos que traen aparejada una responsabilidad acentuada. Por tanto, los fundamentos de esta variante de responsabilidad basada en la posición de garante, se encuentran en que la creación y funcionamiento de la empresa implican una serie de riesgos. La organización que se pone en marcha para la obtención de fines económicos, conduciría a la creación de específicos riesgos que deben ser contenidos en atención al ámbito en el que se desarrolle y el tipo de organización de que se trate<sup>304</sup>.

En consecuencia, la base de la posición de garante está en el deber de organizar el manejo de las instalaciones y procesos productivos de manera de no lesionar bienes jurídicos. Lo anterior implica, por tanto, un control continuado y la adopción de medidas de seguridad. Sin embargo, existen objeciones que se plantean en relación con el límite del poder real o dominio fáctico que en, los hechos, podría tener el omitente de la empresa, lo que resulta aún más patente en el caso de grandes organizaciones empresariales. Además, debe ser considerada la delegación de funciones que frecuentemente opera en las grandes empresas y que hace bastante más dificultosa la tarea de determinar la fuente de peligro<sup>305</sup>.

Aunque existen también otras posiciones que explican la posición de garante del empresario respecto de los actos realizados por sus subordinados<sup>306</sup>, el planteamiento que quizá ha alcanzado mayor presencia en la doctrina, es el de SCHÜNEMANN<sup>307</sup>. Según este autor las tradicionales posiciones de garantía no permiten saber en qué casos el directivo sería responsable de una omisión de la misma manera que si hubiese realizado el comportamiento activo. Para él, el fundamento de la equiparación entre comisión por omisión u omisión impropia y el comportamiento activo radicaría en el dominio sobre la causa del resultado del directivo por su posición de garante.

En tal sentido, señala SCHÜNEMANN que la equiparación entre el “hacer activo” y la omisión no radica, como plantea ROXIN, en la infracción de un deber extrapenal, sino en la asunción de la custodia, en el sentido de un dominio sobre el suceso. De esta forma el dominio se expresa en la posición de custodia que se adquiere sobre la especial situación

---

<sup>303</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, op. cit., p. 139.

<sup>304</sup> *Loc. cit.*

<sup>305</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, op. cit., pp. 140s.

<sup>306</sup> Es el caso de la posición de JAKOBS quien plantea la posible posición de garante sobre la base de la competencia organizativa, que ya ha sido tratado a propósito de una posible aplicación de la coautoría para la determinación de la responsabilidad del superior jerárquico. Tal teoría, se menciona aquí también, por cuanto tiene rendimiento, tal vez incluso en mayor medida. Véase, JAKOBS, G., “La omisión: estado de la cuestión”, en AA. VV., *Sobre estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, *passim*.

<sup>307</sup> SCHÜNEMANN, B., “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”, *RDP*, nº 2, 2005, *passim*.

de desamparo en que se encuentra el bien jurídico, o bien, en el dominio que se posee sobre una fuente de peligro que puede y debe ser controlada por el omitente y no en una realización activa<sup>308</sup>. Por lo tanto, ese dominio sobre el fundamento del resultado no reside en un movimiento corporal sino en la situación de desamparo en que se encuentra el bien, al igual que ocurre con quien tiene el dominio sobre el propio movimiento corporal y que es considerado autor del delito<sup>309</sup>.

En consecuencia, ese dominio podrá ejercerse sobre los elementos y procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material) o sobre el comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica (dominio personal). El dominio material alcanza sólo aquello que está en el ámbito de competencia del sujeto, por lo tanto, fuera de aquél ya no existirá dominio material. En cambio en el dominio personal, la posición de dominio se deriva no sólo del poder de mando sino también de la cantidad de información que se posee en relación con el subordinado. En consecuencia, el dominio material es permanente en el exceso, en cuanto a que la pérdida de custodia del objeto, por una infracción del deber de cuidado, no exime de responsabilidad por las consecuencias de la pérdida de esa custodia. Sin embargo, no es permanente ante la descentralización, pues el hecho de ocupar una posición superior no da lugar a comisión por omisión, si no se tiene el dominio inmediato sobre la cosa. El dominio personal no es permanente en el exceso, es decir, no hay comisión por omisión por los hechos cometidos por los subordinados en provecho propio, pues están fuera de la esfera de competencia del superior, sin embargo, es permanente ante la descentralización porque en los niveles superiores y en especial en los de dirección confluyen el poder de mando y todos los canales de información, de modo que aquí se da la forma más intensa de dominio<sup>310</sup>.

Ese dominio, así pensado, restringe bastante el espectro de posibles posiciones de garantía<sup>311</sup> porque refleja la necesidad de algo más que esa posición de garantía para fundamentar la responsabilidad. Por ello no todos los directivos responden por omisión por el hecho delictivo cometido en la empresa, sino sólo en la medida en que esa responsabilidad se fundamente en los ámbitos específicos de competencia individual, es decir, en el dominio sobre la organización interna de una parcela de actividad. Así, el directivo pasa a tener un compromiso individual de control y contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puede provenir de los objetos o de personas que están sujetos a supervisión, dentro del ámbito de las actividades de la empresa y respecto de lo que está en condiciones de evitar de acuerdo con su ámbito de competencia<sup>312</sup>. Por lo tanto, se trata de un control que se extiende a los límites de la actividad de la empresa ya sean personales o provenientes de objetos<sup>313</sup>.

Por todo ello, atendido que este control y exigencia no puede provenir sólo de la posición de garante, pues ello transformaría el fundamento en una cuestión excesivamente vaga, la doctrina ha propuesto incluir, para la delimitación de la responsabilidad omisiva

---

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>310</sup> MARTÍNEZ- BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 501s.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 502.

<sup>312</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", op. cit., pp. 371s.

<sup>313</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., pp. 190s.

del superior jerárquico, la exigencia de que exista una estrecha vinculación entre el hecho delictivo cometido y el ejercicio de las *facultades de autoorganización*<sup>314</sup>. En consecuencia, la complementación de la doctrina del dominio sobre el resultado pasaría por las facultades individuales de autoorganización que se conectan con el hecho cometido, dando lugar a una combinación en la que el principio de dominio se erigiría en el reverso o la contrapartida del principio de libertad y del derecho al libre desarrollo<sup>315</sup>.

Para MARTÍNEZ BUJÁN, junto a la idea de dominio debe existir la de la aceptación de funciones de seguridad, porque sólo de esta forma se pone énfasis en que los deberes de garantía se fundamentan en última instancia en el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, es decir, que el dirigente debe asumir o aceptar las funciones de seguridad frente a los fundamentos del resultado<sup>316</sup>. Se observa, en este sentido, una combinación de distintas teorías que se sintetizan de acuerdo con los principios básicos ya esbozados. En estos casos se incluyen los procesos de riesgo por objetos, procedimientos o personas que no tienen autonomía relevante dentro de la empresa y que están en la órbita de organización del directivo<sup>317</sup>.

Sin embargo, para el autor, algunos supuestos que se presentan en la empresa no podrían ser explicados por la teoría del dominio, y ello porque se trata de hipótesis que se relacionan con la idea de la *injerencia*. En dichos casos, la posición de garantía dependería de dos elementos: por una parte, el nacimiento o generación del deber será determinado por la conciencia del peligro y, por otro, el contenido del deber se determinará por el significado del riesgo que emana de la posición de garantía, es decir, que estará determinada por la licitud del curso de riesgo desencadenado por el agente<sup>318</sup>.

La posición de SCHÜNEMANN y sus adecuaciones en el ámbito español, parecen gozar de reconocimiento en la doctrina<sup>319</sup>. Sin embargo, también han sido criticadas por incurrir en el error de confundir la sola "posibilidad de acción" con el "deber de acción" o en términos omisivos confundir "posibilidad de evitación" y "deber de evitación". Como respuesta a tal objeción DEMETRIO señala que no se trata de la posibilidad de actuar en orden a la evitación de un resultado como la que podría tener cualquier persona ajena a la

---

<sup>314</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., p. 504.

<sup>315</sup> Al respecto señala MEINI MÉNDEZ, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, op. cit., pp. 304s., que dicho concepto implica que "el empresario se encuentra obligado a garantizar la inocuidad de las conductas, omisivas y comisivas, que se realizan en el ámbito negocial que él ha configurado".

<sup>316</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 505s.

<sup>317</sup> En el mismo sentido, NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 194. En todo caso, apunta MEINI MÉNDEZ, I., *Responsabilidad Penal del Empresario por los Hechos cometidos por sus Subordinados*, op. cit., p. 305 que, de todas formas, el empresario "no asume el deber de controlar cualquier peligro de lesión que pueda sufrirán tercero cuyo origen puede ser ubicado causalmente en la actividad empresarial, puesto que quedarán al margen de su deber de garante y, en consecuencia, no podrán serle imputados en comisión por omisión, por ejemplo, las lesiones que sufra un tercero (...) a consecuencia de la manipulación de maquinaria por parte de un operario calificado de la empresa en contra de las disposiciones dadas".

<sup>318</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 505s.

<sup>319</sup> Es el caso de DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, op. cit., pp. 150ss, aunque con ciertas críticas; también MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *ibidem*, con las adecuaciones ya mencionadas en el texto; también SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", op. cit., p. 372.

empresa en determinadas circunstancias, sino una “concreta posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado de aquel que porque es garante tiene el deber de hacerlo”<sup>320</sup>.

Por fin, además de la consideración de la fundamentación de la posición de garante del empresario, deben también ser adicionados ciertos factores que inciden de manera significativa en la configuración de la responsabilidad del empresario por los hechos en los que no ha intervenido y que han sido cometidos por sus subalternos. Así, resultan relevantes los deberes objetivos establecidos por las normas formales reguladoras de la concreta actividad empresarial, así como los criterios generales indeterminados que pueden regir la actividad para el caso de que la empresa no esté sometida a una reglamentación específica, y otros criterios como la razonabilidad y prudencia en el ejercicio de la actividad<sup>321</sup>. Asimismo, debe tenerse en consideración la existencia de una delegación de funciones, pues no sólo son delegables las funciones mecánicas, sino también los deberes de vigilancia<sup>322</sup>.

De esta forma la delegación con dotación de dominio generará una nueva posición de garantía coincidente con la posición delegada. En esta nueva posición de garantía generada podrá existir, por tanto, una responsabilidad penal en comisión por omisión, sobre aquello en que se configure la posición de garantía especial. Por ello habrá también que establecer los ámbitos de responsabilidad que le corresponderá asumir al delegante y aquellos que serán de competencia del delegado, pues obviamente el delegante o garante originario mantendrá una porción de deberes que alcanzarán, a lo menos, a la vigilancia y supervisión residual de las acciones del delegado. La medida de ese deber de vigilancia varía de acuerdo con las capacidades que se conjugan entre el delegante y delegado, por lo que la misma podrá ser mayor o menor<sup>323</sup>.

Por último, FRISCH<sup>324</sup>, aporta además un criterio que serviría para complementar el dominio sobre el resultado. De acuerdo con el autor, para la determinación de la posición de garante será necesario recurrir a un fundamento normativo consistente en la *ponderación de intereses*. Así, quien resulta especialmente competente de acuerdo con la distribución adecuada de libertad y cargas para evitar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos para los bienes jurídicos de terceros, es quien ejerce su libertad de configuración de su conducta de forma autónoma y con exclusión de intromisión de terceras personas por lo que debe, a cambio, preocuparse de que su acción no implique peligros. En consecuencia, no se puede ejercer la libertad y las ventajas que ella conlleva y esperar

---

<sup>320</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, op. cit., pp. 151s.

<sup>321</sup> Estos criterios normativos *extra* aportados al del dominio del hecho son, para DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, op. cit., pp. 156s., “aclaratorios” aunque no decisivos en el plano dogmático, por cuanto, ellos deberían ser “un aspecto implícito del dominio sobre el fundamento del resultado, pues en otro caso, no se daría tal dominio, por lo que parece innecesario independizarlo de este último”.

<sup>322</sup> MEINI MÉNDEZ, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus Subordinados*, op. cit., pp. 366ss.

<sup>323</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, op. cit., pp. 120ss.; y MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 505ss.

<sup>324</sup> FRISCH, W., “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, op. cit., pp. 111ss.



que sean los terceros quienes se preocupen de reducir las dificultades resultantes de ese ejercicio<sup>325</sup>.

Aplicado lo anterior al caso del dirigente, resulta usual en el ámbito empresarial que se designen personas para determinadas tareas y que la entrega de competencias en el ámbito de esas designaciones pueda, eventualmente, generar peligros para terceros, razón por la cual deben tomarse las medidas de cuidado pertinentes, a fin de conjurar dichos peligros. En caso de que no sea posible la adopción de tales medidas, entonces deberá concluirse que la acción se encuentra prohibida por creación de un riesgo desaprobado. Así también, cuando se pretenda constituir relaciones duraderas, o una configuración estable de organización, entonces se deberán realizar acciones de renovación periódicas, de lo contrario se entenderá que existe un creación de un riesgo desaprobado<sup>326</sup>.

Analizadas las distintas fuentes de la posición de garante y de la comisión por omisión como forma de explicar el grado de responsabilidad del superior jerárquico de la empresa por los delitos cometidos por los subordinados, puede concluirse que la configuración de esa posición de garante y de los demás criterios que deben acompañar esa posición, resulta compleja. En efecto, es palpable que en esta materia se procura encontrar soluciones que se ajusten en mayor medida a los fines de justicia material que también persigue el Derecho penal, sin embargo, es claro también que en estas materias se camina sobre una línea peligrosa, en la que habrá que constatar, a veces, que, a fin de no extender de manera inapropiada los principios penales generales y las instituciones, no será posible establecer responsabilidades individuales.

## 2.6. Particularidades de la autoría y participación en delitos especiales

En general, podría decirse que el mayor problema en torno a los delitos especiales en el ámbito empresarial no se plantea en relación con los especiales impropios -en los que las cualidades de autoría no se establecen con el fin de servir de fundamento a la pena- sino con los especiales propios -que no tienen un correlato con otros tipos penales comunes-. En el caso de los delitos especiales impropios habrá, por tanto, la posibilidad de solucionar un posible problema de autoría recurriendo al tipo común. En los delitos especiales propios, en cambio, de no existir norma legal que contenga la posibilidad de castigar como autor a quien no reúna los requisitos o cualidades especiales requeridos por el tipo penal, entonces deberá estimarse la conducta impune<sup>327</sup>.

Por ello, el tratamiento de la autoría y participación está íntimamente emparentado con la cláusula ya tratada anteriormente, relativa a las actuaciones en lugar de otro y que se encuentra recogida en el art. 31 CP<sup>328</sup>. Con ello se ha dado solución a un sensible vacío de punibilidad que afectaba a todos aquellos supuestos en los que quien realizaba el delito era un dirigente de la empresa que no reunía las cualidades típicas, que sólo confluían en la persona jurídica. La solución, por tanto, se plantea en relación con la falta de tipicidad

---

<sup>325</sup> *Ibidem*, pp. 112s.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>327</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 207.

<sup>328</sup> Respecto del análisis de la cláusula de actuación en lugar de otro, véase *supra*.

que impedía considerar autores a los administradores que, realizando la acción típica, no reúnen las cualidades subjetivas del tipo<sup>329</sup>.

Sin embargo, el problema de la determinación de la autoría y la participación sigue presentándose cuando no es el administrador de la sociedad quien realiza materialmente el delito, sino que se trata de un subordinado que tampoco reúne las cualidades exigidas por el tipo penal ni puede ser calificado como autor por aplicación de la cláusula contenida en el art. 31 CP<sup>330</sup>. El interrogante gira en torno a si el acto cometido se entenderá impune, como ocurriría, por ejemplo, si el delito fuese cometido por el asesor fiscal de la empresa. Las opciones, en tal caso, deben ser también encauzadas de una manera similar a los delitos comunes, en el sentido de distinguir si ha habido o no un comportamiento activo por parte del administrador de la sociedad que pueda justificar la aplicación de las teorías que se han contemplado en dicho caso.

Una primera cuestión que debe ser considerada en el análisis de la autoría en relación con delitos especiales propios, es que en la cláusula de *actuación en lugar de otro* del art. 31 CP, se ha incluido junto a la figura del administrador de derecho la del administrador de hecho, lo que podría ampliar significativamente el campo de posibles autores del delito en cuestión. De esta forma, podría llegarse a entender como autor a quien, no teniendo un nombramiento formal, ostenta en los hechos la conducción de la entidad, pudiendo incluso, para alguna doctrina, entenderse también como autor a quien posee una parcela delimitada de competencia y poder dentro de la organización<sup>331</sup>. Sin embargo, lo anterior no podría aplicarse, desde mi punto de vista, a cualquier sujeto ejecutor de la conducta típica sin caer con ello en los innumerables problemas ya tratados con ocasión del análisis de las limitaciones desde la teoría de la tipicidad. Por ello, la cuestión sigue planteándose en relación con aquellos delitos especiales cometidos por un subalterno sin poder de decisión acerca de los destinos de la entidad o, por lo menos, de una parte significativa de ella.

Lo anterior nos lleva, por tanto, a analizar todos aquellos supuestos típicos en los que el administrador ha intervenido activamente aunque no ha tomado parte en la ejecución de la acción típica, debiendo distinguirse en función de si el ejecutor material ha actuado o no responsablemente. Si el ejecutor no fuera responsable debería concluirse que se trata de un instrumento en manos del *hombre de atrás*, y por lo tanto, cabría considerar al superior jerárquico como autor, pues reúne las cualidades exigidas por el tipo configurándose, por tanto, una autoría mediata clásica<sup>332</sup>.

Por otro lado, si el ejecutor ha actuado responsablemente, podría pensarse en la eventual impunidad del hecho, por cuanto, al tratarse dicho subordinado ejecutor de un sujeto plenamente responsable, su actuación puede ser estimada como propia de un autor, sin embargo, por no reunir los requisitos típicos no podría ser calificado como tal -a menos, claro, que pueda encajar en la figura del administrador de hecho-. En esa medida, a lo más podría ser calificado como partícipe de un acto en el que el superior jerárquico calificado no ha tomado parte. Luego, por aplicación del *principio de accesoriedad*, al no poder

---

<sup>329</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 516ss.

<sup>330</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 207.

<sup>331</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 393.

<sup>332</sup> En el mismo sentido, NUÑEZ CASTAÑO E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 208.

ser considerado autor el superior, la conducta del partícipe debe ser estimada impune necesariamente<sup>333</sup>.

Ante la eventual impunidad, nuevamente se levantan voces que buscan dar una solución, y que se inclinan por la posibilidad de utilización de un subordinado ejecutor que actúa dolosamente, es decir, de un *instrumento doloso no cualificado*<sup>334</sup>. Pero a tales proposiciones se enfrentan las objeciones clásicas relacionadas con la incompatibilidad entre instrumento ejecutor doloso responsable y la autoría mediata. Por otro lado, se ha planteado también como solución la consideración del ejecutor responsable que ha seguido las instrucciones y, en definitiva, ha ejecutado el plan orquestado, por ejemplo, por el Consejo de Administración, como un cooperador necesario, en tanto, es consciente de que coopera en el delito planificado por otros, en especial cuando cuenta con específicos conocimientos - por ejemplo, en contabilidad respecto de un delito fiscal-, que resultan relevantes para el éxito en la comisión del hecho delictivo<sup>335</sup>. Para los que han planificado y organizado el delito, en tanto, deberá pensarse en una autoría o una coautoría, aunque no intervengan en la fase ejecutiva del plan<sup>336</sup>.

Por fin, para los supuestos en que no se observa un comportamiento activo del órgano directivo, es decir, cuando nos encontramos en el ámbito de la comisión por omisión atribuible al superior jerárquico por delitos especiales cometidos por el subordinado, habrá que considerar si es posible estimar al órgano directivo como *intrañeus*, de acuerdo con el art. 31 CP. Para ello, debe analizarse no sólo el estatus formal que tiene el administrador, sino además si la conducta a evitar se encuentra dentro del ámbito competencial del órgano, es decir, si el control y vigilancia de los posibles peligros para el bien jurídico están dentro de las obligaciones del administrador. En tal caso, el dirigente será considerado responsable en la medida en que pudo y debió evitar la lesión del bien jurídico, por cuanto estaba dentro del ámbito de dominio de tal sujeto<sup>337</sup>. En consecuencia, no se analizaría la determinación de la responsabilidad del ejecutor material, pues el superior mantiene un deber residual de vigilar el correcto funcionamiento de la empresa y del comportamiento de sus subordinados. En este contexto este tipo de responsabilidad no debería ser limitada únicamente a los casos en que el subordinado sea sancionado penalmente<sup>338</sup>.

Lo anterior, implica también analizar si el art. 31 CP contempla la posibilidad de considerar autor al órgano directivo en comisión por omisión. Al respecto, NUÑEZ<sup>339</sup> se inclina por estimar que ello es posible, por cuanto el administrador ostenta una posición de garante, dentro del ámbito de sus competencias, frente a las fuentes de peligro, debiendo entenderse, además, que el ejecutor subordinado debe ser calificado como cooperador necesario, en tanto su actuación es imprescindible para que se produzca la lesión del bien jurídico.

---

<sup>333</sup> MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, op. cit., p. 470; y NUÑEZ CASTAÑO E., *ibídem*, p. 208.

<sup>334</sup> ROXIN C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, op. cit., pp. 280ss.

<sup>335</sup> MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", op. cit., p. 255.

<sup>336</sup> *Loc. cit.*

<sup>337</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 212.

<sup>338</sup> MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, op. cit., p. 476.

<sup>339</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit., p. 212.

La solución anterior, parece ser adecuada y nada obstaría a considerar que el art. 31 CP contemplara la comisión por omisión del administrador por los hechos cometidos por los subordinados.

### **3. Algunas conclusiones: limitaciones del modelo clásico de responsabilidad individual en el ámbito empresarial**

La experiencia en el ámbito de los delitos empresariales ha venido dando cuenta de la necesidad de hacer una serie de distinciones en las formas delictivas que se desarrollan a partir de la empresa. Así, por una parte, no podrá hablarse en los mismos términos respecto de actuaciones que son realizadas por el órgano directivo, y que constituyen un comportamiento activo, que respecto de aquellas en que éste se ha limitado a omitir una actuación esperable en la órbita de sus competencias. Se pone de manifiesto, por tanto, la multiplicidad de opciones que pueden darse en la empresa, pero que tienen como elemento común la inexistencia de actuaciones directas por parte de quienes o han ideado y planificado el delito o simplemente no han participado en forma alguna de él, pero tienen una cierta responsabilidad sobre lo que ocurra en su ámbito de competencia.

Las dificultades a que se ha visto enfrentada la doctrina en lo referido a los delitos económicos y empresariales la han obligado a determinar cómo y desde dónde comenzar a establecer las responsabilidades individuales. Por ello, se ha pasado de la tendencia a establecer las responsabilidades en los cargos inferiores de la empresa (*bottom up*) para, posteriormente, dar paso a los esfuerzos por establecer la responsabilidad de los que se encuentran en los puestos más altos de la organización, postura coincidente con las teorías más arriba expuestas.

A la primera alternativa, esto es, al traslado de la responsabilidad “hacia abajo”, pueden hacerse varias objeciones, en especial, desde la perspectiva de los efectos preventivos de la pena, por cuanto el que se encuentra al final de la cadena productiva, por efecto de la división del trabajo y por la poca información que recibe, no llega a comprender el significado de su acción, por lo que los fines de la sanción se ven frustrados ante el mismo. Por otro lado, quien ha ejecutado la conducta lesiva tampoco alcanza a contar con herramientas reales y eficaces para resistirse a las conductas irregulares que se encuentran enraizadas en la empresa o, en palabras de SCHÜNEMANN, a la “actitud criminal de grupo”<sup>340</sup>. En este contexto, el sujeto considera que no es él quien delimita y configura el hacer en el interior de la empresa, desarrollando su comportamiento dentro del contexto de los principios de obediencia y fidelidad a la sociedad en la que labora. Por último, la eficacia de la norma frente a las conductas sancionadas disminuye seriamente, cuando se adiciona al escenario recién expuesto, el dato de que los sujetos sobre los que recae la sanción son, generalmente, fungibles -por pertenecer a un círculo de personas que no reúnen conocimientos especiales que tiendan a hacer difícil su reemplazo- que al ser sustituidos, no eliminarán la conducta desviada por lo que, el efecto de la norma y su eficacia terminan siendo muy restringidas<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, op. cit., pp. 531s.

<sup>341</sup> *Loc. cit.*

Luego, las teorías que se han desarrollado más arriba y que se mueven en torno a la responsabilidad del superior jerárquico, se enmarcan en la tendencia que se ha venido imponiendo en el último tiempo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, esto es, la responsabilidad de “arriba hacia abajo” (o *top-down*). Por su ámbito de acción, las mismas buscan determinar, en primer lugar, la responsabilidad que le cabe a los órganos directivos de la empresa más que aquella que le corresponde al sujeto ejecutor material de la conducta típica, en el entendido de que la primera es la realmente relevante para el Derecho penal y para los fines de la pena.

Estas vías para establecer la responsabilidad penal del directivo parecen acertadas, por cuanto se trata de ámbitos delictivos en los que los que tienen mayor injerencia en la comisión de conductas desviadas que conducen al resultado típico, son los que se encuentran en la cúspide de la estructura por detentar a la vez un dominio mayor del plan general de los procesos empresariales. Sin embargo, no puede desconocerse que se trata éste de un terreno espinoso, como lo demuestra la importante cantidad de opciones que ha debido idear la doctrina para captar estos comportamientos que, como antes se señalara, no participan directamente en la ejecución del delito.

Sin duda esa disparidad de opciones da cuenta de que las dificultades siguen siendo importantes para determinar quiénes son los verdaderos autores de los actos penalmente relevantes. Ello pues, como ya se ha dicho anteriormente, el delito cometido a partir de la empresa es una realidad compleja que se construye a partir de actuaciones conjuntas en las que, las más de las veces, resulta en extremo difícil determinar una responsabilidad única radicada en ciertos sujetos individualmente considerados. Esto es lo que puede conducir, como en ocasiones ocurre, a establecer responsabilidades en determinados sujetos pero alejándose de la verdadera naturaleza colectiva que se esconde detrás de ciertos delitos empresariales.

En efecto, la búsqueda insistente de la responsabilidad del superior jerárquico puede llevar a obviar la posible existencia de una *irresponsabilidad penal organizada*. En ella incide, en ciertos casos, el tamaño de la empresa que puede transformar y hacer mutar ciertos principios que se consideran pilares del proceso productivo, como ocurre con el principio de jerarquía. Así, en las grandes sociedades no se habla ya, como señala SCHÜNEMANN, de dominio de la acción sino de dominio de la *coordinación* por cuanto la labor del dirigente de la entidad ya no se corresponde con un poder total sobre el proceso empresarial<sup>342</sup>. En estos casos, se habla más bien de un poder de coordinación y, por tanto también, de un *dominio de coordinación*, que supone que el superior posee un control o poder en el que se reemplaza la jerarquía por este último concepto. Ello puede significar que la forma en que se estructura la empresa no gire en torno a un conocimiento omnímodo por parte de los órganos de dirección, sino a un poder de instruir en términos muy generales, con el consiguiente detrimento en el control real sobre la estructura<sup>343</sup>. Esa *irresponsabilidad penal organizada* implicará también que se vayan produciendo desviaciones en las actuaciones particulares de los miembros de la entidad, lo que desemboca en una imposibilidad de determinar a quién y en qué forma puede serle imputado un comportamiento

---

<sup>342</sup> SCHÜNEMANN, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., p. 16.

<sup>343</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit., p. 4.

relevante penalmente. Esa dificultad de captar todas aquellas irregularidades que se presentan en su funcionamiento genera huecos de impunidad<sup>344</sup>.

Todo lo anterior da cuenta de que, en este ámbito de estudio, se generan anomalías mayores que en otros campos de la delincuencia, por lo que no será difícil detectar espacios en los que se desarrollen conductas desviadas que no serán abordadas debidamente por el Derecho penal, por cuanto no son imputables a sujetos específicos, sino el resultado de una mala política de empresa o de una defectuosa aplicación de los mecanismos organizativos y de funcionamiento de la misma<sup>345</sup>. Esa dinámica empresarial implica, en ocasiones, que la información global acerca del funcionamiento de la empresa que recibe el directivo sea reducida y, por lo mismo, no resultará difícil imaginar que las decisiones de los dirigentes puedan ser manipuladas por quienes sí poseen una información mayor, por lo menos en el ámbito en que ejecutan las órdenes, como es el caso de los mandos intermedios<sup>346</sup>.

Por otro lado, es claro también que la responsabilidad no debe centrarse en los escalones más bajos de la cadena empresarial. Ello, por cuanto las teorías que centran el análisis de la autoría en los sujetos que ejecutan la acción típica no consideran que tales sujetos sólo se limitan a cumplir órdenes sin tener que ver con las decisiones de la empresa, olvidando a quienes ordenan, planifican y controlan el suceso delictivo y que, por tanto, deberían soportar el peso de la pena. Lo anterior, ya sea porque han decidido y planificado la conducta que otro ha ejecutado<sup>347</sup>; bien porque sobre éstos recae la responsabilidad de conducir ordenadamente la actividad empresarial de manera de evitar la lesión de bienes jurídicos ajenos o, porque simplemente los actos ejecutivos, por lo general, no tienen relevancia penal en sí mismos, sino en la medida en que se miren dentro de un contexto delictivo mayor<sup>348</sup>.

Sin embargo, también debe ser contemplada con distancia y cautela la tendencia contraria, esto es, la de apreciar la responsabilidad hacia arriba, en la medida en que pueda conducir al establecimiento de una responsabilidad objetiva del directivo de la empresa. Lo anterior obliga, por tanto, a un análisis del ámbito real de conocimiento y control que detenta el superior respecto del acontecer empresarial o a realizar las necesarias matizaciones que caben en este campo. Esas matizaciones pasan, en mi opinión, por distinguir los diversos comportamientos observables en los dirigentes. Así, habrá que diferenciar entre aquellos supuestos en que se ha ordenado activamente por parte del dirigente la realización de una conducta antijurídica, de otros en los que simplemente se ha infringido un deber especial, que ha desembocado en un resultado típico o, por fin, de aquellos en que habiéndose infringido un deber no puede concluirse, sin embargo, que en el directivo la

---

<sup>344</sup> PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", op. cit., p. 163.

<sup>345</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes del trabajo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-10, 2008, p. 10.

<sup>346</sup> SCHÜNEMANN, B., "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación", op. cit., pp. 11s.

<sup>347</sup> MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", op. cit., pp. 214s.

<sup>348</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Societas delinquere potest", op. cit., p. 2.

información, competencia y control haya sido suficiente para estimar que concurre en él responsabilidad penal.

Dentro del marco anterior, las teorías que buscan construir una coautoría, pueden alejarse de la realidad de los procesos empresariales, en tanto las decisiones, en términos generales, no se estructuran sobre la base de intervenciones conjuntas y paritarias o, en definitiva horizontales entre ejecutor y superior jerárquico, sino sobre la base de órdenes e instrucciones, que pueden cumplirse o no, por parte del primero –pues claramente el ámbito de decisión personal es más amplio que en otras organizaciones jerárquicas-. Por tanto, si bien parece una solución aceptable para casos en que existe un comportamiento activo por parte del directivo, lo cierto es que no alcanza a dar cobertura a un importante espectro de supuestos delictivos cometidos a partir de la empresa.

Por su parte, el dominio de organización ofrece una visión más cercana de la realidad empresarial pero establece requisitos que la alejan del funcionamiento práctico de la misma, lo que ha obligado a flexibilizarlos de forma tal que se ha terminado por distanciar ostensiblemente sus adecuaciones a la empresa de la teoría original, hasta un punto en que ésta podría desvirtuarse de manera peligrosa. En el terreno de la participación, los problemas tienden a ser mayores, por cuanto en determinados casos, como en los delitos especiales, la impunidad se manifiesta como el más claro destino de los comportamientos desarrollados por los dirigentes.

Por último, en lo relativo a la comisión por omisión, ésta parece ser la alternativa que mejor ha captado el fenómeno delictivo empresarial, por cuanto parte de la base de los supuestos que son en realidad los más comunes, esto es, casos en que el órgano directivo no interviene activamente en la comisión del delito. En este sentido, se plantean interesantes propuestas a partir de las cuales es posible llegar a soluciones más ajustadas a los fines de justicia material. Sin embargo, aunque su utilización resulta adecuada y correcta, los peligros de una excesiva ampliación del concepto autor son reales y, ante ellos, es necesario reconocer los límites de sus beneficios aceptando, también, la posibilidad de que algunas actuaciones complejas no podrán ser captadas desde la lógica de la responsabilidad individual.

En síntesis, las distintas vías ideadas para tratar de establecer las responsabilidades penales individuales en supuestos de delitos cometidos en el seno de la empresa, ponen de manifiesto las dificultades reales con que se encuentran la dogmática y la jurisprudencia para calificar la criminalidad de empresa, en la que la actuación individual no alcanza a tener relevancia penal, si no es examinada a partir del “todo” de la acción colectiva. La única vía de solución posible pasa por tomar en cuenta esa dimensión colectiva, sin la cual se hace prácticamente imposible hacer responder a los mandos superiores.

Estas complejidades, sin duda, se harán más evidentes e incluso aumentarán a medida en que se produzcan mayores cambios sociales y tecnológicos<sup>349</sup>. Por lo tanto, enten-

---

<sup>349</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., p. 40. El tema está vinculado indisolublemente con la discusión actual en torno a las tecnologías y los riesgos para el Derecho penal. Al respecto véase, PÉREZ CEPEDA, A., “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal”, en AA. VV., Muñoz Conde, F. (dir), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, *passim*.

diendo la utilidad y necesidad de las figuras tradicionales de autoría y participación, debe reconocerse su dimensión individual y, consecuentemente, su imposibilidad de captar el fenómeno colectivo que se esconde en muchos delitos empresariales, para los que la RPPJ parece ser una respuesta más adecuada<sup>350</sup>.

---

<sup>350</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, op. cit, p. 3.



## SEGUNDA PARTE

### CONTEXTO HISTÓRICO E INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: FUNDAMENTO Y MODELOS REGULATIVOS

#### CAPÍTULO I. LA SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

Anteriormente me he referido a las limitaciones de las tipificaciones, así como de las instituciones de corte individual que intentan solucionar el problema de los delitos cometidos en el seno de personas jurídicas, especialmente los de las organizaciones complejas de tipo empresarial. Todas ellas, figuras propias del Derecho penal tradicional, y que fueron analizadas a propósito del sistema jurídico-penal español, pero muy comunes en otros países, como Chile. Las limitaciones de dichas instituciones son reales por cuanto tropiezan con dificultades para perseguir graves conductas en contextos colectivos<sup>351</sup>. Por lo mismo, su solución no puede surgir a partir de una actuación individual pues, entre otras cosas, el elemento subjetivo del delito se transforma en una tarea casi imposible de comprobar.

Ante las limitaciones del modelo "individualista" se hace necesario constatar la existencia de dinámicas comisivas en las que puede tener tanta relevancia la participación de las personas físicas como jurídicas y que revelan la necesidad de sancionar a ambas. El problema deriva del hecho de que, en algunas ocasiones, ese delito sólo puede ser explicado a partir de las actuaciones parciales de una serie de individuos que pasan a transformar las partes en un todo "colectivo"<sup>352</sup>.

Esta realidad criminal, muy en voga en el siglo presente, se ha intentado combatir por dos vías: a) la sanción paralela de persona física y jurídica; b) o bien sólo a esta última, como única forma de dar cumplimiento a los fines de justicia y prevención. Ello, por cuanto la sola sanción individual, en muchos casos suele ser el resultado del calculado traslado de responsabilidad que la empresa hace a las personas individuales que han actuado por ella<sup>353</sup>.

El fundamento de la sanción a la persona jurídica se ampara en dos órdenes de

---

<sup>351</sup> Aunque existen figuras que tienen rasgos que podrían ser asimilados con la empresa y, en este sentido, pueden ser captados por dichas instituciones. Este es el caso de las organizaciones criminales que presentan notas como el reparto de roles, la permanencia y la posesión de un fin propio (STS 28-10-1997). Sin embargo, otras, como el *grupo criminal*, del art. 570 ter CP, introducido por la LO 5/2010, no. Por otro lado, la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea social o penal, busca superar las dificultades en la persecución de las empresas. Véase al respecto D'ORAZIO, E., "Codici etici, cultura y responsabilità d'impresa", *Politeia*, XIX, 72, 2003, *passim*; PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, n° 2, p. 417.

<sup>352</sup> NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 38ss.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 355s.; DANNECKER, G., "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Penal*, n° 7, 2001, p. 46.

<sup>353</sup> HIRSCH, H., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", *ADPCP*, Fasc. III, Tomo XLVI, septiembre-diciembre, 1993, p. 1100.

argumentos: a) que la sola sanción a la persona física no puede resultar ni "justa" ni enteramente satisfactoria a la luz de los fines de retribución y prevención generales e, incluso, especiales, y b) que de no ser aplicada la sanción penal a la persona jurídica, la conducta resultaría simplemente impune<sup>354</sup>. Lo anterior resulta aún más patente cuando se trata de organizaciones complejas, como las grandes empresas<sup>355</sup>.

En especial la utilidad de la RPPJ queda de manifiesto en su capacidad de reforzar la organización y la prevención de delitos, haciendo que la comunicación entre los altos mandos directivos y los empleados sea más fluida y logrando comprometer al gran poder corporativo en el cumplimiento del Derecho<sup>356</sup>. Además la RPPJ acerca un ámbito de delitos que tiende a ser mirado desde los márgenes del Derecho penal, transformándolo en un componente menos marginal y más sencillo de ser captado por éste<sup>357</sup>.

En ese contexto, es cada vez mayor el número de países que han ido abandonando el principio de la irresponsabilidad penal de la asociación e incorporándose al principio *societas delinquere potest*<sup>358</sup>. Pero este cambio de paradigma ha sido complejo y lleno de obstáculos. Uno de los aspectos que ha incidido en la lentitud del cambio es que el reconocimiento de la capacidad delictiva de las entidades colectivas debe ser declarado expresamente por el legislador, mientras que el principio *societas delinquere non potest* no ha debido consagrarse jamás ni en la legislación española ni chilena, como tampoco en otras de raigambre continental, por su arraigo en nuestra cultura jurídica<sup>359</sup>.

En efecto, la existencia de un Código Penal estructurado sobre la base de una teoría del delito y el sujeto responsable de corte individualista, ha generado tradicionalmente la exclusión de las personas jurídicas como sujetos activos de delitos. Por ello, los intentos de dar un viraje en el Derecho penal hacia la concepción de las entidades colectivas como centro de imputación de responsabilidad penal pasan por establecer de modo expreso dicha intención en el texto de la propia ley, como efectivamente se ha hecho con la Reforma de 2010 del Código Penal español y la de 2009 de la legislación penal chilena.

---

<sup>354</sup> Agregan al respecto, PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", en *Íd.* (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, p. 5, que el estigma y la sanción de la ley penal prometen una mayor disuasión de la mala conducta corporativa y más oportunidades para la recuperación de activos y la indemnización, así como mayores posibilidades de reformas corporativas.

<sup>355</sup> Aunque dentro de estas organizaciones complejas la doctrina especializada incluye también a otras entidades configuradas a través de grandes estructuras como los Estados, y sus organismos. Ver en este sentido, *Ibidem*.

<sup>356</sup> NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 37s.

<sup>357</sup> WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, Second Edition, 2001, p. 14.

<sup>358</sup> Entre los más recientes del sistema continental europeo, justamente se encuentran España y Chile, de los más antiguos Holanda en 1976, Noruega en 1992 y Francia en 1994. Véase, con mayor detalle, DANNECKER, G. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 40. Para un análisis comparativo véase, AA.VV., Adam, S., Colette-Baseqz, N. y Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des personnes morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruxelles, 2008, *passim*.

<sup>359</sup> En este sentido RAMON RIBAS, E., "De las consecuencias accesorias", en AA.VV., Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Madrid, 2005, p. 654, señala: "Si el principio <<*societas delinquere non potest*>> no ha hallado plasmación escrita es porque ello ha resultado absolutamente innecesario, pues si algo es cierto, y no es frecuente encontrar certezas en esta disciplina, es que el Derecho Penal español, y aun en gran medida el Derecho penal continental europeo, es un Derecho Penal de orientación exclusivamente individual".

En el panorama internacional, las reacciones de los países pueden dividirse en dos grupos: a) los que han incorporado la sanción a la persona jurídica *motu proprio* y más rápidamente; y b) aquellos en los que las presiones internacionales han sido mucho mayores, por su resistencia a abandonar el principio de irresponsabilidad penal de la empresa<sup>360</sup>.

Entre los primeros se incluyen los países del *Common Law*, en los que la capacidad delictiva de las entidades se ha aplicado rápidamente debido, en gran medida, a la forma casuística y jurisprudencial de su Derecho lo que, sin duda, aporta mayor flexibilidad a sus instituciones jurídicas. Entre los segundos, los países del *Civil Law*, en los que el peso de la irresponsabilidad penal colectiva resulta más enraizada y profunda. En estos últimos la incorporación de las personas jurídicas como destinatarios de la sanción penal ha resultado lenta y compleja. Es el caso de España y Chile, por lo que el conocimiento acerca de la evolución de la RPPJ a nivel comparado resulta imprescindible.

A pesar de las distintas inclinaciones nacionales, debe advertirse que la brecha entre estos dos grupos es cada vez menor, atendido que en los países continentales con sistemas de codificación comienzan a ser una excepción aquellos que se siguen aferrando al principio *societas delinquere non potest*, como ya lo indicaba TIEDEMANN en 1996<sup>361</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión ha sido arduamente debatida en todos los países. Incluso en aquellos que han acogido más rápidamente la responsabilidad penal de las agrupaciones se ha dado una profunda discusión, quizá, justamente porque sus legislaciones han tendido a aplicar sistemas en los que la responsabilidad es imputada a la persona jurídica como tal, pero sólo en la medida en que -como se verá más adelante- se considera receptáculo de la voluntad de sus controladores, con la que se identifica<sup>362</sup>. Se trata, por tanto, de sistemas de cuño antropológico en los que la atribución de responsabilidad al ente mismo sigue pasando por los individuos físicos que la controlan. En tal medida, la discusión sigue estando vigente y algunos juristas de aquellos países siguen buscando formas de abandonar el paradigma antropocéntrico para abordar la realidad criminógena de la empresa de manera independiente (aunque relacionada) con la

---

<sup>360</sup> Aunque estas presiones han influido en países como España o Chile, lo cierto es que también países con larga tradición en la implementación de la RPPJ, como Inglaterra, han sido criticados por la estrechez de las disposiciones legales que permiten la imputación de responsabilidad a la corporación, lo que ha llevado a crear nuevas leyes en las que se amplía el sistema. Con mayor detalle, véase *supra* y WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 84ss., así como los reportes nacionales elaborados por la Comisión contra la Corrupción de la OCDE.

<sup>361</sup> TIEDEMANN, K., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Anuario de Derecho Penal*, 1996, p. 102. Debe indicarse, de todas formas, que, aunque hay países que optan por la sanción extrapenal, igualmente ellos abordan, a través de su Derecho administrativo sancionatorio, tal represión de los actos de las organizaciones, como es el caso de Italia. Para mayor detalle sobre el sistema adoptado en este país, véase, entre otros, DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", en Pieth, M. e Ivory, R., *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., *passim*.

<sup>362</sup> Este es el llamado "sistema de identificación", pero también comparte, en lo esencial este modelo, la "responsabilidad vicaria". Con mayor detalle véase WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 87ss. Lo mismo puede decirse en Estados Unidos, aunque por razones diversas, ya que la tendencia a abrir el abanico de responsables y flexibilizar los requisitos de imputación a la empresa hace surgir en algunos la duda respecto de la idoneidad del sistema vicarial. Se posiciona en este sentido NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", en Pieth, M. e Ivory, R., *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., pp. 85ss.

persona física<sup>363</sup>.

Siendo, por tanto, un tema político-criminal candente en el Derecho penal<sup>364</sup> en ambos tipos de sistemas, el proceso de superación de la situación de irresponsabilidad penal colectiva ha pasado por la reconsideración del rol de la persona jurídica en el mundo económico y también en la delincuencia actual.

La idea de que la personalidad jurídica juega un rol fundamental en la vida social y económica, cobra fuerza con el progresivo crecimiento y refuerzo de entes supraindividuales que operan en los distintos ámbitos de la vida social, pero también y principalmente en la vida económica<sup>365</sup>. En este proceso es clave el paso de la asociación de personas a la actuación como un solo ente<sup>366</sup>, que provoca especial conmoción en el último bastión que el Derecho aún mantenía como pilar de la responsabilidad individual<sup>367</sup>. A partir de ese momento, la discusión que comienza a tener mayor relevancia es la comisión, no ya individual del delito, sino desde personas jurídicas de gran envergadura y, especialmente, empresas<sup>368</sup>.

Esa nueva realidad ya no resulta abarcable a través de las figuras penales clásicas como la asociación ilícita -todavía anclada en los presupuestos del Derecho penal individualista-. Precisa la definición de nuevas figuras que reflejen las organizaciones en las que una serie de individuos realizan actuaciones parciales a partir de estructuras complejas, caracterizadas por la división del trabajo<sup>369</sup>.

El proceso de reconocimiento de esas nuevas figuras no avanza sin dificultades, entre las que destaca la concepción de la persona física como persona moral, esto es, como único ser capaz de entender y dirigir su voluntad de acuerdo a las normas<sup>370</sup>. Pero frente a ello gana terreno la conciencia de que la personalidad jurídica adquirida comporta para la entidades una serie de derechos y privilegios, además de un poder significativo, que no

---

<sup>363</sup> Tal es el caso de WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 87ss.

<sup>364</sup> De ello da cuenta el propio TIEDEMANN, K., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", op.cit., p. 100. En el mismo sentido, DANNECKER, G., "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 40 y NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 19.

<sup>365</sup> TIEDEMANN, K., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 101; WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op.cit., p. 74.

<sup>366</sup> Al respecto añade HIRSCH, H., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", op. cit., p. 1101, que en la época en que comienza hablarse del principio del *societas delinquere non potest*, la idea de corporación y de persona jurídica no existía ni en el ámbito jurídico ni en el económico, lo que explicaba en tal época la vigencia del principio. Fue sólo a partir de la configuración de la *universitas* en la época medieval cuando se produce un arduo debate en torno a la idea de un cambio de paradigma. Luego, es en el siglo XIX cuando la doctrina se manifiesta en contra de la punición de las personas jurídicas, por lo que éstas dejaron de ser sancionadas.

<sup>367</sup> PIETH, M., e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 5.

<sup>368</sup> HIRSCH, H., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", op. cit., p. 1100.

<sup>369</sup> AMBROSETTI, E., MEZZETTI, E., RONCO, M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli Editore, Terza edizione, Bologna, 2012, p. 38; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Societas delinquere potest", www.perso.unifr.ch, p. 2; DANNECKER, G. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 41.

<sup>370</sup> O como señala FOFFANI, L., "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral", *Revista General del Derecho Penal*, 10, 2008, p. 2, "La novedad más impresionante, para quien estaba acostumbrado a pensar en las categorías del delito como conceptos teológicos secularizados, es que se pueda castigar a personas sin alma".

siempre conlleva la necesaria contrapartida en obligaciones y cargas<sup>371</sup>. Y aunque la responsabilidad de la agrupación es observable en el Derecho civil, no encuentra en el Derecho penal el mismo eco.

Esa posición privilegiada de las grandes agrupaciones, principalmente en la vida económica, en muchas ocasiones puede conducir a que las mismas se encuentren pisando una delgada línea entre lo lícito y lo ilícito<sup>372</sup>. Ese peso en las decisiones económicas de las grandes corporaciones –también a nivel nacional– y su búsqueda del beneficio económico a toda costa las situará con frecuencia al filo de la legalidad, pero no necesariamente en el terreno delictivo. Y aun en ese supuesto, la complejidad jurídica de las normas que regulan su actuación hará que sea difícil su catalogación como delito y que los efectos dañinos de la misma puedan ser vistos como meros “accidentes”<sup>373</sup>.

Los “accidentes” ocurridos a propósito del desarrollo de la empresa post-fordiana y, en especial, aquellas que se han estructurado como organizaciones complejas han ido, indudablemente, en permanente crecimiento y su relevancia social ha sido cada vez mayor<sup>374</sup>. Ese aumento de la importancia que han adquirido los procesos productivos y empresariales, fuerza a pensar hasta qué punto resulta tolerable y deseable una sociedad tecnologizada y altamente productiva pero con un alto estándar de riesgo, con lo que el concepto de “accidente” comienza a ser enfrentado con nuevas herramientas por el Derecho penal, en el entendido de que es éste el que debe combatirlo<sup>375</sup>. Este es, por tanto, un factor que se ha tendido a contrastar con el desarrollo de la empresa<sup>376</sup>. Ciertamente, la admisión de la responsabilidad penal corporativa demuestra que los riesgos empresariales si bien se entienden parte de ese desarrollo, no son un coste que debería ser asumido

---

<sup>371</sup> WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., p. 22.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 10., señalando que los daños provocados por las grandes empresas constituyen un tipo de violencia criminal. Sin embargo, existe renuencia en los tribunales penales respecto de considerarlo como tal.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>374</sup> NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 38.

<sup>375</sup> TIEDEMANN, K., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 101. Cabe señalar, en todo caso, que se produce en el ámbito del Derecho penal una búsqueda de nuevas herramientas para la lucha contra modalidades de delitos que difieren de las ya conocidas tradicionalmente con un autor individual y que se derivarían de la concepción de que los “accidentes” no lo son en realidad o que, por lo menos, están relacionados con un ámbito de “riesgo” que debe ser enfrentado por el Derecho penal. Lo anterior ha sido, sin embargo, criticado. Así por ejemplo, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 44ss, señala que uno de los pilares que sustenta el Derecho Penal es el interés que muestra la sociedad en disminuir significativamente los riesgos, en minimizar la inseguridad y en obtener un control global, lo que conduciría a un Derecho penal de carácter más preventivo y a la vez más criminalizador, al recurrir al adelantamiento de las fronteras de protección penal. En el mismo sentido se plantea PÉREZ CEPEDA, A., *La Seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 314ss., quien señala al respecto que una de las características esenciales de la sociedad del riesgo es la imposibilidad de adelantarse a los riesgos, por su carácter esencialmente imprevisible y por basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas, lo que justificaría la intervención del Derecho penal en el control de esos riesgos.

<sup>376</sup>Respecto de la crisis entre la sociedad industrializada y el riesgo provocado por el desarrollo, se ha llegado a acuñar el término “sociedad del riesgo” por ULRICH BECK. Véase en detalle su obra *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, *passim*. En el medio español, véase BERIAIN, J., “De la Sociedad Industrial a la Sociedad del Riesgo”, *REIS*, nº 63, 1993, *passim*. Para un análisis de la teoría del riesgo y el Derecho penal, véase PRITTWITZ, C., “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en AA.VV., Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A. (coords.), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, *passim*.

enteramente por la sociedad sino, en gran medida, por la propia entidad que los provoca, y no sólo a nivel del Derecho de daños, sino también en el ámbito administrativo e incluso penal, como lo demuestran nuevas ramas que el Derecho criminal ha desarrollado, como la dedicada a la responsabilidad penal por el producto<sup>377</sup>.

No obstante la necesidad de dar una respuesta a esa nueva realidad corporativa, continúa ejerciendo especial influencia la concepción individualista del delito y el sujeto responsable, que entiende que los comportamientos de relevancia penal son el resultado de una mente individual. Partiendo de tal entendimiento, tanto la conducta, como la responsabilidad, la imputación, la pena, etc., son concebidos en una esfera individual, lo que dificulta en gran medida que esas actuaciones colectivas de la persona jurídica sean integradas en el Derecho penal tipificado, y aún más cuando los esfuerzos del mismo se siguen centrando en la responsabilidad individual, incluso cuando se trata de delitos corporativos<sup>378</sup>. Como señala WELLS la importancia de este sesgo individualista puede verse en varios planos: afecta a las ideas sobre el papel de las leyes penales; afecta a las definiciones de la conducta criminal; afecta a la aplicación de esas leyes al concepto colectivo representado por la corporación y, afecta a las percepciones acerca de las actividades a las que se aplican esas definiciones<sup>379</sup>.

De allí que, en gran medida, esas actuaciones penalmente relevantes sean frecuentemente contempladas en el ámbito administrativo<sup>380</sup>, o cuando se incorporan sean

---

<sup>377</sup> La gran apertura que el Derecho penal ha experimentado a propósito del desarrollo de nuevas formas delictivas ha sido, en todo caso, discutido y criticado, principalmente por adherentes a la Escuela de Frankfurt. En el medio español crítico respecto de la expansión del Derecho penal es SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, *passim*, mientras que en Alemania se pronuncia en contra HASSEMER, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en AAVV., *Pena y Estado*, Bustos Ramírez, J. (dir.), Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1995, *passim*. Un análisis de diversos aspectos de la responsabilidad por el producto en el ámbito penal, en AA. VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, *passim*. En el medio español, entre otros, destaca CORCOY BIDASOLO, M., "Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo", en *Derecho Penal del Siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, Consejo General del Poder Judicial, 2008, *passim*.

<sup>378</sup> Así, señala BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 21ss., que aún cuando se habla de delitos típicamente cometidos por empresas, sigue existiendo la tendencia a responsabilizar a sus directivos.

<sup>379</sup> WELLS, C. *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., p. 1. La respuesta individual del Derecho penal, ya había sido criticada por quienes se muestran a favor de una apertura del Derecho penal al fenómeno delictivo colectivo. Entre otros, SCHÜNEMANN, B., "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", *ADPCP*, Tomo 49, Fascículo/mes 1, 1996, quien señala expresamente, en la p. 199, que "El segundo elemento característico de la << sociedad del riesgo >> es la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada". El mismo punto también es relevado por QUINTERO OLIVARES, G., respecto de la regulación de la responsabilidad penal corporativa española. Véase del autor en análisis "La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal", en Bañeres, F. (dir.), *Incidencias de la reforma del Código penal: novedades en la parte general*, Curso de Formación Continuada a Fiscales, 2011, *passim*.

<sup>380</sup> En términos generales, HERZOG, F., "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo y regulación del riesgo", en *Crítica y justificación en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, op. cit., pp. 256ss., plantea la necesidad de actuar en dos polos aparentemente opuestos. Por una parte, se requiere dar protección a los consumidores, con lo cual se estaría también dando protección a la sociedad (en el entendido de que se tratara éste de un conflicto en el que el modelo fuera el mercado de la oferta y la

tipificadas en cuerpos normativos penales especiales. Esto es lo que ocurre en Chile con un sinnúmero de conductas, en especial, penal-económicas que se contemplan en leyes especiales que no resultan con frecuencia aplicadas en el ámbito judicial<sup>381</sup>. La opción por el Derecho administrativo sancionador es, en todo caso, la que muchos países del mundo codificado occidental ha tomado, entre ellos, Alemania, Reino Unido o Italia<sup>382</sup>. Así, se ha optado por una especie de "hibridismo" en el que se tiende a utilizar el Derecho administrativo sancionador para sancionar a las organizaciones complejas por los daños que producen tanto a nivel individual como social<sup>383</sup>.

Tras la opción por la vía administrativa puede vislumbrarse la oposición a aplicar penas criminales a seres carentes de "alma", como son las empresas y las entidades colectivas en general. Sin embargo, los riesgos y los daños que afectan a la sociedad han llevado a comprender que las organizaciones complejas no son meros transgresores de normas sino, en múltiples ocasiones, verdaderos delincuentes que deben ser sancionados con los instrumentos y la carga significativa que sólo la pena criminal puede tener. Por ello también se ha asumido una vía paralela, a través de la que se intenta una adecuación del Derecho penal de corte individualista<sup>384</sup> a la realidad criminógena de la empresa contemporánea<sup>385</sup>.

---

demanda). Lo anterior se lograría a través de la institucionalidad, la que debería estar encargada de asegurar la transparencia y la libertad de opinión, favoreciendo además a las organizaciones de protección de los consumidores. Como mecanismos extrapenales, plantea el autor, la necesidad de tomar modelos norteamericanos como los *punitive damages*, la *class action* y la superación de la clásica visión compensatoria del Derecho civil. Por otro lado, en este esquema también debería incidirse en la otra parte actuante en el mercado, es decir, en los oferentes, sobre los cuales, el autor plantea la necesidad de que se generen mecanismos y órganos de autoobligación y autocontrol de la economía, a través del modelo de la *Whistle Blower Protection*, asegurando de esta forma que las propias corporaciones establezcan mecanismos de tutela de la transparencia en el mercado. Por su lado, como se señaló en el cuerpo de este trabajo, según el autor, a los elementos anteriores habría que sumar la publicidad y la libertad de prensa como necesarios garantes de la transparencia. De este modo todos los factores antes citados, darían lugar a la existencia de verdaderos "avisadores" sociales del riesgo, dando lugar a la solidaridad social contra la irresponsabilidad organizada.

<sup>381</sup> Así, por ejemplo, el DFL n° 3 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 19.039 de Propiedad Industrial y la Ley n° 20.169 de 16 de febrero de 2007, que regula la competencia desleal. En ambos casos se trata, sin embargo, de la regulación de sanciones a nivel administrativo, no penal.

<sup>382</sup> En Inglaterra a través de los "regulatory offences", en Alemania a través de la Ley de Contravenciones al Orden, y en Italia a través del Decreto Legislativo n° 231. En todo caso, esta sería la apuesta que harían quienes se manifiestan en contra de la utilización del Derecho penal para prevenir los actos de sujetos individuales o jurídicos que se producen como consecuencia de la mayor intersubjetividad de las relaciones contemporáneas. Tal es el caso de HERZOG, F., "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo y regulación del riesgo", op. cit., p. 254: "El Derecho Penal no puede lograr la prevención del injusto estructural, sino sólo la manifestación del derecho intersubjetivo". Con ello el autor alude a que a partir de la injusta carga de riesgos a que da lugar la globalización, se producen lesiones a los bienes jurídicos, entendidos éstos como la vida, la salud, la propiedad y la libertad, y por ello no resulta tan extraño que surja la visión acerca de un Derecho Penal que pueda oponerse a los peligros y lesiones de la vida humana. Sin embargo, agrega el autor, el Derecho Penal no es un instrumento de "política estructural proactiva", sino que es reactivo y orientado a la responsabilidad individual.

<sup>383</sup> Señala FOFANNI, L., "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral", op. cit., p. 3, en lo relativo al "hibridismo" asumido en distintos ordenamientos, que: "allí donde se ha acogido la opción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Derecho penal ha tenido que renunciar (o cuanto menos adaptar) algunas de sus categorías tradicionales; mientras que donde se ha mantenido una responsabilidad administrativa, la tendencia ha sido la de recepcionar y adaptar modelos y formas de responsabilidad del Derecho penal".

<sup>384</sup> WELLS, C. *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit, pp. 15s.

<sup>385</sup> Así, por ejemplo en el medio español, MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-01, 2004, *passim*, ya indicaba

De hecho, a nivel social resulta cotidiana la designación de empresas como sujetos capaces de cometer delitos, por lo que la asunción del principio *societas delinquere potest* no resulta extraña ni ajena. Lo que realmente resulta extraño es que el Derecho penal no haya sido capaz, sino hasta hace muy poco tiempo, de adaptar sus instituciones para la sanción penal a las entidades colectivas<sup>386</sup>. La cuestión, entonces, es que existe una concepción social del delito corporativo<sup>387</sup> y de la persona jurídica como sujeto delictivo, pero la construcción jurídica aún se encuentra en ciernes y espera por su pleno desarrollo.

Por ello, la tarea actual en países que como Chile o España han asumido completamente la sanción penal como forma de prevenir y reprimir los comportamientos penalmente relevantes realizados en el seno de personas jurídicas, sigue siendo la de liberar a los delitos corporativos de las restricciones del Derecho penal tradicional, a fin de que las instancias del sistema penal asuman una aplicación menos marginal de la RPPJ, cuestión para la que antes debe existir un desarrollo adecuado por la literatura penal a fin de ofrecer un aceptable nivel de seguridad jurídica en la aplicación de la ley.

## CAPÍTULO II. ANTECEDENTES Y MODELOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS PAÍSES OCCIDENTALES

Resulta de especial relevancia analizar la impronta del Derecho civil en el Derecho penal y especialmente en la responsabilidad penal corporativa; los modelos alternativos en Derecho comparado -tanto de los ordenamientos pertenecientes al *Common Law* y como al *Civil Law*-; así como los sistemas legislativos en que se han desarrollado tales modelos. Ello, por cuanto sólo a través de este análisis resultará más fácil conocer y entender mejor los obstáculos y las decisiones que se han adoptado en relación con la responsabilidad penal corporativa en Chile y España. Ambos son países que, como parte de los ordenamientos pertenecientes al *Civil Law*, presentan dificultades y reticencias a la adopción y reconocimiento de la capacidad delictiva de las personas jurídicas, de allí que sean parte de los últimos ordenamientos en adoptar tal responsabilidad penal corporativa.

Las condicionantes han sido, por tanto, compartidas, pues ambos países sostenían la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas con fuerza. Además ambos países, como se verá en el apartado siguiente, comparten también en el proceso de adopción del principio *societas delinquere potest* la influencia preponderante de los factores externos y de las presiones internacionales, lo que también explica que, en un período más o menos breve, se pase del abandono de un principio a la adopción del opuesto.

---

que la responsabilidad penal sólo podía ser imputada a las personas físicas, aunque reconocía la necesidad de aplicar sanciones a las personas jurídicas a través de una tercera vía de sanción.

<sup>386</sup> A esta adaptación del Derecho penal a las nuevas realidades criminales, como la que se deriva de las entidades colectivas hace referencia QUINTERO OLIVARES, G., "La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA.VV., Morillas Cuevas, L. y Cruz Blanca, M. J. (coords.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009, *passim*.

<sup>387</sup> WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op, cit., p. 16.



## 1. La raíz civilista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Resulta incontrovertido que la RPPJ encuentra su base en las teorías de cuño civilista para las que la institución de la personalidad jurídica resulta fundamental<sup>388</sup>.

Desde los comienzos del debate acerca de la personalidad jurídica de las entidades supraindividuales el principal ámbito en el que fueron discutidas fue el Derecho civil. Así, desde el paso del Derecho romano al canónico, en la época medieval, se discute acerca de la necesidad de otorgar realidad y, por tanto, responsabilidad a las agrupaciones. No conocidas en el Derecho romano, por cuanto tampoco lo era el concepto de persona jurídica, pasaron a serlo en el Derecho canónico como *universitas*, según terminología aplicada por los canonistas a la Iglesia<sup>389</sup>. De esta forma se da lugar a la posibilidad de sancionar a la asociación de personas. Sin embargo, tal sanción fue perdiendo apoyos en la época moderna hasta que a finales del siglo XVIII, desaparece la sanción penal a la persona jurídica ante los reclamos provenientes del mundo académico que declaraban que la sanción penal sólo podía ser aplicada a las personas individuales, únicas capaces de entender el significado y fin de la pena, entendido como reproche personal por la actuación ilícita realizada<sup>390</sup>.

A partir de ese momento la cuestión se radica en sede civil. Ello por cuanto la persona jurídica había adquirido creciente importancia en la vida económica, lo que explica su rápido traslado al ámbito jurídico. En el Derecho civil, por tanto, comienzan a incubarse las teorías que buscan no sólo dar reconocimiento legal a las agrupaciones de personas constituidas conforme a la ley, sino también fundamentar la responsabilidad de las mismas ante la producción de daños a particulares.

En esta sede se desarrollan fundamentalmente dos teorías en torno a la persona jurídica. Por una parte, la teoría de la "ficción" y, por la otra, la de la "realidad". Aunque las teorías pudieran ser entendidas como opuestas –como podría desprenderse de sus respectivas denominaciones–, lo cierto es que, en el ámbito de la responsabilidad penal colectiva, estas dos posiciones responden a una misma manera de ver a la persona jurídica. En ambos casos las teorías parten de una visión antropomórfica que es

---

<sup>388</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 6. En el mismo sentido, PALIERO, C., "Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano", en Hurtado Pozo, J. et. al. (coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, quien desarrolla los posibles modelos penales de responsabilidad de la persona jurídica a partir de las teorías de la "ficción" o de la "realidad" de carácter civil.

<sup>389</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 47.

<sup>390</sup> Ligeramente distinta es la posición de HIRSCH, J., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", op. cit., p. 1102, quien señala que a mediados del siglo XVIII casi todos los manuales reconocían la punibilidad de las personas jurídicas, situación que sólo comenzó a cambiar a comienzos del siglo XIX cuando se presenta una corriente contraria a esa punibilidad. Dicho cambio se habría producido por la presentación de un pequeño escrito del profesor Malblanc, titulado *Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes*, en el que se reiteran observaciones que anteriormente ya se habían hecho y que se referían a la naturaleza del delito y de la pena, que hacían inadmisibles una pena para las asociaciones. Pero según HIRSCH la verdadera razón del triunfo de la posición contraria a esta responsabilidad era que los procesos contra las corporaciones eran cada vez más infrecuentes, porque el poder de los señores era, paralelamente, cada vez mayor.

trasladada al Derecho penal<sup>391</sup> bajo otras formas, que posteriormente se analizarán, con las consiguientes consecuencias y dificultades a la hora de justificar la pena criminal a la persona jurídica.

Por una parte, la teoría de la "ficción", creada por Savigny en su obra *Traité de Droit Romain*, se centra en la persona individual como único sujeto "real" capaz de ser titular de derechos. Por ello bajo esta óptica el concepto de persona a nivel jurídico debe ser coincidente con el de persona física. De este modo, las únicas personas existentes en el mundo real son las personas físicas, mientras que las personas jurídicas son creaciones artificiales del legislador que deben su existencia al interés social que despiertan en la comunidad.

En el caso de la persona jurídica, se trata ésta de una creación del Derecho, a la que se le han asignado funciones y prerrogativas para el normal funcionamiento de los individuos que, así, se han agrupado bajo el paraguas de aquélla. Luego, la persona jurídica no es más que una simple "ficción" creada por el Derecho positivo, en suma, una creación del legislador<sup>392</sup>. La personalidad jurídica es sólo un concepto asignado a una agrupación de personas en un momento dado, pero se es persona jurídica porque el Derecho o, específicamente, porque el legislador así lo quiere. De este modo, el legislador no sólo puede someter la creación y vigilancia de las personas jurídicas a la autoridad, sino que también, y según el caso, podrá quitarles su personalidad e incluso disolverlas. La utilidad pública es el criterio que subyace tanto a la decisión de creación como de disolución de las personas jurídicas<sup>393</sup>.

Bajo esta premisa, la persona jurídica jamás podrá tener el mismo tratamiento que la persona natural, como corrobora el hecho de que las agrupaciones constituidas legalmente deban actuar a través de personas naturales que ejercen como sus representantes legales en la vida social y jurídica<sup>394</sup>.

Extrapolando lo anterior a la realidad de las organizaciones empresariales, son personas físicas las que actúan a través de las jurídicas, y su cerebro serán sus altos directivos, mientras que sus empleados serán sus miembros. En suma, siempre personas físicas que manifiestan el querer, la voluntad y los objetivos de un ser que no tiene existencia real. Desde esa perspectiva, las actuaciones de la organización no son más que la manifestación externa de los actos realizados por quienes realmente tienen el dominio sobre la gestión y las metas de la entidad.<sup>395</sup>

En este sentido, la huella de esta visión civilista de la personalidad jurídica puede ser apreciada en aquellas teorías de la RPPJ que la condicionan a la existencia, identificación y actuación de las personas físicas que dominan o controlan la entidad. Son

---

<sup>391</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 6.

<sup>392</sup> ABOSO, G. y ABRALDES, S., *Responsabilidad de la personas jurídicas en el Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2000, pp. 10ss.

<sup>393</sup> PALIERO, C., "Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano", op. cit., p. 113.

<sup>394</sup> ABOSO, G. y ABRALDES, S., *Responsabilidad de la personas jurídicas en el Derecho penal*, op. cit., p. 11.

<sup>395</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 61.

estas personas quienes realmente tienen el control total de la entidad y, por tanto, se identifican con ella. Se trata de que la conducta ilícita proviene de las personas que representan el cerebro de la persona jurídica y, en tal medida, dirigen también la voluntad de la misma<sup>396</sup>.

Como respuesta a las teorías que niegan la personalidad de las agrupaciones surgieron posiciones, principalmente en el Derecho público, que buscaban, por una parte superar las deficiencias de la teoría de la "ficción" y, por otra, explicar principalmente la personalidad que reviste el Estado como ente soberano. Dichas posiciones fueron luego llevadas, gracias al desarrollo de la teoría de la "realidad" de Gierke, al campo del Derecho privado<sup>397</sup>.

De acuerdo con dicha posición la corporación es una persona real que se forma a partir de la reunión de seres humanos organizados para la consecución de fines, pero que trasciende las voluntades e intereses particulares para formar una voluntad y una acción que va más allá de la suma de las voluntades que participan del ente, constituyendo una voluntad nueva y distinta de aquéllas. Bajo este prisma, existiría una individualidad propia de la persona jurídica que no es, en modo alguno, accesoria a la de sus integrantes humanos y que se expresa a través de una voluntad colectiva que produce efectos en el mundo social y jurídico. Esta voluntad social propia es la que explica la subjetividad jurídica<sup>398</sup>.

Conforme a esa visión de la persona jurídica, la entidad social consistiría en un "organismo", en el sentido de un conjunto o un todo compuesto de partes u órganos, cuyo funcionamiento combinado constituye a la vez el funcionamiento del todo<sup>399</sup>. En esta medida se reconoce que la persona jurídica tiene capacidad autónoma de actuar en el mundo jurídico identificándose, además, con la idea de una organización de tipo "antropomorfa"<sup>400</sup>. Por ello, la agrupación tiene personalidad jurídica por derecho propio en tanto persona para el Derecho. En suma, si el organismo es capaz y efectivamente realiza actos jurídicos y de ellos se derivan derechos y obligaciones, entonces la persona jurídica es el ente generador de dichos actos, derechos y obligaciones, en tanto tiene existencia por sí misma. Por ese motivo merece el reconocimiento y el amparo del Derecho<sup>401</sup>. Por otro lado, especialmente importante en esta teoría es el concepto de voluntad que se agrega al de organismo y existencia jurídica. Se trata, en definitiva, de un ente supraindividual<sup>402</sup>.

---

<sup>396</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 6.

<sup>397</sup> ABOSO, G. y ABRALDES, S., *Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal*, op. cit., p.14.

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>399</sup> Agrega BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 67, que la teoría elaborada por Gierke sobre el "organismo" también es aplicada al individuo por lo que, en realidad, se trata de un "concepto superior" en el que existe una vida, integrada por un cuerpo y un alma, que se puede expresar a través de su voluntad.

<sup>400</sup> PALIERO, C., "Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano", op. cit., p. 116.

<sup>401</sup> ABOSO, G. y ABRALDES, S., *Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal*, op. cit., p. 15.

<sup>402</sup> HIRSCH, J., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", op. cit., pp. 1102s., señala que como resultado de la adopción de la teoría de Gierke, se reconoció la capacidad de delinquir de las asociaciones, tanto en el Derecho civil como en el contravencional, con excepción del Derecho penal, en el

La teoría de la "realidad" puede reconocerse en aquellos sistemas que consideran a la persona jurídica como responsable subsidiario (*vicariously liable*) de la responsabilidad individual por los daños civiles ocasionados. Sus elementos fundamentales fueron desarrollados a partir de la jurisprudencia, que toma la doctrina del *alter ego* y de la "identificación"<sup>403</sup> como pilar fundamental, para ser luego trasladados al Derecho de daños en el que se comienza a considerar que la empresa no es sólo responsable por los actos de sus "sirvientes" sino también por los propios<sup>404</sup>.

En el ámbito penal, esta teoría también se observa en los sistemas de responsabilidad vicarial<sup>405</sup>, que atribuyen responsabilidad a las personas jurídicas por delitos cometidos por personal de alta dirección y de menor rango de la entidad, considerados vehículos de expresión de la voluntad de aquéllas. También es posible reconocerla en modelos como los de "agregación" y en los "holísticos" ("organizacionales" o "integrales"). En el primer caso, entendiendo la suma de voluntades como el fundamento y origen de la voluntad común; en el segundo, a partir de la convicción de que existe un funcionamiento supraindividual de la corporación, en el sentido de una vida autónoma propia de un organismo independiente de las personas que lo forman y que, en esa medida, realiza tanto conductas lícitas como desviadas<sup>406</sup>.

## 2. La exigencia de responsabilidades en Derecho comparado: modelos de *Common Law* y *Civil Law*<sup>407</sup>

Como ya se había planteado anteriormente, el ritmo en la introducción de la RPPJ en las distintas jurisdicciones ha sido distinto. Mientras las de origen anglosajón tienden a reconocer más tempranamente este tipo de responsabilidad penal, las que se encuadran en el patrón continental europeo tardan en reconocerlo. Quizá la mayor rapidez del proceso de adopción de la responsabilidad penal colectiva en el primer supuesto se deba, en parte, a la paralela rapidez con que se desarrolla el fenómeno industrial y del transporte en los países anglosajones, que da lugar a la exigencia de contar con

---

que siguió creyendo que no existía capacidad penal, contraviniendo con ello la doctrina dominante. Sin embargo, penalistas de renombre como Von Liszt o Ernst Mayer se manifestaron a favor de dicha capacidad.

<sup>403</sup> Respecto de la teoría de la identificación, así como de la teoría organizacional, véase GRONDIN, R., "La responsabilité pénale des personnes morales et la théorie des organisations", *Revue Generale de Droit*, n° 25, 1994, *passim*.

<sup>404</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", *op. cit.*, pp. 48s.

<sup>405</sup> En el ámbito civil, véase CODERCH, P. *et. al.*, "Respondeat superior I", *Indret*, n° 2, 2002, *passim*.

<sup>406</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", *op. cit.*, p. 22.

<sup>407</sup> Como ha podido observarse, tanto en el apartado anterior como en el presente, la división de los modelos y sistemas de los que se parte es tripartita. Aquí he preferido adoptar esta división tripartita, distinguiendo entre sistemas de "identificación", vicarial, coincidentes con los sistemas de "atribución", y de "organización" u "holísticos", que se identificarían con el sistema por "hecho propio", por cuanto, con ello se facilita el entendimiento de los sistemas adoptados en el mundo y adoptando con ello, también, una visión bastante más práctica. Ello, por cuanto los modelos surgen en realidad de las experiencias prácticas de los países. Existen autores que optan por otro tipo de divisiones, pero todos tienen como punto de partida los sistemas que existen en los ordenamientos jurídicos comparados, por lo que se trata de alternativas ya probadas.

responsabilidad frente a los daños ocasionados por las empresas<sup>408</sup>. De esta forma, las respuestas de los países del *Common Law*, principalmente Reino Unido y Estados Unidos, pasan del ámbito del Derecho de daños al penal.

Estos países han optado por la respuesta penal a través de una responsabilidad vicarial, "derivada" o por "atribución"<sup>409</sup>, por los delitos cometidos, en algunos casos, sólo por sus directivos y personal de alta dirección pero, en otros, también por los actos del personal subalterno. En el primer caso, de acuerdo con el modelo de "identificación", la teoría establece la posibilidad de imputar el delito a la organización en la medida en que sea posible identificar a los altos directivos que han actuado como *alter ego* de aquélla; mientras que, en el segundo, siguiendo el modelo vicarial, también permitiría la atribución de la responsabilidad a la organización por los actos de los empleados de menor rango, ampliando el ámbito de los sujetos que desencadenan la responsabilidad de la entidad<sup>410</sup>.

En el sistema vicarial ampliado todo acto delictivo llevado a cabo por un agente de la entidad colectiva que lo haya cometido en el ámbito de la actividad social y en interés de la entidad por la que actúa, será transferido (imputado) a la empresa; mientras que en el sistema de "identificación", sólo los actos de aquellos agentes que pueden ser considerados como los que adoptan las decisiones de la empresa, serán transferidos a la entidad<sup>411</sup>.

Una de las cuestiones relevantes en estos sistemas es, en consecuencia, el lugar que ocupan las personas físicas en la determinación que el juez debe hacer de los comportamientos desviados que han dado lugar a la atribución de responsabilidad, debiendo sancionar, primero, a las personas físicas, para luego examinar la responsabilidad de la entidad<sup>412</sup>.

---

<sup>408</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", *4 Wash. U. Glob. Stud. L. Rev.*, 2005, p. 548. En el medio español, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 55.

<sup>409</sup> Este es el término empleado, por ejemplo, por SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Evolución ideológica de la discusión sobre la <<responsabilidad penal>> de las personas jurídicas", *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, nº 86-87, 2008, p. 130. El autor, como otros, divide los sistemas entre los de atribución de responsabilidad a la empresa y los sistemas de responsabilidad por "hecho propio". ROTH, R., "Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, op. cit., pp.190ss., distingue entre modelos de responsabilidad vicarial, ya tratada *supra*, y el de responsabilidad directa en el que el juez se manifiesta sobre el comportamiento de la empresa sin pronunciarse sobre el comportamiento de la persona física. En el sistema vicarial, en cambio, el juez se pronuncia primero respecto del comportamiento de la persona física y, posteriormente, respecto del de la persona jurídica.

<sup>410</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 24.

<sup>411</sup> En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 85, aunque refiriéndose al sistema vicarial en general, pues los dos sistemas explicados en el cuerpo de este trabajo, realmente responden a un mismo modelo de responsabilidad derivada o vicaria.

<sup>412</sup> En ese sentido, señala ROTH, R., "Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión", op. cit., p. 191, que los sistemas de responsabilidad directa obvian ese inconveniente, analizando independientemente a la empresa. Como se verá más adelante en el cuerpo de este trabajo el análisis debe ser bastante fino pues, aunque algunos sistemas se definen como vicariales, no requieren necesariamente la determinación y análisis del comportamiento humano.

A partir del modelo vicarial también se ha desarrollado el llamado modelo de "agregación"<sup>413</sup>, que se sitúa entre los integrales o de responsabilidad directa y los vicariales. Este parte de la suma de las acciones u omisiones y el elemento subjetivo presentes en las conductas "parciales" desarrolladas por los agentes físicos involucrados en el delito, especialmente de aquellos que pertenecen a las altas esferas directivas de la entidad<sup>414</sup>. La suma de todas estas parcialidades da lugar a un conocimiento y voluntad colectivos, imputables a la entidad. Se trata, principalmente, de un desarrollo jurisprudencial estadounidense<sup>415</sup>, como se verá más adelante.

Por último, también se han desarrollado los llamados modelos "holísticos", "integrales" o de "organización"<sup>416</sup> que presentan al delito como el resultado de la actuación de la propia entidad, y en esa medida, enteramente imputable a ésta. En tal modelo la cultura organizativa y la organización empresarial resultan fundamentales para determinar la responsabilidad de la entidad, sin que sea necesario probar la existencia de estados de ánimo, acciones y omisiones de las personas físicas. Lo decisivo en el examen de la cultura organizativa de la empresa son los patrones de toma de decisiones que han llevado a los resultados dañosos y que por ello pueden ser imputados a la organización, como un hecho propio<sup>417</sup>.

Por su lado, los países pertenecientes a los sistemas de codificación europeo han desarrollado distintas respuestas que van desde la vía administrativa sancionatoria a la penal, aunque ésta sólo a partir de las últimas décadas del siglo pasado. En general, el fenómeno de la post-industrialización, la sociedad del riesgo y los instrumentos internacionales han apresurado la adopción de la responsabilidad penal en el ámbito corporativo<sup>418</sup>; pero a la vez, el peso del principio *societas delinquere non potest* ha sido determinante de la lentitud en el proceso de adopción de la responsabilidad penal corporativa, como ya se ha visto.

No obstante, la tendencia general al reconocimiento general de la RPPJ, algunos países continúan reservando la sanción a la colectividad al campo civil y, consecuentemente, optando por el no reconocimiento de la capacidad delictiva de las

---

<sup>413</sup> También llamado de *conocimiento colectivo* o *agregado*. Véase, con mayor detalle, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2010, pp. 244ss.

<sup>414</sup> Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 52ss.

<sup>415</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 27.

<sup>416</sup> Véase respecto de este modelo WELLS, C. "Corporate Criminal Liability in the United Kingdom. Much ado about Nothing?", en *La responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, op. cit., *passim*. También clasificado por ROTH, R., "Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión", op. cit., p. 191, como sistema de responsabilidad directa. Para NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 128, se trata de sistemas de culpabilidad de empresa.

<sup>417</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 34ss. Por su lado, HEINE, G., "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, op. cit., p. 59, habla en este caso de "organización deficiente de la empresa".

<sup>418</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 9ss.

organizaciones. Es el caso de Brasil<sup>419</sup>, Colombia<sup>420</sup>, hasta el año 1991 Suecia<sup>421</sup> y hasta el año 2012 México y República Checa<sup>422</sup>. Otros países han optado por una fórmula *híbrida* en la que, si bien no se reconoce la capacidad penal de la organización, se ha optado por la sanción administrativa por los actos cometidos por los directivos y empleados de la persona jurídica. Esta es la vía adoptada por países como Grecia<sup>423</sup>, Alemania o Italia<sup>424</sup>, en los que se sigue manteniendo el principio de irresponsabilidad corporativa en sede penal. Lo cierto es que, en general, las fórmulas a las que se ha arribado, aunque formalmente extrapenales, se acercan más al ámbito penal que al civil o administrativo. Esto es, como se verá, lo que ocurre con el Decreto Legislativo n° 231 de 8 de junio de 2001 de Italia.

En todos aquellos casos en los que se ha optado por la vía penal como sanción, estableciéndose, en consecuencia, una responsabilidad auténticamente penal, como es el caso de Holanda, Finlandia<sup>425</sup>, Francia, Suiza, Portugal y recientemente Chile y España, se han seguido las pautas que han otorgado los instrumentos internacionales, principalmente, regionales<sup>426</sup>. En algunos casos, se trata de variaciones y fusiones de modelos vicariales y en otros, modelos "holísticos" o "integrales".

---

<sup>419</sup> Brasil, si bien contiene algunas normas en la Ley 9.605/98 (sobre medio ambiente) en la que se establece la responsabilidad, entre otras, penal de la asociación no tiene, sin embargo, un sistema general de responsabilidad penal de la persona jurídica. Véase sobre este punto, LEX MUNDI BUSINESS CRIMES AND COMPLIANCE PRACTICE GROUP, "Criminal Liability Companies", *Lex Mundi Global Practice Guide Series*, www.lexmundi.com, 2009, pp. 13s.

<sup>420</sup> Colombia ha hecho varios intentos en anteproyectos, sin embargo no ha logrado plasmar esta responsabilidad penal. Véase, AMADOR PERILLA, J., "Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, www.urosario.edu.com, 2012, *passim*.

<sup>421</sup> Véase al respecto, JÖNSSON, S., "Criminal Legal Doctrine as a Spanner in the Works? The Swedish Experience", en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, op. cit., *passim*.

<sup>422</sup> República Checa introdujo la RPPJ el 01 de enero de 2012. Véase, CLIFFORD CHANCE, "Corporate Criminal Liability in Europe", www.cliffordchance.com, 2012, p. 7. Respecto de la situación anterior y la que se produce con proyecto de ley que dio origen a la nueva legislación, véase JELÍNEK, J. y BERAN, S., "Why the Czech Republic Does Not (Yet) Recognize Corporate Criminal Liability: A Description of Unsuccessful Law Reforms", en *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., *passim*. Otro país que es incluido en esta clasificación según PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 12, es la República Eslovaca, aunque su situación estaría entre la de aquellos países que han optado por una responsabilidad cuasi-penal. Véase, CLIFFORD CHANCE, *ibidem*, pp. 32ss. En Sudamérica se incluye a Uruguay. Respecto de este país, véase GALAÍN PALERMO, P., "Uruguay", en AA.VV., *Sistemas penales comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Revista Penal*, n° 17, 2006, pp. 245ss.

<sup>423</sup> DANNECKER G., "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 40. Para este autor, hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema de responsabilidad penal corporativa en España, la opción administrativa era la asumida en este país.

<sup>424</sup> Respecto de Alemania, como se verá más adelante, se trata de un sistema contravencional, pero en el caso de Italia su clasificación entre las sanciones administrativas ha generado ciertas dudas doctrinales, por las razones que se verán *infra*.

<sup>425</sup> Véase respecto del sistema de RPPJ en este país, TOLVANEN, M., "Corporate Criminal Liability in Finland. Trust, Business Ethic and Crime Prevention", en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, op. cit., *passim*.

<sup>426</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 10s.

### CAPÍTULO III. MODELOS DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO COMPARADO

Los sistemas asumidos por los distintos países difieren, principalmente, por su adscripción a un modelo u otro. Así, los países del *Common Law*, además de haber asumido mucho más rápido y fácilmente la RPPJ, han ido experimentando una evolución marcada, especialmente, por sus propios tribunales<sup>427</sup>.

El fenómeno que se dio en los primeros países que adoptaron la responsabilidad penal corporativa, esto es, Reino Unido y Estados Unidos, fue precedido por la llamada responsabilidad social de las empresas<sup>428</sup>. En ese sentido, las reglas sobre ética en las empresas y el efecto disuasorio de las sanciones prontamente llevó a los tribunales a trasladar la responsabilidad por el hecho ajeno al ámbito penal. Con ello se comienza a desarrollar, como ya se ha dicho, la responsabilidad vicarial en ambos países, pero con la indicación de que en Estados Unidos se da un paso más, llegándose a la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, que aplica la responsabilidad también por la mala conducta de los empleados que actúan en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la empresa. Por su lado, en la determinación del grado de esa responsabilidad sólo muy posteriormente comienzan a ser reconocidos por los tribunales los programas de cumplimiento a través de las "directrices de enjuiciamiento"<sup>429</sup>. Este es el mayor paso adelante en la consideración de los comportamientos propios de la empresa en la atribución de responsabilidad, aunque en este país, como se verá, sólo son considerados a efectos de determinar la cuantía de la pena<sup>430</sup>.

Por su lado, Reino Unido utilizó la responsabilidad vicaria en los *regulatory offences*, de creación legal, en las que aplicó las teorías nominalistas o de "identificación". Fue sólo a partir de la década de 1940 cuando se comienza a utilizar la teoría del *alter ego* para aquellos delitos que requerían la prueba del elemento subjetivo o *mens rea*. La teoría de la "identificación" sólo permitió la aplicación de la responsabilidad penal corporativa a un restringido grupo de casos pero, a partir de la década de los noventa, a propósito de varios accidentes graves y movida por la presión internacional, se introdujeron nuevas reglas para los delitos de homicidio corporativo y soborno<sup>431</sup>.

En los países de la *Commonwealth* el proceso ha sido mucho más dinámico. Los tribunales de Canadá y Nueva Zelanda han reinterpretado el concepto de "*dirigir la mente*" yendo más allá de los límites del reconocido por los tribunales ingleses y galeses. Por otra parte, a nivel federal, Australia ha aprobado una ley para complementar su modelo de identificación tradicional de responsabilidad con un enfoque holístico. El Código Penal

---

<sup>427</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 549.

<sup>428</sup> Respecto de la responsabilidad social corporativa y los efectos en el Derecho, véase D'ORAZIO, E., "Codici etici, cultura y responsabilità d'impresa", op. cit., *passim*. También resulta de interés, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM(2001) 366 final, 18 de julio de 2001.

<sup>429</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 15ss. Sobre las Directrices para dictar sentencias, véase en detalle GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 259ss.

<sup>430</sup> NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 177ss.

<sup>431</sup> WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 93ss. Véase también NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 128ss.



australiano de 1995 ha dado un salto, centrando el análisis en la deficiente cultura corporativa, alejándose de la culpabilidad individual y optando por la responsabilidad enfocada a la propia organización, como colectivo<sup>432</sup>.

Por su parte, en los ordenamientos jurídicos del *Civil Law*, como ya se ha visto, muy recientemente se han comenzado a incluir en sus legislaciones penales la RPPJ. Esa inclusión ha sido el resultado de arduos debates que tuvieron como punto de partida la casi total negación de la capacidad delictiva de la organización. Sin embargo, los rápidos avances económicos, posteriores a la segunda Guerra Mundial, han puesto en evidencia los problemas y consecuencias negativas de la industrialización, con los consiguientes riesgos ambientales y daños para la salud pública. Estos factores, al igual que en los países del *Common Law*, pero aquí con menor progresividad, fueron dando lugar a la introducción de la responsabilidad corporativa en el ámbito penal<sup>433</sup>.

A partir de la década de los '90, con el fenómeno de la globalización y la expansión paralela de la delincuencia económica transnacional, el blanqueo de dinero, la corrupción y la financiación del terrorismo, los organismos supranacionales y los instrumentos creados por éstos, comienzan a establecer en su articulado normas relativas a la introducción de la responsabilidad en el ámbito penal<sup>434</sup>. Con ellos comienza la etapa en la que se instará la incorporación de sanciones penales, principalmente, para las empresas involucradas en fenómenos delictivos como los antes mencionados.

Los modelos asumidos por los distintos países de la órbita del *Civil Law*, entre ellos España y Chile, se caracterizan por tomar elementos tanto de los instrumentos internacionales que les sirven como pautas, como de los distintos países que tienen una cierta trayectoria en el desarrollo de la RPPJ. Los sistemas de responsabilidad son, por tanto, una fusión de los elementos aportados por la teoría vicarial y las teorías "holísticas"<sup>435</sup> en las que la cultura y el *ethos* empresarial resultan de vital importancia, tanto para establecer la responsabilidad como para determinar la entidad de la sanción.

---

<sup>432</sup> Véase sobre la evolución general de los sistemas, ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, Prepared for the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Business, 2008, pp. 1ss.

<sup>433</sup> Lo anterior, entre otros factores, porque, de acuerdo a DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 547, la complejidad de la estructura empresarial plantea cuestiones de difícil solución, en especial, para la asignación de la responsabilidad como consecuencia de los comportamientos ilegales por parte de las personas que actúan en nombre de la corporación. Esto es particularmente cierto cuando la sociedad y sus accionistas materialmente se benefician de la conducta criminal.

<sup>434</sup> Respecto de la internacionalización de la delincuencia económica y los efectos en el Derecho penal, véase KHULEN, L., "El Derecho Penal del Futuro", pp. 225ss.; MAZZACUVA, N., "El futuro del Derecho penal", ambos en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, op. cit., pp. 238ss.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Financiarización económica y política criminal", en Serrano-Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, 2010, pp. 130ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J., "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades modernas", en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 16ss.

<sup>435</sup> Como se verá *infra*, los sistemas italiano, chileno y español se nutren de los sistemas antes mencionados para elaborar un modelo propio en el que, si bien la persona física es presupuesto de la responsabilidad, también lo es el "debido control".

## 1. Modelos de responsabilidad penal en ordenamientos del *Common Law*

Los ordenamientos penales que se analizan a continuación tienen la virtud de mostrar la evolución de los tres modelos de los que se ha venido hablando. En primer lugar, se expone el adoptado en Reino Unido, mostrando la evolución que en algunos ámbitos ha experimentado dicho ordenamiento, desde la *identificación* hacia formas de responsabilidad organizacional. Por su lado, el sistema estadounidense se corresponde con el sistema vicarial ampliado, aunque también se puede observar que ha evolucionado hacia formas de responsabilidad de la empresa -para aquellos casos en que no se ha podido establecer el agente físico que ha cometido el delito- en las que predomina el llamado *conocimiento agregado*. Por último, en esta evolución el sistema australiano presenta las formas más novedosas de responsabilidad penal corporativa, que se identifican con los sistemas de *organización*.

### 1.1. El sistema británico de responsabilidad por "identificación" y su evolución hacia la responsabilidad organizacional

El Reino Unido es pionero en el reconocimiento de la capacidad penal de las personas jurídicas<sup>436</sup>. Inicialmente, la responsabilidad vicaria se limitó a los *regulatory offenses*<sup>437</sup>. Con posterioridad, para los delitos que requieren *mens rea* los tribunales británicos aplicaron el modelo de *identificación*. De esta manera desde 1940 las corporaciones de Derecho británico podían ser responsables de los actos, omisiones y los estados mentales de los individuos que actuaban como sus *alter egos*. En los siguientes cincuenta años, se mantuvo la teoría de la *identificación*, para un abanico muy limitado de casos. Posteriormente, en la década de 1990, se comienza a discutir la introducción de una nueva regulación para el homicidio corporativo y el soborno<sup>438</sup>.

En general, los tribunales de este país siempre se han mostrado favorables a acoger una responsabilidad de tipo vicarial, que permite considerar a una "persona" culpable de un delito, sin que sea necesario aportar pruebas de intenciones, negligencia u otro estado de ánimo. Por tanto, se trata de la aplicación de los principios de la responsabilidad objetiva (*strict liability*)<sup>439</sup>, pues muchos de los *regulatory offences* no requieren prueba de

---

<sup>436</sup> Véase en extenso sobre el sistema adoptado en Reino Unido, WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 84ss.; de la misma, en versión más reciente, véase "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", en *Corporate Criminal Liability. Emergence, convergence, and Risk*, op. cit., *passim*. En España, contiene una mención a este sistema de responsabilidad, principalmente BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 330ss. Respecto de la forma en que funciona el sistema administrativo de sanciones, también importante en este aspecto, resulta ilustrativo GRIFO BENEDICTO, A. y SOLER VILAR, A. "Aproximación a los actuales sistemas administrativos de Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia", en Altava Lavall, M. (coord.), *Lecciones de Derecho comparado*, Publicaciones Universitat Jaume I, 2003, pp. 201ss.

<sup>437</sup> TIEDEMANN, K., *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2ª ed., Grigley, Lima, 2007, p. 100, señala que Canadá ha aplicado de manera amplia la aplicación de la responsabilidad penal en el caso de los *regulatory offenses* o delitos de responsabilidad objetiva.

<sup>438</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 8. Véase también, WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 98ss.

<sup>439</sup> Véase VARELA, L., "Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal", *Indret*, n°3, 2012, *passim*.

estados de ánimo<sup>440</sup>. A pesar de ello, en algunos ámbitos se admite la defensa de la *debida diligencia* que permite evitar la responsabilidad si se llega a probar que se han adoptado todas las precauciones razonables para prevenir la comisión del acto u omisión delictivo<sup>441</sup>.

Por tanto, el sistema de atribución de RPPJ en Reino Unido discurre por distintos cauces debido, especialmente, a que el conjunto de principios generales que se admiten en relación con la responsabilidad corporativa no se encuentra en un estatuto legal<sup>442</sup>. Sin embargo, en términos generales, es posible sostener que su ordenamiento jurídico ha basado esta responsabilidad, desde 1940, principalmente en la "doctrina de la identificación"<sup>443</sup>. Se trata ésta de una visión antropomórfica en la que se parte de la idea de que las actuaciones de los directivos, legales o ilegales, están debidamente "identificados" con la actividad de la empresa<sup>444</sup>. Por tanto, las infracciones cometidas por este personal de alto rango se atribuyen automáticamente a la organización<sup>445</sup>, por cuanto se trata de su *alter ego*<sup>446</sup>. Pero, aunque se ha aplicado al ámbito de los *regulatory offenses*, también se ha aplicado esta doctrina a delitos que requieren un elemento volitivo, es decir, en los delitos que requieren *mens rea*<sup>447</sup>.

Tal doctrina tuvo su origen en una causa civil "*Lennard's Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd*", en la que el tribunal expresó que la corporación era una abstracción, por lo que su mente activa y su dirección debían ser buscadas en la persona física, quien era realmente el *alter ego* y el centro de la personalidad de la empresa<sup>448</sup>.

Luego, en la década de 1940, una serie de casos muy sonados condujo a la introducción de la responsabilidad vicarial al ámbito de las empresas, lo que permitía

---

<sup>440</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 8; y DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., pp. 556s. Este punto es debatido, por cuanto se estima que en realidad no hay propiamente una imputación de responsabilidad objetiva, en tanto, existe un *mens rea* que, aunque se encuentra radicado en el agente, es transferido luego a la persona jurídica. WELLS, C., *Corporation and Criminal Responsibility*, op. cit., p. 91.

<sup>441</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 8.

<sup>442</sup> WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 97.

<sup>443</sup> También llamada teoría del *controlling mind*. De hecho plantea WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 98, que la doctrina de la identificación viene a solucionar el problema de atribuir el *mens rea* a un "cuerpo sin alma", pues se entiende que existe un *controlling mind* que opera sobre la voluntad de la empresa.

<sup>444</sup> *Loc. cit.*

<sup>445</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 556.

<sup>446</sup> Resulta interesante, en todo caso recordar, como lo hace ROTH, R., "Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión", op. cit., que más que *alter ego*, se interpreta que las personas físicas representan el medio por el que actúa la empresa y, por lo tanto, es más que un *alter ego*, en la medida en que la empresa misma resulta en todo identificada con su representante u órgano.

<sup>447</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 331. Respecto de los conceptos de *mens rea* así como del *actus reus* que son elementos de la teoría del delito anglosajona, véase BERNAL DEL CASTILLO, J., *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 107-146.

<sup>448</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 23; WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 97.

considerarlas directamente responsables de los *statutory offense* cometidos por sus empleados<sup>449</sup>. En 1971, la *House of Lords* en el caso *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* (Supermercados Tesco) dictó una sentencia en la que señaló que las empresas serían directamente responsables por las infracciones cometidas por las personas que estuvieran en altas posiciones jerárquicas de la entidad. Estas posiciones dentro del organigrama de la empresa podían hacer estimar al tribunal que las personas que los ocupaban eran la dirección de la "mente y voluntad" de la empresa. De acuerdo con ello, en este caso, el tribunal concluyó que la base de las acciones y la culpabilidad de la empresa estaba construida sobre las acciones y la intencionalidad de las personas físicas que ocupaban dichos cargos<sup>450</sup>. Se marca con ello el inicio de la aplicación penal de la responsabilidad derivada, propia del ámbito civil.

En los "Supermercados Tesco", la atribución de responsabilidad se fundamentó en los actos de quienes actúan dirigiendo la mente y la voluntad, aplicando los principios generales de la *identificación*. La *House of Lords* partió de la consideración acerca de si la actuación negligente de un empleado podía ser atribuido a la entidad misma. Dicho empleado era un gerente de tienda que había puesto incorrectamente un artículo a la venta, por lo que la compañía fue acusada por una infracción a la Ley de Descripciones Comerciales de 1968 (*Trade Descriptions Act 1968*). La empresa se defendió, argumentando que se trataba de personal que se desempeñaba en un nivel inferior (gerente de una de sus tiendas) y, por otro lado, que se había actuado con la diligencia debida tratando de evitar o impedir que se produjera la infracción. Los miembros de la *House of Lords* estuvieron de acuerdo, con razones ligeramente diferentes, de que el gerente de la tienda no era "la dirección de la mente y la voluntad" de la organización, por lo que estimó que la infracción no había sido "realizada" por la empresa como tal. El caso de los "Supermercados Tesco" se convirtió, así, en fundamento para afirmar que las empresas tienen responsabilidad penal por los delitos de sus órganos y funcionarios corporativos, y por las demás personas naturales a quienes hayan sido delegadas amplias facultades discrecionales de gestión y control empresarial<sup>451</sup>.

Aunque "Supermercados Tesco" fue el caso que dio lugar al concepto de *alter ego* en Inglaterra y Gales, y ha sido muy influyente en toda Gran Bretaña y la *Commonwealth*, la *House of Lords*, sin embargo, no tiene una visión clara de la naturaleza del poder que debe tener una persona para dirigir la mente y la voluntad de la organización. En consecuencia, no está claro si esa dirección de la mente y la voluntad se adquiere por estar formalmente facultado para gestionar los asuntos generales de la corporación, en virtud de las normas generales o específicas de la misma entidad, o si es suficiente con que la persona controle

---

<sup>449</sup> Aunque hubo intentos anteriores, no se consagró tal responsabilidad hasta el siglo XX. Véase, al respecto WAGNER, M., "Corporate Criminal Liability. National and International Responses", Background Paper for the "International Society for the Reform of Criminal Law 13th International Conference Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective Malta, 8-12 July 1999", [www.ubc.ca](http://www.ubc.ca), p. 3.

<sup>450</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 23. Cabe agregar que según WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 98, entre 1950 y 1975 el estado de ánimo de los tribunales y del sistema penal completo era *pro* empresa pero, en contraste las cortes eran cada vez más favorables a ampliar la punición de las empresas en ámbitos regulatorios como la salud y la seguridad o la protección medioambiental, lo que ha ido en aumento, sobre todo en los últimos 20 años.

<sup>451</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 23ss.

un aspecto relevante de las operaciones de la corporación (de derecho o de hecho)<sup>452</sup>.

Desde el caso de los "Supermercados Tesco", ha habido algún cambio respecto de la clase de personas que se considera que ostentan cargos lo suficientemente altos para tener la dirección de la mente y la voluntad de la empresa. En *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Security Commission*, el *Privy Council* sostuvo que, en el caso de infracciones legales, las disposiciones y la política que se implementa en la entidad sirven para determinar las personas cuyos elementos subjetivos podrían constituir los de la empresa. En consecuencia, con el fin de identificar a estas personas, es necesario entrar en una investigación, que se ha estimado "bastante circular", sobre quienes tienen la posición o la autoridad, de acuerdo a la normativa interna, para hacer que sus actuaciones sean efectivamente las actuaciones de la empresa<sup>453</sup>. Por lo mismo, también se produce en Reino Unido una restricción de la atribución de responsabilidad penal a la corporación, por cuanto el descubrimiento de la persona física específica que ejerce el poder y control de la empresa resulta muy difícil<sup>454</sup>, sobre todo respecto de organizaciones empresariales altamente complejas<sup>455</sup>.

Sin embargo, aunque el sistema dominante sigue siendo el de *identificación*, se ha experimentado cierta evolución en la forma en que se aprecia la responsabilidad penal corporativa en Reino Unido a través, principalmente, del homicidio corporativo (*corporate manslaughter*) y del delito de soborno, en los que se ha ido introduciendo una modalidad de responsabilidad organizacional<sup>456</sup>. En efecto, el Parlamento del Reino Unido, en los últimos años, ha promulgado dos leyes que parecen apartarse de la doctrina de *identificación* estricta, introduciendo elementos de los enfoques holísticos o integrales en su legislación<sup>457</sup>.

En mayo de 2000, el gobierno emitió un documento de consulta sobre la base de las recomendaciones de la *Law Commission*. En él se aceptó la idea central de las recomendaciones de la *Law Commission* en cuanto a que la responsabilidad debe basarse en errores en la gestión o en la organización de las actividades de la entidad. El proyecto de ley de Homicidio Corporativo adopta la idea de un fallo en la gestión o la organización de actividades, que se transforma en el fundamento de la responsabilidad corporativa. Sin embargo, también introduce la obligación de que estos fallos sean atribuibles a la alta dirección de la organización<sup>458</sup>.

---

<sup>452</sup> *Loc. cit.*

<sup>453</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 18.

<sup>454</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 331.

<sup>455</sup> WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 99, agrega otro inconveniente relativo a la persecución. Señala que en el procedimiento seguido en contra de la empresa debe sopesarse el umbral probatorio, esto es, una perspectiva realista de alcanzar condena y el umbral de interés público en contra de la iniciación de la investigación de la conducta de la empresa.

<sup>456</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., pp. 23ss.

<sup>457</sup> Véase respecto de WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., pp. 99ss., quien señala que el primer intento por aplicar la responsabilidad penal a la empresa por homicidio corporativo surge con la huelga de los mineros de 1926.

<sup>458</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., pp. 20ss.

Posteriormente, en el año 2007, se publica la *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (CMCH Act)*, que crea el delito de homicidio corporativo (*corporate manslaughter*). A partir de su entrada en vigor (abril de 2008), las muertes ocurridas en el seno de las organizaciones ya no pueden ser enjuiciadas conforme al Derecho común del homicidio por negligencia, sino conforme a aquélla. En adelante, la organización responderá por los actos de los altos directivos de la misma<sup>459</sup>.

En tal sentido, si no intervienen otros factores, una organización comete homicidio corporativo si la forma en que sus actividades se organizan o gestionan causan la muerte de una persona y esa forma es equivalente a una violación grave de la correspondiente obligación de cuidado que pesa sobre el propietario de la organización hacia la persona fallecida. La Ley elimina el requisito de la existencia de un delito de un agente, órgano o alto directivo de la compañía, y permite al tribunal considerar si había actitudes, políticas, sistemas y prácticas aceptadas dentro de la organización que probablemente han provocado al fallo en el cumplimiento de la legislación sobre salud y seguridad, o han producido la tolerancia del mismo<sup>460</sup>.

Por esa vía la *CMCH Act* está, por lo tanto, apartándose del modelo de *identificación*, para abordar el modelo de responsabilidad por la forma en que se ha configurado la cultura corporativa u organizacional de la entidad. A pesar de ello, la acusación debe demostrar que la forma en que las actividades de la corporación son gestionadas u organizadas por sus altos directivos constituyó un elemento sustancial en el incumplimiento. En consecuencia, el éxito del proceso contra la persona jurídica dependerá, en la práctica, de la prueba de los actos, omisiones y el conocimiento de las figuras corporativas más importantes<sup>461</sup>.

Además de la responsabilidad corporativa por el delito de homicidio corporativo, también se ha contemplado este tipo de responsabilidad para el delito de soborno. En efecto, frente a las críticas nacionales e internacionales<sup>462</sup>, en la Ley de Soborno de 2010 se crea un delito de *incumplimiento de los deberes de las organizaciones comerciales para prevenir el soborno* en Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte y Escocia. En línea con Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE y su Recomendación de 2009, la ley considera a las organizaciones comerciales culpables de un delito si una persona adscrita a su organigrama soborna a otra con la intención de obtener o conservar ventajas específicas para la organización<sup>463</sup>. Sin embargo, esto no quiere decir que la responsabilidad

---

<sup>459</sup> WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 101.

<sup>460</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 27s.

<sup>461</sup> *Loc. cit.*

<sup>462</sup> WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 107. Como señala la autora, Reino Unido ha estado bajo la presión de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Grupo de Trabajo sobre el Soborno de la Convención, que ha señalado que la ruta de la identificación, que podría aplicar al delito de soborno, es totalmente inadecuada para cumplir las obligaciones del Reino Unido respecto de la persecución y sanción del soborno de acuerdo a la Convención de la OCDE.

<sup>463</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 28s.

corporativa respecto de todos los delitos siga el modelo de la Ley de Soborno en el futuro. Es más probable que la legislación sobre este delito sea tratada como un sistema *sui generis*<sup>464</sup>.

De acuerdo con la reforma legal los "sistemas de defensa adecuados" permiten a la organización evitar la responsabilidad si la organización demuestra que tenía en marcha procedimientos adecuados, diseñados para evitar la comisión de la infracción por las personas vinculadas a la empresa que llevaron a cabo la conducta. Al parecer, la referencia a los procedimientos internos de la entidad tenía como objetivo que los tribunales pudieran examinar las medidas y prácticas que se habían aplicado en toda la empresa para prevenir el soborno. Sobre esta base, se podría considerar como algo similar al requisito de que las organizaciones acusadas de soborno demostraran la existencia de una adecuada "cultura corporativa"<sup>465</sup>.

## 1.2. El sistema norteamericano de responsabilidad vicarial y su evolución hacia el sistema de agregación

En Estados Unidos<sup>466</sup> tanto las personas individuales como las jurídicas son responsables penalmente por los actos ilícitos, tanto a nivel de la ley federal como de las leyes estatales<sup>467</sup>. Se incorporan en esa responsabilidad un número importante de delitos y los Estados se han ido sumando a esa tendencia asumida a nivel federal ampliando el número de delitos imputables a la organización<sup>468</sup>. A pesar de que el sistema asumido en relación con la RPPJ en el ámbito federal es sencillo, Estados Unidos ha ido mucho más allá que Reino Unido o Canadá en el desarrollo de regímenes de sentencia que se adapten a las empresas sometidas a juicio<sup>469</sup>. En el marco del Manual Federal de Directrices de Sentencias (*Federal Sentencing Guidelines Manual*), se toma en consideración la "cultura corporativa" en relación con la evaluación de las multas y otras medidas que se imponen a los acusados corporativos<sup>470</sup>.

En términos generales, la RPPJ en la legislación penal federal se basa en la doctrina

---

<sup>464</sup> WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", op. cit., p. 107.

<sup>465</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 29.

<sup>466</sup> Un análisis general del sistema penal estadounidense en GÓRRIZ ROYO, E., "Parte cuarta: Derecho penal", en Altava Lavall, M. (coord.), *Lecciones de Derecho comparado*, op. cit, *passim*.

<sup>467</sup> Probablemente porque, como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., p. 43, la influencia mutua que ha existido entre los ordenamientos jurídicos inglés y norteamericano, resulta notable, especialmente en lo relativo a la RPPJ. En este sentido, Inglaterra contaba ya desde hacía mucho con tal responsabilidad por lo que su influencia en Estados Unidos debe haber sido importante. Agrega además, en p.44 que ya en el siglo XIX se aplicaba la responsabilidad penal corporativa a los delitos de *strick liability*, esto es, los delitos de responsabilidad objetiva.

<sup>468</sup> NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", op. cit., p. 64.

<sup>469</sup> Véase respecto de los principios en la aplicación de sentencias a corporaciones UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual, Chapter Eight: Sentencing of Organizations*, www.ussc.gov, 2013.

<sup>470</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, 'Corporate Culture' as a basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 29.

de *respondeat superior* o sistema vicarial<sup>471</sup>. Sin embargo, la doble realidad del sistema estadounidense, en el sentido de contemplar dos Derechos penales, uno federal y otros estatales, fuerza a distinguir entre las legislaciones adoptadas por los Estados y las leyes federales en materia de RPPJ.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal corporativa a nivel estatal, las distintas legislaciones penales varían en su enfoque, por lo que su análisis es más complejo<sup>472</sup>. Eso sí, algunos estados han adoptado disposiciones legales más sofisticadas, basándose en el *Model Penal Code*<sup>473</sup>, lo que explicaría el desarrollo más o menos uniforme en la materia<sup>474</sup>. Por lo tanto, podría apreciarse una tendencia de estos Estados de adaptar sus códigos para que la responsabilidad sea más cercana a la federal del *respondeat superior*<sup>475</sup>. Ese modelo de responsabilidad asumido en algunos Estados, se caracteriza por la aplicación del mecanismo de imputación de responsabilidad propio de la responsabilidad vicarial y permite a una empresa ser condenada por una infracción si el delito fue solicitado, autorizado o imprudentemente tolerado, por parte del consejo de administración o por un alto directivo que ha actuado en nombre de la entidad dentro del ámbito de su cargo o empleo<sup>476</sup>.

A nivel de ley federal, se impone la doctrina de la responsabilidad corporativa creada en el *Common Law* que, como ya se ha dicho, está basada en la legislación civil. En virtud de la doctrina de *respondeat superior*, se entiende que el empleador o director es responsable de los actos ilícitos del empleado o agente que han sido llevados a cabo en el ámbito del empleo o agencia<sup>477</sup>. De esta forma se traslada la responsabilidad al "maestro" (empleador) por los actos de su "sirviente" (empleado), hablándose, por tanto de una responsabilidad derivada hacia quien no ha participado efectivamente en el acto ilegal. Lo interesante es que este desarrollo se produce tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como penal<sup>478</sup>.

En esta medida, el principio de agencia o *respondeat superior*, vigente a nivel federal, hace a la empresa responsable de los actos ilícitos de todos sus empleados<sup>479</sup>. En términos generales, si el empleado o agente de la empresa comete un delito por un acto -comisión u omisión- mientras actúa dentro del alcance o ámbito y naturaleza de su empleo, y al menos en parte en beneficio de la organización, entonces la empresa será criminalmente responsable. Estas dos condiciones, consistentes en que el empleado deba actuar dentro del alcance de su actual o aparente autoridad y que actúe beneficiando a la empresa, han

---

<sup>471</sup> *Loc. cit.*

<sup>472</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 30.

<sup>473</sup> *Loc. cit.*

<sup>474</sup> Sin embargo, como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., p. 43, también debe sumarse a esa uniformidad la existencia de las Directrices para la aplicación de las sentencias.

<sup>475</sup> WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 132s.

<sup>476</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 30.

<sup>477</sup> NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", op. cit., p. 70.

<sup>478</sup> WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., p. 134.

<sup>479</sup> *Loc. cit.*



sido interpretadas extensivamente por los tribunales. Consiguientemente, los actos de un empleado de bajo nivel pueden ser imputados a la empresa, dejando en un segundo plano la existencia de un genuino y efectivo programa de cumplimiento corporativo<sup>480</sup>. Se trata, por tanto, de una responsabilidad en la que el *actus reus* y el *mens rea* -una vez han sido establecidos todos los elementos y condiciones de la responsabilidad de la persona física-, son imputados automáticamente a la persona jurídica<sup>481</sup>.

El desarrollo histórico de la responsabilidad penal corporativa comienza a advertirse de manera clara con el caso *NY Central & Hudson River RR Co. v. United States*<sup>482</sup>. Este caso marca el inicio de la práctica de este país de imponer la responsabilidad penal corporativa por delitos cometidos incluso por empleados de nivel inferior. El tribunal extendió la aplicación de los principios de *agencia* conforme a la que una empresa está sujeta a responsabilidad civil por los actos de sus agentes<sup>483</sup>. En este caso se aplican también los principios de *agencia* y se hace responsable criminal a la empresa, incluso por actos ilícitos cometidos por empleados de menor nivel dentro de la misma. En lo concreto, el tribunal determinó que una corporación era capaz de formar una intención criminal y, por lo tanto, era posible que fuera responsable criminalmente por ciertos delitos en los cuales la intención constituye un elemento necesario<sup>484</sup>.

En este caso el tribunal entendió que existía una violación de la ley federal *Elkies Act*<sup>485</sup>, condenando por responsabilidad vicarial a la empresa de transporte público. Pero lo más relevante, tal vez, fueron las consideraciones del tribunal en torno a que dar inmunidad sancionatoria a la empresa -conforme a la antigua doctrina de que una sociedad no puede cometer un delito- eliminaría virtualmente el único medio de que disponemos para controlar al sujeto y corregir los abusos, dado que gran parte de las transacciones comerciales son llevadas a cabo por las empresas. La idea que se impone es la de que en los tiempos que corren las organizaciones están obligadas a rendir cuentas por sus actos<sup>486</sup>.

A mediados del siglo XX, Estados Unidos ya tenía muy desarrollada la aplicación de responsabilidad corporativa por actos criminales cometidos por sus empleados dentro del ámbito de su empleo. En este sentido, se entiende además dentro del concepto de

---

<sup>480</sup> NANDA, V., "Corporate criminal liability in the United States: Is a new approach warranted?", op. cit., pp. 68s.

<sup>481</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., p. 52.

<sup>482</sup> Respecto de lo que ocurría en el siglo XIX, véase DISKANT, E., "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure", *The Yale Law Journal*, [www.theyalelawjournal.org](http://www.theyalelawjournal.org), vol. 118, nº 1, 2008, pp. 135ss.

<sup>483</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., p. 45. De acuerdo al autor, la aplicación de estas instituciones de carácter civil se habría producido por la importancia que estaban adquiriendo las empresas en la vida social y económica del país.

<sup>484</sup> Por ello, señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., pp. 44s., el sistema de responsabilidad vicarial no es un régimen exclusivo sino que se desarrolla con el fin de imputar delitos dolosos a la corporación. Cosa distinta, es que en él se atribuyen a la entidad el *actus reus* y el *mens rea* de su agente, con lo que, en la terminología germánica se estaría atribuyendo el injusto y la culpabilidad del agente o representante a la entidad.

<sup>485</sup> Específicamente se trataba de una violación de la ley consistente en el pago de bonificaciones a la American Sugar Refining Company por envíos de azúcar de Nueva York a Detroit.

<sup>486</sup> NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", op. cit., pp. 68s.

"persona" responsable a compañías, asociaciones, sociedades o empresas, además de las personas individuales. Así, la Suprema Corte en el caso *United States v. A&P Trucking Co.* de 1958, señaló que el hecho de que el dueño de una entidad comercial no estuviera personalmente implicado en el acto criminal, no significaba que la entidad comercial pudiera considerarse inmune a la violación de la ley<sup>487</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el principio establecido es que una corporación puede ser tenida por responsable penalmente por un acto delictivo cometido por sus agentes y empleados dentro del ámbito de su empleo y para el beneficio de la empresa, con la consiguiente imputación del acto y el ánimo de la persona física a la jurídica<sup>488</sup>.

Respecto de lo que los tribunales estadounidenses entienden por *ámbito del empleo* y *beneficio* para la empresa, resulta ilustrativo lo que el tribunal sostuvo en el caso *United States v. Cincotta* de 1982, en el que desarrolla tales elementos de la responsabilidad. Así, sostiene que el *ámbito del empleo* es aquel en que el agente ha estado realizando actos de aquellos que está autorizado a realizar y que ha efectuado con la intención de beneficiar a la empresa.

En cuanto al requisito del *beneficio* para la organización, se entiende que no es necesario que llegue a producirse. La producción del *beneficio* no es determinante de la responsabilidad corporativa. En este entendido, se sostiene que el *beneficio* es una mejor evidencia pero no un elemento esencial de la responsabilidad penal. Que las acciones del agente finalmente hayan redundado en *beneficio* de la empresa es menos importante que el que agente haya actuado con la intención de beneficiar a la empresa<sup>489</sup>. El propósito básico de requerir que el agente haya actuado con tal intención es evitar que la empresa sea responsable penalmente por acciones de sus agentes que pueden ser dañinas para los intereses corporativos, como en el caso de que los beneficios sean destinados exclusivamente al agente o bien a terceros distintos de la empresa<sup>490</sup>.

En el desarrollo jurisprudencial también se ha sostenido que la atribución de responsabilidad criminal a la empresa se produce no sólo cuando quien actúa es un directivo de alto nivel sino también cuando no lo es. Por otro lado, tendrá lugar tal responsabilidad de la empresa aunque los actos de los agentes sean contrarios a las políticas e instrucciones explícitamente expresadas por la entidad, cuando dichos agentes sean difíciles de identificar o cuando sus condenas resulten ineficaces para disuadir a otras personas dentro de la organización. En tal sentido se ha entendido también que el castigo a la entidad en su conjunto es, probablemente, en algunos casos, más adecuado y eficaz<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> *Loc. cit.*

<sup>488</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., p. 52.

<sup>489</sup> Cabe señalar, sin embargo, que esta interpretación jurisprudencial del elemento "beneficio", es discutible, dado lo difícil que resulta probar las intenciones presentes en el agente, por lo que, puede estimarse que la medición en clave objetiva, puede otorgar mayores seguridades a la hora de enjuiciar este tipo de casos.

<sup>490</sup> NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", op. cit., p. 68.

<sup>491</sup> *Ibidem*, p. 69. En un caso la corte de apelaciones conformó el veredicto del jurado encontrando culpable a la compañía por los actos criminales de algunos empleados no directivos. La compañía fue acusada del delito de sus agentes y empleados que ilegalmente vertieron aceite contaminado con residuos el barco IONIA operado y gestionado por ellos, y luego adulteraron el libro de memorias para ocultar el vertido. Así, la compañía fue acusada por la violación de la *Act to prevent pollution fromships*. A pesar de los argumenos

Por otro lado, también se ha acogido más recientemente la doctrina de la *agregación*. Conforme a ella, en el año 1987, en el caso "*United States v. Bank of New England NA*", un tribunal de apelación federal aplicó la teoría de responsabilidad penal corporativa del "conocimiento colectivo". El caso se relacionaba con la ley de información de transacciones monetarias conforme a la cual, los bancos están obligados a presentar informes sobre transacciones dentro de los quince días posteriores a cualquier transacción monetaria de clientes de una cantidad superior a diez mil dólares. En caso de que el banco no presente el referido informe, puede establecerse su responsabilidad criminal. En este caso el tribunal sostuvo que el conocimiento individual del empleado, actuando dentro de su *ámbito de empleo*, podía ser imputado a su empleador<sup>492</sup>. Lo anterior significa que lo que conocían colectivamente los empleados equivale al conocimiento de la empresa y satisface el *mens rea* requerido por el delito. Y aunque los empleados puedan no saber que sus actuaciones pueden constituir irregularidades, la suma de esos componentes constituye, a juicio del tribunal, el conocimiento de la organización en una operación en particular<sup>493</sup>.

La teoría del "conocimiento colectivo" o de "agregación" supone, por tanto, que se está frente a determinadas estructuras corporativas bastante más complejas desde un punto de vista operativo y de funcionamiento organizativo, por lo que no resulta posible, como sí ocurre en la responsabilidad vicarial, establecer el *mens rea* de un sujeto individual para ser atribuido a la empresa en cuestión. En dicho contexto, se le imputa a la corporación la "suma" de los conocimientos colectivos de cada uno de los empleados que intervienen en el hecho delictivo, considerándose, por tanto, que se cumple con el requisito subjetivo del delito<sup>494</sup>. De esta forma, los actos y conocimientos parciales de cada interviniente vienen a integrar un todo que cumpliría con el *mens rea* requerido por el delito específico.

Las razones que han llevado a la introducción de la doctrina de la *agregación* o del "conocimiento agregado" (*collective knowledge, aggregate knowledge doctrine*) se relacionan con la posibilidad cierta de que las empresas tiendan a compartimentalizar su funcionamiento, en diversos y numerosos departamentos en los que se asignan funciones parciales y atomizadas, evadiendo con ello la responsabilidad penal por los hechos delictivos que se cometan en su interior. Así, en el caso antes referido, y que marca el inicio de la aplicación de la teoría agregativa, el tribunal justamente consideró que los aportes de cada individuo, aún cuando no conocieran el significado antijurídico de su actuación, podían integrar el conocimiento colectivo<sup>495</sup>.

---

presentados por la compañía y varios terceros, como la cámara de comercio y la *Asociation Corporate Council*, el tribunal estimó razonable que la tripulación actuó dentro del ámbito de su empleo y siguió el precedente afirmado por el jurado en *NY Central*.

<sup>492</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 557.

<sup>493</sup> NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", op. cit., p. 70. Por su lado, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., p. 52, explica que la razón de la implatación de esta nueva forma de atribución de responsabilidad penal, se explica por la imposibilidad de identificar a algún agente que posea el conocimiento necesario para satisfacer el requisito del *mens rea*.

<sup>494</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit. p. 52.

<sup>495</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 557. Plantea la autora que este sistema de responsabilidad penal también tiene un carácter antropomórfico porque se basaría en intenciones y conocimientos presentes en los sujetos físicos que realizan la acción u omisión o un fragmento de ella.

La posición de esta teoría en la responsabilidad penal corporativa estadounidense no está clara. Hay quienes sostienen que se trata de un nuevo sistema de imputación que se aparta de la tradicional teoría vicarial, por cuanto no se requiere el elemento subjetivo individual para imputar la responsabilidad penal a la empresa, sino que se contemplan sólo parcialidades que al sumarse conforman un todo (*mens rea*) distinto y autosuficiente, que permitiría negar la ignorancia o ceguera deseada, por cuanto, cuando la empresa se estructura de una manera determinada precisamente lo hace para evitar que en uno de sus agentes concurra el conocimiento requerido para conformar el *mens rea* del delito<sup>496</sup>. Hay, otros, en cambio que la consideración una derivación de la responsabilidad vicarial.

Desde mi punto de vista, ambas posiciones son absolutamente conciliables, por cuanto el punto de partida de las respectivas teorías son los actos e intenciones de las personas físicas que actúan en el delito, como es propio de la teoría *respondeat superior*, y sobre esa base se estructura el conocimiento colectivo de la organización pero, por otra parte, logra superar el problema del necesario conocimiento y elemento subjetivo que el delito específico requiere y que en las actuaciones de organizaciones complejas resulta altamente dificultoso construir. En esa medida se aleja de la responsabilidad indirecta basada en la persona física casi por completo, y se acerca a los modelos que operan sobre la lógica de patrones de decisión colectivos, es decir, modelos integrales o de responsabilidad organizacional.

Sigue en todo caso pendiente, en mi opinión, la cuestión de la fundamentación de la responsabilidad penal de la corporación desde una óptica propia, es decir, a partir de elementos que demuestren patrones de comportamientos colectivos que tienden a la comisión de delitos, ya sea por el *high managerial* o por los empleados de menor rango, tolerándose o impulsando el delito por la propia entidad y más especialmente, respecto de aquellos delitos que tienden a reiterarse en un ámbito o área precisa y delimitada de la actividad empresarial. Por otro lado, también plantea un dudoso punto de partida, puesto que se basa en construcciones pensadas para las personas físicas en las que resulta comprobable la disposición mental para la comisión del delito.

### 1.3. El sistema australiano de responsabilidad por “organización”

El sistema australiano<sup>497</sup>, aunque será esbozado de manera muy sucinta, tiene desde la perspectiva de este trabajo gran interés porque es una muestra de la configuración de un modelo que se acerca a la responsabilidad organizacional ("integral" u "holístico"), alejándose, por tanto, de la “atribución derivada” -que opera por transferencia desde la responsabilidad personal a la de la persona jurídica-, y que toma en consideración elementos propios del gobierno corporativo que determinan la gestión y control interno de la empresa<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., pp. 52s.

<sup>497</sup> También se utiliza para hablar del sistema adoptado en el Código Penal australiano de *culture corporative*. Al respecto, véase WAGNER, M., "Corporate Criminal Liability. National and International Responses", op. cit, p. 4.

<sup>498</sup> Véase, respecto del análisis del gobierno corporativo en la responsabilidad penal corporativa australiana, HILL, J., "Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?",

Nuevamente en este caso se trata de un ordenamiento jurídico complejo, que se inserta en un sistema en el que el Estado federal, de acuerdo a la Constitución, sólo tiene potestad respecto de ciertos ámbitos normativos, entre los cuales no se encuentra el Derecho penal general. Conforme a lo anterior, la mayor parte de la legislación penal en Australia es estatal, mientras que los delitos federales se limitan a las áreas en que existe poder legislativo para su creación y promulgación. Por otro lado, la ley penal estatal varía de acuerdo a la jurisdicción de que se trate, contando algunos Estados australianos con códigos penales integrales y, otros, con una combinación de "estatuto" y *Common Law*<sup>499</sup>.

A nivel federal, el sistema australiano se basa tanto en la *identificación*<sup>500</sup> como en los modelos holísticos o integrales de responsabilidad penal de corporativa<sup>501</sup>. Con el Código Penal de 1995 (*Criminal Code Act*) -en vigor desde 2001-, se da el paso desde el modelo de la *identificación* a uno de responsabilidad propia de la entidad o de *cultura corporativa*<sup>502</sup>. La legislación australiana incorpora un tipo de responsabilidad por "organización", en la que juega un rol relevante la "cultura organizativa"<sup>503</sup>. Por otro lado, también en varias disposiciones de leyes individuales se establecen modelos de responsabilidad corporativa que se aplican a delitos particulares<sup>504</sup>.

El *Criminal Code Act* de 1995 señala que sus disposiciones se aplicarán tanto a las personas individuales como a las jurídicas, con las adecuaciones que establezca el mismo Código y con aquellas que se correspondan con la naturaleza del sujeto a quien le son aplicadas<sup>505</sup>.

En lo relativo a los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad penal, no difieren demasiado de los ya analizados con ocasión de otros ordenamientos jurídicos. En este sentido, el *Criminal Code Act* de 1995 establece en su Sección 12.2 que los elementos físicos u objetivos (*physical elements*) realizados por un empleado, agente o funcionario de una persona jurídica, deben ser atribuidos a la persona jurídica si el individuo actuaba dentro del ámbito real o aparente de su empleo o autoridad. Pero es la Sección 12.3 la de mayor interés, pues en ella se recogen elementos propios de la responsabilidad organizacional. Al respecto señala que los elementos de culpa (*fault*

---

Vanderbilt Law School, Law and Economics Research Paper Series n° 03-10, Journal of Business Law, p. 1, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), 2003, p. 4. La autora señala que la RPPJ nutre también al gobierno corporativo en tanto ayuda a promover y mejorar la gestión de ámbitos internos de la empresa.

<sup>499</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 10.

<sup>500</sup> Véase GOODE, M., "Corporate Criminal Liability", en Gunningham, N., Norberry, J., McKillop, S. (eds.), *Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September 1993*, Hobart, Canberra: Australian Institut Criminology, [www.aic.gov.au](http://www.aic.gov.au), 1995, *passim*, quien se refiere en general a la teoría de la "identificación" en todo el *Commonwealth*, pero también haciéndose cargo de la situación de tal doctrina en Australia.

<sup>501</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 25.

<sup>502</sup> NIETO MARTÍN, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op.cit., p. 130, habla de un modelo de culpabilidad propia de la empresa, término que aquí no se ha querido asumir, por las razones que más adelante se explicarán, cuando se aborde la culpabilidad de la persona jurídica.

<sup>503</sup> HILL, J., "Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?", op. cit., p.4.

<sup>504</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 10.

<sup>505</sup> *Criminal Code Act* 1995, Part 2.5, 12.1.

*elements*) consistentes en intención, conocimiento o imprudencia, relacionados con los elementos físicos u objetivos antes señalados, deben atribuirse a la persona jurídica que expresa, tácita o implícitamente los autorizó o permitió<sup>506</sup>.

El Código también contiene normas especiales para el tratamiento de la negligencia criminal corporativa, por lo que con ello se introduce de forma novedosa el delito imprudente de responsabilidad colectiva<sup>507</sup>.

Por otro lado, la conducta de la persona jurídica, esto es, la autorización o permiso para la realización del acto u omisión, puede concurrir en cuatro supuestos. En primer lugar, si la junta directiva de la persona jurídica llevó a cabo intencionalmente, a sabiendas o imprudentemente el acto correspondiente o bien autorizó o permitió la comisión del delito de forma expresa, tácita o implícita. En segundo lugar, si logra acreditarse que un alto agente directivo de la persona jurídica, intencionalmente, a sabiendas o imprudentemente participó en el acto o bien autorizó o permitió expresa, tácita o implícitamente la comisión del delito. Por último, si existió una cultura corporativa interna de la persona jurídica que ha dirigido, alentado, tolerado o provocado el incumplimiento de las disposiciones pertinentes o si se demuestra que la persona jurídica falló en crear y mantener una cultura corporativa que exigiera el cumplimiento de las normas<sup>508</sup>.

Estas dos últimas hipótesis, el *Criminal Code Act* señala que deben ser analizadas a la luz de las disposiciones contenidas en la sección 12.3.4. La misma indica que son "factores relevantes" en la aplicación de tales hipótesis: a) que el alto directivo haya facultado a alguien para la comisión de un delito del mismo o similar carácter; b) que el empleado de la persona jurídica haya creído por motivos razonables que un alto directivo ha autorizado o permitido la comisión del delito. En virtud de esta disposición, la prueba de los actos, omisiones y elementos subjetivos del personal de alto nivel, siguen siendo relevantes en relación con la cuestión del defecto o fallo que dio lugar al delito<sup>509</sup>.

El modelo contemplado en la legislación penal australiana supone, en consecuencia, que incluso cuando un agente de bajo nivel, que no estaba autorizado por su superior para cometer el delito pero tenía una "expectativa razonable" de recibir tal autorización para participar en él, pueda aplicarse la pena a la empresa. Esto permite que la responsabilidad de la entidad tenga lugar aún cuando el agente actúe sin *mens rea*, introduciendo así un estándar de negligencia<sup>510</sup>. El peso de la acción individual del directivo de alto nivel queda a criterio de los tribunales, por lo que el acercamiento o alejamiento de los modelos más antropomórficos es, finalmente, jurisprudencial.

En suma, la cuestión fundamental en este tipo de responsabilidad es si la persona jurídica adoptó las precauciones necesarias para minimizar el riesgo del delito. Por ello, si bien la persona jurídica no sería estrictamente responsable (como en Estados Unidos) por la mala conducta de los agentes, podría tener responsabilidad por negligencia o por no

---

<sup>506</sup> *Criminal Code Act*, sec. 12.2 y 12.3.

<sup>507</sup> NIETO MARTÍN, A. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op.cit., p. 132.

<sup>508</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 26.

<sup>509</sup> *Loc. cit.*

<sup>510</sup> WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op. cit., p. 137.

conocer la conducta del agente. Estas disposiciones adoptan, de este modo, un concepto amplio de responsabilidad corporativa, más que cualquier otro modelo del *Common Law*. Sin embargo, hay una "inherente ambigüedad" en el concepto de la cultura corporativa y el alcance exacto de estas disposiciones sólo puede ser delimitado a través del trabajo jurisprudencial<sup>511</sup>.

Por lo tanto, bajo la ley federal australiana es posible pero no es necesario demostrar que el delito fue cometido por un agente humano cuyos pensamientos, actos y omisiones sean imputables a la persona jurídica. Si la acusación contra la entidad está basada en la cultura corporativa se analizan de manera más amplia, como pruebas, las actitudes, políticas, reglas y los patrones de comportamiento o prácticas generales o localizadas<sup>512</sup>.

Por último, en cuanto a las sanciones impuestas a las personas jurídicas, en el año 2006, la *Australian Law Reform Commission* (ALRC) recomendó al gobierno ampliar el abanico de posibles sanciones para las empresas incluyendo órdenes de medidas correccionales, servicio comunitario y publicación, así como la modificación de la *Crime Act 1914* -entre los factores a tener en cuenta en la determinación de la pena-, de forma que se considerara además en la sentencia: el tipo, tamaño, situación financiera y cultura interna de la corporación y la existencia o ausencia de un programa de cumplimiento efectivo diseñado para prevenir y detectar la conducta criminal<sup>513</sup>.

## 2. Modelos de respuesta extrapenal en ordenamientos del *Civil Law*

Como cuestión previa, y como ya antes se esbozara, entre los ordenamientos jurídicos del *Civil Law* se encuentran aquellos en los que, si bien no existe formalmente un sistema de sanción penal, se prevén medidas administrativas sancionatorias o sistemas que, en la práctica, se acercan de manera ostensible a la respuesta penal.

### 2.1. El sistema alemán de responsabilidad administrativa<sup>514</sup>

Aunque las opiniones respecto de la responsabilidad penal corporativa han ido cambiando en Alemania a través del tiempo<sup>515</sup>, bajo la premisa de que la noción de culpa

---

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>512</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 26.

<sup>513</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 11.

<sup>514</sup> Referido a la Ley de Infracciones (OWIG) de 24 de mayo de 1968. Boletín Oficial de la República de Alemania (BGBl.) I 1968, 481, vigente desde enero de 1979.

<sup>515</sup> DÖLLING, D. y LAUE, C., "Corporate Criminal Liability in Germany. A Never Ending Story?", *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, op. cit., p. 26, sostienen que la legislación alemana actual, básicamente, no reconoce la responsabilidad penal en sentido estricto para las personas jurídicas y las asociaciones. Por su lado, LOUIS, J. y WASSMER, M. P., "Alemania", en AA.VV, *Sistemas comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 203, que

personal es imposible que sea aplicada a los entes colectivos, en la actualidad este país sigue adscrito al principio *societas delinquere non potest*, limitando la responsabilidad penal a las personas físicas. En consecuencia, el Código Penal alemán no prevé la imposición de sanciones penales a las entidades colectivas<sup>516</sup>.

Sin embargo, vale la pena mencionar brevemente dos instituciones contenidas en el Código Penal alemán (StGB), el decomiso y la confiscación, que se aplican a las personas jurídicas. En primer lugar, los art. 73 a 73e del Código Penal alemán, prevén que el autor de un delito será privado de lo que haya obtenido del acto delictivo. Así, la disposición actúa como medio para obtener justicia restauradora, recobrando aquello que el autor ha obtenido por medios ilícitos pero también tiene un efecto preventivo. En este sentido, los derechos sobre la cosa, así como las ventajas y beneficios sobre la misma están sujetos a decomiso y el mismo se extiende a la suma de dinero que corresponda al valor de lo obtenido. Lo interesante en este caso es que la orden de decomiso puede dirigirse contra otra persona, si el delincuente ha actuado por ella y si esa otra persona ha obtenido algo por la comisión del delito. Esta otra persona puede ser una persona jurídica o una asociación, de modo tal que el decomiso puede dirigirse directamente contra la persona jurídica, quien resulta, por tanto, directamente obligada<sup>517</sup>.

De conformidad con el art. 74 del Código Penal alemán, se podrán confiscar los objetos que se hubieren utilizado como medio para la comisión del delito o para su preparación. Dichos objetos se limitan a aquellos que se encuentren en posesión del autor o del partícipe o que puedan poner en peligro a la comunidad<sup>518</sup>. Luego, de conformidad con el art. 75 del Código Penal, los activos de una empresa pueden ser confiscados como *instrumenta vel producta sceleris* si el autor ha cometido el delito en calidad de representante legal de la persona jurídica. Si la persona jurídica se ha beneficiado de un delito cometido por uno de sus representantes, el tribunal podrá ordenar la confiscación de los beneficios<sup>519</sup>.

En todo caso, las disposiciones sobre comiso no establecen la responsabilidad penal colectiva, puesto que el comiso supone que la persona jurídica es privada de cualquier beneficio ilícito de la ofensa, sin que sea considerado como requisito de la culpa personal. Por su lado, la confiscación de otros objetos no es meramente preventiva, también tiene un componente de castigo al delincuente. En consecuencia, la confiscación no se puede ordenar sin culpa, por lo que se trata de una sanción cuasi-criminal<sup>520</sup>.

Dejando de lado las anteriores posibilidades de acción sobre las personas jurídicas,

---

no existe en Alemania una genuina pena para las asociaciones.

<sup>516</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", en *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., p. 228. Asimismo, en OECD WORKING GROUP ON BRIBERY, *Germany. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, [www.oecd.org](http://www.oecd.org), sobre Alemania se señala expresamente que este país no contempla una RPPJ, aunque sí puede ser responsable la persona jurídica conforme a la ley de contravenciones.

<sup>517</sup> DÖLLING, D. y LAUE, C., "Corporate Criminal Liability in Germany. A Never Ending Story?", op. cit., pp. 30s.

<sup>518</sup> *Loc. cit.*

<sup>519</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", op. cit., pp. 228s.

<sup>520</sup> DÖLLING, D. y LAUE, C., "Corporate Criminal Liability in Germany. A Never Ending Story?", op. cit., p. 31.



en términos generales, el legislador alemán no ha contemplado sanciones penales sino administrativas para las personas jurídicas, desarrolladas de manera gradual durante el siglo XX, ante la preocupación que producía la creciente influencia económica de la gran empresa<sup>521</sup>. Así, en el campo del Derecho de la competencia, un tribunal en el año 1929 dictaminó que las multas reglamentarias (*Ordnungsstrafe*) podían ser impuestas a las personas jurídicas, de modo similar a las que se imponen a las personas físicas. Posteriormente en 1949, el legislador sustituyó la multa reglamentaria por una multa administrativa aplicable a las personas jurídicas, como forma de sancionar a las mismas, pero también para responder a las voces que se pronunciaban contra la responsabilidad corporativa en el ámbito penal<sup>522</sup>.

Finalmente, el legislador adoptó la denominada Ley de Contravenciones al Orden o Ley de Infracciones de 1968 (*OWIG*), cuyos arts. 30 y 130 establecen sanciones administrativas para las personas jurídicas por la comisión de infracciones por parte de algunas de las personas físicas que allí se mencionan<sup>523</sup>.

No parece que el legislador alemán haya considerado las objeciones doctrinales formuladas a la RPPJ, por cuanto la multa, de modo similar a la RPPJ, se aplica a la empresa misma, por las actividades delictivas de sus representantes, y no a éstos. Entre dichas objeciones, cabe considerar que terceros inocentes, junto con o en lugar de los verdaderos responsables de la infracción -como es el caso de los accionistas-, pudieran verse afectados por la imposición de una sanción a la propia persona jurídica<sup>524</sup>. De este modo, las críticas que se han expresado respecto de la RPPJ son también aplicables a la sanción administrativa contemplada en el sistema alemán.

Según el art. 30 (1) *OWIG* la multa administrativa puede ser impuesta a una persona jurídica si un órgano, un representante o una persona con funciones de control dentro de la persona jurídica, ha cometido una infracción penal o administrativa, infringiendo ciertos deberes propios de la asociación<sup>525</sup>. La disposición ha resuelto el conflicto entre los que se oponían a la responsabilidad penal de las empresas por motivos doctrinales y los que vieron la necesidad práctica de imponer sanciones corporativas para responder adecuadamente a las malas prácticas instaladas en las corporaciones. A diferencia de una condena penal, una multa administrativa no implica la culpabilidad moral y, además, la multa corporativa ha sido diseñada como una "consecuencia colateral" (*nebenfolge*) del delito cometido por una persona física. Por lo tanto, la multa corporativa no se consideró incompatible con el concepto de culpabilidad personal<sup>526</sup>.

Así, la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones penales o administrativas se basa en la conducta delictiva de las personas físicas que ostentan cargos importantes en la entidad y, particularmente, desencadenan esta responsabilidad los representantes legales de la misma<sup>527</sup>. En lo específico, la referida disposición establece

---

<sup>521</sup> CLIFFORD CHANCE, "Corporate Criminal Liability in Europe", op. cit., p. 13.

<sup>522</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", op. cit., p. 229.

<sup>523</sup> LOUIS, J. y WASSMER, M. P., "Alemania", op. cit., p. 203.

<sup>524</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", op. cit., pp. 230s.

<sup>525</sup> LOUIS, J. y WASSMER, M. P., "Alemania", op. cit., p. 203.

<sup>526</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", op. cit., pp. 230s.

<sup>527</sup> *Ibidem*, p. 231.

que la sanción se impondrá a la persona jurídica o agrupación, cuando el hecho que la provoca sea cometido por: un agente de la persona jurídica o un miembro de ese órgano-agente; por los órganos de representación de una persona jurídica o un miembro de tal órgano; por el presidente de una asociación sin personalidad jurídica o un miembro de su junta directiva; por un socio autorizado para representar a la persona jurídica; por una persona con facultades en la organización. Se puede representar a una persona jurídica, una asociación no constituida o una sociedad. Puede tratarse de un gerente general de dirección o representante autorizado por una de estas entidades y, por otras personas responsables de la dirección del negocio o la gestión de una de las susodichas entidades, incluyendo los que supervisan la dirección de la entidad o están implicadas de otros modos en el control de las mismas, en el nivel ejecutivo<sup>528</sup>.

Una vez que se ha establecido que el infractor individual ostentaba uno de estos cargos o actuaba con estas facultades, el fiscal debe demostrar que los deberes de la persona jurídica o la asociación han sido violados a través de la comisión de la infracción o que la entidad se ha enriquecido o, por lo menos, que el acto estaba destinado a enriquecerla. Los deberes y obligaciones de la entidad, así como la gama de delitos por los cuales puede ser responsable, son determinados teniendo en cuenta los objetivos de la misma, los que a su vez indican el alcance de su riesgo corporativo<sup>529</sup>.

En consecuencia, la entidad no es responsable de cualquier delito cometido por sus representantes, sino que es necesario que exista un vínculo específico entre la comisión del hecho y la propia persona jurídica o asociación de personas<sup>530</sup>. Esos vínculos, como ya se mencionó, son, por tanto, el incumplimiento por parte de la entidad de las obligaciones y deberes legales que le han sido impuestos a la misma, o bien que se hubiere enriquecido o que existiera la expectativa de ese enriquecimiento. De acuerdo al texto del art. 30 OWIG esos requisitos son alternativos, por lo que basta con la concurrencia de uno de ellos para entender cumplido el vínculo exigido.

Alguna parte de la doctrina sostiene que el autor debe haber cometido el delito, al menos parcialmente, en el interés de la sociedad (la llamada "teoría del interés"). Sin embargo, esto no es un argumento convincente en lo que respecta a las infracciones negligentes que no se cometen en interés del autor ni de la corporación. Por lo tanto, la responsabilidad corporativa sólo debe ser excluida cuando el representante únicamente perseguía su propio (privado) interés con la comisión del delito, particularmente si estaba actuando contra los intereses de la corporación<sup>531</sup>. Se afirma que el art. 30 OWIG muestra claramente que ambos hechos –el interés corporativo (enriquecimiento) y las obligaciones

---

<sup>528</sup> LOUIS, J. y WASSMER, M. P., "Alemania", op. cit., p. 203, señala que pueden ser sancionadas en estos casos sólo las personas jurídicas: sociedades anónimas o por acciones, sociedades de responsabilidad limitada, fundaciones, etc., y determinadas agrupaciones de personas, a saber, asociaciones sin personalidad jurídica y sociedades de personas como sociedades en comandita, sociedades comerciales abiertas y ciertas sociedades de Derecho civil, por otro lado, también señalan que el círculo de autores que realizan el hecho de conexión con la persona jurídica, incluye a sujetos que realizan las funciones allí señaladas de "facto"; véase también PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 31.

<sup>529</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 31.

<sup>530</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", op. cit., p. 236.

<sup>531</sup> LOUIS, J. y WASSMER, M. P., "Alemania", op. cit., p. 204.

de la corporación y su violación- son capaces de desencadenar la responsabilidad corporativa. Por lo tanto, esta responsabilidad corporativa puede estar basada en la violación de los deberes sociales, incluso si el autor actuó contrariamente al interés social<sup>532</sup>.

Por otro lado, dado que la disposición legal en análisis, establece un sistema de lista cerrada de directivos que pueden desencadenar la responsabilidad de la entidad, parece asumirse un modelo similar al de la *identificación* aplicado en Reino Unido y Gales, aunque la identificación de la persona física que ha cometido la infracción que desencadena la sanción administrativa no es necesaria, por lo que se trata de un sistema más flexible que aquél<sup>533</sup>. En efecto, aunque el art. 30 OWIG no requiere, en principio, la condena de la persona física, la multa corporativa se impone en el marco del procedimiento penal o administrativo que se está llevando contra de la persona física identificada. Sin embargo, si las autoridades competentes no instruyen o posteriormente terminan de proceder contra la persona física, la corporación puede ser multada en un procedimiento separado. Por ello se sostiene que la multa corporativa puede imponerse incluso si el autor humano no puede ser identificado, siempre que se establezca que uno de los representantes de la corporación mencionados en la disposición en análisis cometió el delito<sup>534</sup>.

Pero la Ley de Contravenciones también contempla otra disposición relativa a las personas jurídicas. Se trata del art. 130 OWIG, contemplado dentro de la sección de violaciones de los deberes de vigilancia en empresas, en virtud del cual una corporación puede ser, indirectamente, sancionada por el incumplimiento de los deberes corporativos cuando tal infracción es el resultado de un incumplimiento por parte de un representante de la empresa de cumplir fielmente sus deberes de supervisión<sup>535</sup>. En este segundo supuesto la empresa no se hace responsable por la infracción en sí, sino por falta de una persona física (socios u órganos<sup>536</sup>) que lleve a cabo sus deberes de supervisión, incluyendo la selección cuidadosa, el nombramiento y la supervisión de los representantes corporativos<sup>537</sup>.

En lo específico la disposición señala que cometerá la infracción el propietario de una empresa que de manera premeditada o por negligencia, no ha adoptado las medidas de supervisión necesarias para prevenir la infracción de sus deberes como dueño de la entidad. El ilícito penal o administrativo mediante el cual se viola la obligación de la entidad es una condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, lo que se castiga y multa es el abandono de las medidas de control, lo que habría impedido o al menos dificultado la violación de las obligaciones de la organización. En otras palabras, un aumento en el riesgo, por una supervisión descuidada, es suficiente para que la sanción se imponga. Por otro lado, aunque el ilícito sea de orden penal, la conducta de descuido en la

---

<sup>532</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", op. cit., pp. 236s.

<sup>533</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>534</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>535</sup> DÖLLING, D. y LAUE, C., "Corporate Criminal Liability in Germany. A Never Ending Story?", op. cit., p. 33.

<sup>536</sup> *Loc. cit.*

<sup>537</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 31.

labor de vigilancia y control sigue siendo una infracción administrativa<sup>538</sup>.

En el caso del art. 130 OWIG la sanción consiste, como ya se señaló, en una multa cuando la contravención hubiera podido evitarse mediante la adopción de una supervisión adecuada. En tal responsabilidad también incurren las empresas del sector público. Por último, la disposición indica que la cuantía de la sanción de multa se determinará dependiendo de si la violación de deberes acarrea una pena o bien a una multa.

## 2.2. El sistema italiano de responsabilidad administrativa directa<sup>539</sup>

Respecto de la naturaleza del modelo escogido cabe hacer ciertas consideraciones y detenerse un momento a analizar por qué el legislador italiano ha asumido la vía administrativa. Lo anterior por cuanto, como se verá, los elementos que lo conforman parecen adecuarse de mejor manera a una naturaleza auténticamente penal. Pero también porque con ello se revela lo conflictivo y laborioso que ha sido establecer sanciones de carácter penal para las personas jurídicas en toda la órbita de los países pertenecientes al *Civil Law*. Por otro lado, el análisis más en detalle del contenido de esa responsabilidad también resulta relevante dado que éste ha servido como modelo en la consagración de la responsabilidad penal corporativa en Chile.

En 2001 el legislador italiano introdujo un modelo de *responsabilidad directa* de las entidades colectivas en su ordenamiento jurídico<sup>540</sup>. Pero el debate largo y dificultoso que lo antecedió se debió, en gran medida, a las reticencias de la doctrina y a las limitaciones constitucionales y legales del ordenamiento jurídico italiano que impedían consagrar este tipo de responsabilidad penal<sup>541</sup>. En consecuencia, se ha optado por una responsabilidad administrativa, aunque con características peculiares.

En efecto, en Italia la diferenciación entre las consecuencias jurídicas aplicables a las personas físicas y jurídicas es evidente, restringiéndose la sanción penal a los seres

---

<sup>538</sup> DÖLLING, D. y LAUE, C., "Corporate Criminal Liability in Germany. A Never Ending Story?", op. cit., p. 33.

<sup>539</sup> Se encuentra contenido en el D. Legs. 8 giugno 2001, n. 231 "Disciplina della Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società", Gazzeta Ufficiale n. 140 del 19-06-2001. En el texto: Decreto Legislativo n° 231.

<sup>540</sup> Señala MANNOZZI, G. y CONSULICH, F., "Criminal Liability of Corporations in the Italian Legal System: an Overview", *La responsabilità penale des personnes morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, op. cit., p. 207, que con esta nueva responsabilidad se pudo resolver un problema político-criminal específico, garantizando una respuesta efectiva a la necesidad de protección real en el ámbito de la criminalidad empresarial.

<sup>541</sup> Véase respecto del arduo debate que se ha planteado respecto de su naturaleza jurídica, PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", op.cit., p. 416. En todo, caso muchos son los que se pronuncian derechamente por su naturaleza penal, entre ellos, véase MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", *Revista Penal*, n° 13, 2004, p. 118. También véase, DE VERO, G., *La Responsabilità Penale delle Persone Giuridiche*, en Grosso, C., Padovani, T. y Pagliaro, A. (dirs.), *Trattato di Diritto Penale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 116, quien también se pronuncia por su naturaleza penal; lo mismo ocurre con BRAMIERI, M., BAGAGLIA, D., FIRMANI, A. y MIFSUD, A., *La Responsabilità Amministrativa e Penale delle Imprese*, Egea, Milano, 2008, p.16.

humanos, únicos que pueden entender el peso de la sanción punitiva. En este marco, el art. 197 del Código Penal<sup>542</sup> es una clara manifestación de tal enfoque. Esta disposición establece sólo una responsabilidad civil subsidiaria para las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus representantes, directivos o empleados cuando el delito constituye una violación de los deberes relacionados con las cualificaciones profesionales del autor del delito o éste se ha cometido en interés de la persona jurídica<sup>543</sup>.

La objeción a la RPPJ, encuentra su fundamento en el art. 27 (1) de la Constitución italiana, que establece como principio la responsabilidad penal personal<sup>544</sup>, lo que da cuenta de que en el Derecho penal italiano existe una "huella ética innegable"<sup>545</sup>. En ese sentido, en la doctrina y la legislación se observa que el concepto de culpa y el de naturaleza personal de la responsabilidad penal presuponen un conjunto de factores físico-psíquicos que sólo pueden ser identificados en las personas físicas, por lo que la imputación de la responsabilidad penal requiere una conexión psicológica, es decir, una intención culpable o subjetiva. Por ello, admitir el principio de la RPPJ sería violar irremediablemente el principio de la naturaleza personal del acto criminal que surge del mencionado art. 27 de la Constitución y, con ello, la idea de que las personas jurídicas no son capaces de sufrir las consecuencias del acto criminal<sup>546</sup>.

Pese a lo anterior no son pocos los que han calificado el sistema de responsabilidad corporativa en Italia como un "*fraude de etiquetas*" estimando que, en realidad, en él existen elementos propios del Derecho penal pero con el rótulo de "administrativo"<sup>547</sup>.

La introducción de la nueva regulación, a través del Decreto Legislativo n° 231, surge al amparo de la Ley n° 300 de 20 de septiembre de 2000, respondiendo con ello a las demandas por regular aspectos como la corrupción interna o ilícitos que se realizan fuera de los límites nacionales<sup>548</sup>. En tal marco, la creación de esta responsabilidad corporativa directa responde, por una parte, a la necesidad de armonizar y agilizar respuestas sancionatorias entre los Estados y, por la otra, reprimir lo que actualmente es una de las manifestaciones más importantes y peligrosas del delito, esto es, el desarrollado por la empresa, a través de estructuras organizadas y complejas<sup>549</sup>.

Por su lado, la opción por una responsabilidad colectiva de tipo administrativa por

---

<sup>542</sup> Dicha disposición señala: "*Gli enti forniti di personalita' giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualita' rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolubilita' del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta*".

<sup>543</sup> DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., p. 256.

<sup>544</sup> AMBROSETTI, E., MEZZETTI, E., RONCO, M., *Diritto Penale dell'impresa*, op. cit., p. 37.

<sup>545</sup> DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., p. 256.

<sup>546</sup> *Loc. cit.*

<sup>547</sup> MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 118.

<sup>548</sup> MUSCO, E., *Ibidem*, p. 117. El autor sostiene que específicamente se buscaba cubrir las hipótesis delictivas de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

<sup>549</sup> GARUTI, G., "La Responsabilità Penale delle Persone Giuridiche", *Camera di Commercio de Modena*, 2008, p. 22. En especial sobre los problemas que se han producido por las relaciones entre la empresa y las redes internacionales de delincuencia, véase CENTONZE, A., *Criminalità Organizzata e Reati Transnazionali*, Giuffrè Editore, Milano, *passim* y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, Comares, Granada, 2009, *passim*.

los delitos cometidos por directivos o subordinados de la entidad, aún hoy, constituye un "hecho político criminal" de relevancia en el ordenamiento jurídico italiano<sup>550</sup>. Esa denominación de la nueva normativa se ha transformado en un ejemplo de fuerte "actualidad", en lo relativo al enfrentamiento entre el Derecho penal y otras disciplinas del Derecho<sup>551</sup>, como ocurre en este caso con el ámbito administrativo. Y esa relación que se genera entre el Derecho penal y el administrativo por virtud del Decreto Legislativo n° 231, demuestra que la ley italiana siempre ha sido tímida frente al principio de la RPPJ.

En la doctrina italiana el debate gira en torno al hecho de que la responsabilidad colectiva, no obstante ser de carácter administrativo, está directamente conectada a una infracción penal. Por otro lado, las sanciones aplicables, aún siendo administrativas, revisten la gravedad propia de las penales. Por ello, y en consideración a posibles problemas de "garantía", el legislador italiano ha resuelto el problema otorgando garantías del más alto nivel, a saber: el principio de legalidad y la aplicación de la ley más favorable, en relación con todos los requisitos de la responsabilidad. Por tanto, la línea adoptada se aviene con los principios y garantías del Derecho penal, por lo que esta responsabilidad administrativa se dilucida en la jurisdicción penal, en la que se aplican garantías de defensa de las personas jurídicas equivalentes a las previstas para el imputado individual<sup>552</sup>.

Por lo tanto, estaríamos ante un subsistema autónomo que es definido por la doctrina como un sistema punitivo, que abarca tanto el Derecho penal como el sistema de infracciones "administrativas". En la medida que se rige por una legislación autónoma, el nuevo subsistema no parece necesitar de suplementos externos, con la salvedad de que el primer presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica está constituido por el delito cometido<sup>553</sup>. Se habla así, de un sistema "punitivo" dirigido a las personas jurídicas, en tanto, contiene elementos propios de las garantías contempladas en el Derecho penal y que deben ser contempladas en esta regulación también<sup>554</sup>.

El informe que acompaña el Decreto Legislativo n° 231 se refiere a la nueva responsabilidad como un *tertium genus* que une las características esenciales de los sistemas penales y administrativos "en el intento de adaptar las razones de la eficacia preventiva (es decir, la capacidad de la ley para prevenir crímenes) con las, aún más importante, garantías máximas (es decir, respeto de los principios básicos del Derecho penal)"<sup>555</sup>.

Por lo anterior, ha sido difícil ubicar claramente la institución establecida por el Decreto Legislativo n° 231 en la legislación penal o en la administrativa. En este sentido, algún académico<sup>556</sup> ha señalado que si no se desea aceptar la etiqueta ambigua de *tertium genus*, y no es posible llegar a liberarse de la necesidad de clasificar, entonces podría aplicarse la etiqueta de "*responsabilidad por delitos penales*": con esta formulación se identifican

---

<sup>550</sup> MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 118.

<sup>551</sup> PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", op.cit., p. 416.

<sup>552</sup> *Loc. cit.*

<sup>553</sup> El art. 1.1 señala expresamente esa conexión al señalar, respecto del alcance de esta normativa, que regula la responsabilidad penal de las entidades por infracciones administrativas derivadas del delito.

<sup>554</sup> PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", op.cit., p. 416.

<sup>555</sup> DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., p. 258.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 260.

las diferencias en el marco legal que la nueva legislación pretende llenar; evoca el contenido normativo de la ley, y deja en claro que las sanciones son parte de la nueva institución. Por tanto, representa una fórmula dogmáticamente neutral<sup>557</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, es claro que esta normativa, aunque con rótulo de administrativa, parece estar mucho más cerca de una responsabilidad auténticamente penal<sup>558</sup>. Por otro lado, esa etiqueta elegida transmite un mensaje de menor gravedad y menor desaprobación con respecto a la responsabilidad penal, con lo que se eluden los mensajes simbólicos que el Derecho penal es capaz de transmitir a la sociedad respecto del delito, con la consiguiente merma comunicativa de la sanción.

Dentro de la parte general del Decreto Legislativo n° 231 se contienen, además de las normas antes mencionadas relativas a principios garantísticos aplicados a los sujetos destinatarios de sus normas, otras que disponen el tipo de sujeto responsable penalmente, esto es, las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad jurídica, excluyendo de su ámbito de aplicabilidad al Estado y otros organismos públicos<sup>559</sup>.

Respecto de la relación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, la normativa establece una especie de derivación de la infracción administrativa del delito cometido por algunas de las personas físicas que el mismo texto legal señala. En otras palabras, se trata de un hecho delictivo cometido por estas personas, del cual se deriva otro hecho autónomo, representado por la infracción administrativa que da lugar a la responsabilidad administrativa regulada en el sistema del Decreto Legislativo n° 231<sup>560</sup>. Pero la distinción entre el hecho delictivo y el administrativo, de acuerdo a algún autor<sup>561</sup>, no sería tal, por cuanto a la entidad le es imputado el mismo hecho "histórico", cambiando en realidad la calificación del mismo. Esa doble calificación del hecho se provocaría por la posición en que se encuentran al interior de la organización los sujetos que han cometido el supuesto calificado penalmente, esto es, en puestos de representación, dirección o administración.

En términos generales, el criterio de imputación del hecho a la entidad es la comisión del delito por ciertas categorías de sujetos, en "favor" o "interés" de la misma<sup>562</sup>. Por lo tanto, se utiliza la técnica de la designación de los sujetos físicos que con sus actos desencadenan la responsabilidad administrativa de la entidad. Esa identificación indicaría

---

<sup>557</sup> *Loc. cit.*

<sup>558</sup> Lo que aportaría según, ZOPPINI, A., "Imputazione dell'illecito Penale e <<responsabilità amministrativa>> nella teoria della persona giuridica", *Rivista delle Società*, 2005, p. 1315, un grado importante de incerteza.

<sup>559</sup> El art.1.2 señala que este tipo de responsabilidad recaerá sobre las personas jurídicas y respecto de sociedades o asociaciones aunque carezca de dicha personalidad. Por otro lado, el art.1.3, excluye expresamente al Estado, organismos públicos territoriales, a otros organismos públicos no económicos y a los organismos que llevan a cabo funciones constitucionales.

<sup>560</sup> En el mismo sentido, MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", *op. cit.*, p. 120.

<sup>561</sup> *Loc. cit.*

<sup>562</sup> PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", *op.cit.*, p. 417. El art. 5 señala al respecto que: "1. L'ente e' responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonche' da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)".

que se ha utilizado en la construcción del sistema el modelo "orgánico"<sup>563</sup>, coherentemente con lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución italiana. Asimismo, el requisito de que la persona física que ha cometido el delito actúe *en interés* o *en beneficio* de la organización asegura la identificación del autor del delito, satisfaciendo con ello el principio de la responsabilidad personal impuesto por la Constitución. De hecho, la existencia de un vínculo relevante entre el individuo y la persona jurídica es lo que permite identificar a las organizaciones como las protagonistas en todos los eventos de la vida económica de la empresa, pero también como la fuente del riesgo en relación con el delito<sup>564</sup>.

Esos sujetos señalados expresamente por el Decreto Legislativo n° 231 en su art. 5.1.a son quienes ejercen funciones de representación, de dirección o administración de la entidad o de una unidad dotada de autoridad financiera y funcional. Pero la disposición también incluye a las personas que ejerzan, aunque sea *de facto*, las funciones antes señaladas. Se trata, por tanto, de personas que en el interior de la organización ostentan cargos de relevancia, es decir, los altos directivos de la misma<sup>565</sup>, más allá de la mera titularidad del cargo. Esta distinción entre quienes ostentan y ejecutan formalmente la función y aquellos que la ejercen *de facto*, sería la expresión práctica de la "teoría funcional"<sup>566</sup> adoptada por el sistema, dando con ello prioridad a la ejecución real de funciones de nivel superior a través de la concesión de tales poderes en los documentos o actos oficiales de la organización<sup>567</sup>.

Pero también es posible que la actuación de personas que no están en los altos cargos directivos y de representación de la organización de lugar a la responsabilidad administrativa, y así lo señala el propio art. 5.1.b, al incluir a los empleados que se encuentren bajo la autoridad y supervisión de las personas señaladas en la letra a)<sup>568</sup>. Dentro de esta categoría se encontrarían los trabajadores subordinados<sup>569</sup>.

Por otro lado, la imputación del hecho cometido por el directivo o el subordinado sólo puede tener lugar cuando el mismo es cometido *en interés* o *en beneficio* de la organización, elementos sin los cuales no se entenderá responsable esta última<sup>570</sup>. Además el propio texto legal expresamente excluye la imputación en aquellos casos en los que el delito fue cometido en interés del propio delincuente o cuando se ha cometido en interés de terceros que no son la entidad<sup>571</sup>. Por tanto, los criterios de imputación exigidos han llevado a algunos a plantear que la existencia de este requisito implicaría que no sólo se

---

<sup>563</sup> AMBROSETTI, E., MEZZETTI, E., RONCO, M., *Diritto Penale dell'impresa*, p. 47.

<sup>564</sup> DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., pp. 261s.

<sup>565</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>566</sup> MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 118.

<sup>567</sup> De acuerdo a las posiciones de MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 118; y DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., p. 262, los auditores internos de hecho permanecen fuera del marco legal en este sentido, ya que se considera que ellos "no tienen control generalizado sobre la organización".

<sup>568</sup> Señala el art.5.1"b) *da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)*".

<sup>569</sup> Añade MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 119, que estarían también aquí comprendidos los sujetos "asociados" y los que ejercen control sobre una unidad organizativa pero que carecen de autonomía en dicho control conforme lo señala el art. 5.

<sup>570</sup> Véase más en detalle, AMBROSETTI, E., MEZZETTI, E., RONCO, M., *Diritto Penale dell'impresa*, pp. 58ss.

<sup>571</sup> Señala el art.5.2 que " *L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*".



exige el *actus reus* del delito imputable a la entidad, sino también ciertos elementos subjetivos que deben estar presentes en la mente de los sujetos físicos, en el sentido de una expectativa de ventaja para la entidad de la que debió ser consciente el autor del hecho<sup>572</sup>.

Respecto del sentido y alcance del *beneficio*, me inclino a considerar que se trata de un elemento objetivo y participo de la opinión de algunos autores que entienden que se trataría de un término que forma parte de uno más genérico, el "interés". Este se examina, en relación con la entidad, como el objetivo perseguido por ésta y, por tanto, no en relación a los "intereses" del sujeto que ha realizado la conducta delictiva. El examen, en consecuencia, deberá hacerse en clave objetiva y *ex post* o *a posteriori*<sup>573</sup>. Una solución distinta, esto es, entender el requisito como elemento presente en la conducta del agente, dificultaría en demasía la imputación del delito a la entidad debiendo, en tal caso, buscarse intenciones o subjetividades muy complejas de probar. Por lo demás, lo que parece importar realmente es que el hecho estaba destinado a beneficiar a la empresa, y que su comisión se realizó en el "ámbito" de la empresa.

Pero la identificación del autor del delito no siempre se exigirá para dar lugar a la imputación del hecho delictivo a la entidad, pues como señala el art. 8<sup>574</sup> también puede existir una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, es decir, que no existe una dependencia absoluta entre la responsabilidad de la persona jurídica y la de los directivos o subordinados de la entidad. Dicho artículo menciona dos supuestos en los que la responsabilidad de la entidad podrá establecerse con independencia de la responsabilidad de la personas físicas. Primero, cuando el autor del delito no pueda ser identificado o imputado y, segundo, cuando se haya declarado la extinción de la responsabilidad por causas distintas de la amnistía, es decir, cuando concurren factores como la prescripción del delito.

Se trata, en particular en el caso de la imposibilidad de identificación, de un fenómeno altamente frecuente en la criminalidad empresarial y que explica, en parte, la consagración de este tipo de responsabilidad en Italia<sup>575</sup>. La existencia de esta hipótesis de responsabilidad para la entidad confirmaría, por tanto, que sólo se trasladaría al ámbito del ilícito administrativo de la entidad el delito objetivo, quedando excluidos los elementos subjetivos y la culpabilidad integrantes de la conducta del agente. Lo único que deberá acreditarse, en caso de imposibilidad de identificar a la persona física autora del ilícito, es el "área de donde proviene" el delito. Esto es, si efectivamente se ha cometido en el ámbito del empleo de los cargos directivos o de los subalternos, además del *interés* de la entidad en la comisión del mismo, por lo que, una vez comprobados estos elementos, la responsabilidad se analiza respecto de la propia empresa<sup>576</sup>.

---

<sup>572</sup> Así lo plantea, por ejemplo, DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., p. 262.

<sup>573</sup> En tal posición se encuentran PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", op.cit., pp. 418s.; y MUSCO, E., "La responsabilità penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 119.

<sup>574</sup> Señala tal art. en su número 1: "La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia".

<sup>575</sup> MUSCO, E., "La responsabilità penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 119.

<sup>576</sup> En este sentido, véase *loc. cit.*

Pero también se ha sostenido que si el art. 8 se interpretara como la "clave" explicativa de la legislación en análisis, la exención de la prueba de la intencionalidad del infractor podría convertirse en un criterio general, que sería válido no sólo en casos limitados en los que el delincuente no ha sido identificado, sino también cuando a pesar de haber sido identificado no se puede probar que ha actuado intencional o negligentemente. Por ello, el art. 8, haría que la responsabilidad administrativa partiera de la mera comisión de un acto criminal no identificable con sujetos determinados<sup>577</sup>.

Entre los argumentos de defensa<sup>578</sup> que podría oponer la entidad frente a la imputación del delito cometido, se ha contemplado la adopción e implementación "efectiva", por el órgano de administración, de protocolos de control de gestión y organización adecuados para la prevención de delitos como el cometido<sup>579</sup>. En todo caso, debe distinguirse entre las distintas hipótesis que baraja la legislación en análisis, por cuanto la intensidad de la relación de colaboración con el autor del delito determina la carga de la prueba que recae sobre la entidad. Así, si el delito es cometido por personas en puestos de responsabilidad, la persona jurídica sólo puede quedar exenta de responsabilidad penal si prueba que la infracción se cometió evadiendo fraudulentamente el modelo organizativo adoptado. Sin embargo, cuando el delito es cometido por personal que está en puestos de menor rango, la adopción de un modelo de organización es suficiente para determinar la irresponsabilidad de la persona jurídica<sup>580</sup>.

Los referidos protocolos deben ser adecuados para identificar las áreas de actividad donde los delitos pudieron ser cometidos. Deben además contemplar la aplicación de programas de entrenamiento e implementación, identificar las formas de gestión de los recursos financieros de una manera que impida la comisión de los delitos, asegurar que existe una comunicación interna adecuada y contemplar un sistema efectivo de sanciones por los fallos en la aplicación de los controles pertinentes<sup>581</sup>.

Además es necesario que la entidad cuente con un órgano interno, denominado "comité de vigilancia", destinado a supervisar todos los aspectos antes mencionados y con poderes independientes para cumplir su misión. Respecto de los sujetos físicos que trabajan en la empresa, existe un elemento que no es resorte de la propia entidad, sino que se analiza en relación con la conducta del propio infractor y, como ya se dijo, consiste en que los directivos y administradores cometan el delito evadiendo *fraudulentamente* los controles internos y que el referido comité de vigilancia no haya dejado, en momento alguno, de ejercer sus funciones de control de los sistemas de prevención de comisión de delitos. La carga de la prueba en este caso se invierte, pues se parte de la tesis de que los altos directivos expresan la política corporativa, por lo que ellos están plenamente

---

<sup>577</sup> AMBROSETTI, E., MEZZETTI, E., RONCO, M., *Diritto Penale dell'impresa*, op. cit., p. 69.

<sup>578</sup> Estos argumentos de defensa conforman lo que, entre otros, MANNOZZI, G. y CONSULICH, F., "Criminal Liability of Corporations in the Italian Legal System: an Overview", op. cit., p. 215, derechamente denominan "culpabilidad de la organización".

<sup>579</sup> Tal regulación se encuentra contemplada en el art. 7 del Decreto Legislativo n° 231. Véase al respecto GARUTI, G., "La responsabilità penale delle persone giuridiche", op. cit., p. 22; y PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", op.cit., p. 421.

<sup>580</sup> ZOPPINI, A., "Imputazione dell'illecito penale e <<responsabilità amministrativa>> nella teoria della persona giuridica", op. cit., p. 1324.

<sup>581</sup> PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", op.cit., pp. 421s.

identificados con la organización<sup>582</sup>. En consecuencia, se deberá probar por la entidad los aspectos antes mencionados, esto es, que se "evadió fraudulentamente" el modelo organizativo, que existía un programa de cumplimiento efectivo y que el órgano de control ha existido y actuado.

Por su lado, cuando el delito es cometido por los empleados que se encuentran bajo supervisión de los sujetos que se encuentran en posiciones directivas y de control de la entidad corporativa, sólo se establecerá la responsabilidad de la persona jurídica si se puede demostrar que la comisión del delito fue posible por el incumplimiento de los protocolos de control interno. Con ello la responsabilidad de la entidad se desvincula en mayor medida de los comportamientos individuales para acercarse al examen de los comportamientos colectivos u organizacionales. Sin embargo, aquí el *quid* del sistema es el *defecto de organización*, pues puede servir para demostrar que, con anterioridad a la comisión del delito concreto, la entidad corporativa había adoptado y aplicado efectivamente un sistema de organización, gestión y control que era adecuado para evitar la comisión del delito en cuestión. De probarse, la entidad se verá libre de responsabilidad<sup>583</sup>.

En suma, como puede observarse, se ha adoptado un sistema basado en la misma lógica de incentivos y cargas que el sistema estadounidense, en el que los programas de cumplimiento han llegado a tener una enorme relevancia. Así se incentiva la función preventiva del Derecho penal aún cuando se trate, como en este caso, de un sistema punitivo administrativo<sup>584</sup>. Por ello, en términos generales, tanto el art. 6 como el art. 7 del Decreto Legislativo n° 231, siguen la opción de incorporar formas de "culpabilidad organizacional" o sistemas integrales de responsabilidad corporativa, aunque también siguen dependiendo de la actuación de personas físicas.

El art. 6 parte de la base de una incorrecta "elección de la política empresarial", mientras que el art. 7, referido a la comisión del delito por personas en posición de subordinación dentro de la organización, pone el acento en la "falta o defecto de organización" más que en la elección de la política empresarial, por cuanto se trata en este caso de una mala o inexistente implementación de sistemas de control que impidan la comisión del delito<sup>585</sup>.

Por último, cabe precisar que no se requiere que el programa de prevención de delitos sea inexpugnable ante las infracciones, pues en tal caso la existencia o inexistencia de tales programas no tendría incidencia en la determinación de la responsabilidad. Más bien lo que, en teoría, se exige es que se trate de sistemas de control que demuestren su funcionalidad y eficiencia, más allá de la comisión del específico delito, para reducir las fuentes de peligro. Por ello la periodicidad en la revisión de los modelos resulta clave, pues con ella podrá garantizarse el buen funcionamiento y su capacidad de adaptación a los cambios, ya sean funcionales o estructurales que asuma la entidad a lo largo del tiempo<sup>586</sup>.

---

<sup>582</sup> DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., p. 263.

<sup>583</sup> PULITANÒ, D., "La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d'imputazione", op.cit., pp. 421ss.

<sup>584</sup> DE MAGLIE, C., "Societas delinquere potest? The Italian Solution", op. cit., p. 264.

<sup>585</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>586</sup> AMBROSETTI, E., MEZZETTI, E., RONCO, M., *Diritto Penale dell'impresa*, op. cit., p. 65.

Con ello se demuestra la especial relevancia que se otorga a los modelos organizacionales y el valor que las pautas colectivas de decisión tienen en las organizaciones empresariales, por encima de las decisiones personales. Así, en la consideración de la ética y el buen funcionamiento corporativo, existe una clara influencia de los modelos estadounidenses y anglosajones.

Hay también, elementos que evidencian la intención del legislador de generar un sistema de autocontrol alejándose, por ende, del heterocontrol. Ello queda de manifiesto al examinar el funcionamiento del órgano de vigilancia interno, el que incluso puede imponer sanciones ante el incumplimiento de las normas internas de la empresa. El objetivo de la existencia de un sistema de sanciones internas sería incluir una especie de filtro que actúe a la vez como nexo entre la empresa y el juez, instando a que la propia empresa sea la que elimine los fallos que llevan a la comisión de delitos y disminuyendo el control social externo<sup>587</sup>.

### 3. Modelos de respuesta penal en ordenamientos del *Civil Law*

#### 3.1. El sistema francés de responsabilidad "*par ricochet*"

Bajo la vigencia del Código Penal francés de 1810 el debate acerca de una eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas se encontraba fuera del ámbito legal y doctrinal rigiendo, casi sin oposición, el principio *societas delinquere non potest*. Durante el siglo XX, la situación se mantuvo sin cambios, siendo incluso reforzada la posición a favor de la irresponsabilidad penal de las entidades por el Tribunal Constitucional<sup>588</sup>.

Fue sólo a finales del siglo pasado, a propósito de la discusión acerca del nuevo Código Penal francés, que se comenzó a plantear el cambio de paradigma<sup>589</sup>. El Derecho comparado y las necesidades político-criminales dieron lugar a la introducción de la responsabilidad penal colectiva en el Código Penal que entró en vigor el 1 de marzo de 1994<sup>590</sup>. En efecto, las razones prácticas parecen haber sido las que predominaron en la decisión de introducir la nueva responsabilidad, pues se pensó que sería una forma de mejorar la aplicación de la ley y, especialmente, de afrontar de manera efectiva la

---

<sup>587</sup> DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian Solution", op. cit., p. 264.

<sup>588</sup> PLANQUE, J., "La responsabilité pénale des personnes morales en Droit français: une oeuvre encore perfectible", en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, op. cit.; PRADEL, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones", Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo de Bisgovia, 2 y 3 mayo de 1998, [www.perso.unifr.ch](http://www.perso.unifr.ch), p. 76.

<sup>589</sup> Respecto de los argumentos en contra y a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia, véase, MAURO, C., "Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales. Elements de droit compare", Daury-Fauveau, M. y Benillouche, M. (dirs.), *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, PUF, 2009, pp. 62ss.

<sup>590</sup> PRADEL, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones", op. cit., p. 76. Respecto del impacto de las necesidades político criminales y las nuevas formas de delincuencia en Francia, véase PEREIRA, B., *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, Editions EMS, 2011, pp. 38ss.

criminalidad de empresa. También estuvo en la mente de los legisladores la idea de permitir una más justa imputación de la responsabilidad penal personal, en relación con los directivos de empresas. Por otro lado, aunque la normativa ha despertado debates la mayoría de la doctrina es partidaria de esta responsabilidad<sup>591</sup>.

Es el art. 121-2 el que establece el principio de responsabilidad penal corporativa, señalando que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos, por su cuenta, por sus órganos y representantes, de conformidad con los arts. 121-4 a 121-7<sup>592</sup>.

Dicha disposición, introducida por la Ley n° 92-683 de 22 de julio de 1992 -de reforma del Libro I del Código Penal (Disposiciones generales)- contiene, además del principio general de la responsabilidad penal de las entidades, los criterios específicos que la regulan<sup>593</sup>.

La primera cuestión que se ha presentado en la doctrina francesa es la relativa a la naturaleza de la responsabilidad. Se ha señalado que su regulación se inspira en la teoría de la *realidad*, de acuerdo con la cual la persona jurídica consiste en un fenómeno sociológico que se estructura y manifiesta por una voluntad colectiva, de la que deriva su reconocimiento y protección legal. En este sentido, la *Cour de Cassation* ha afirmado que la responsabilidad corporativa es de carácter representativo o *par ricochet*, es decir, indirecta o "por rebote"<sup>594</sup>. De acuerdo con ello, opera sólo a través de la intervención de terceros, personas naturales, señalados en la propia norma que consagra tal responsabilidad: los miembros de los órganos y representantes de la organización.

Conforme a lo anterior, no hay una imputación directa del delito a la entidad, sino indirecta, esto es, a través de la atribución de responsabilidad a los sujetos físicos que trabajan en ella. A pesar de ello, se sostiene por algunos que no se trata de una responsabilidad por el *hecho de otro*, pues en tal caso se estaría infringiendo el principio de la responsabilidad penal personal, establecida en el art. 121-1 de su Código Penal. Se trataría de una responsabilidad *propia* de la organización<sup>595</sup>.

En cuanto a los delitos a los que puede extenderse la responsabilidad de las

---

<sup>591</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", en *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., p. 151.

<sup>592</sup> ABDEL SAMAD, S., *La responsabilité pénale des sociétés. Dans le droit libanais et le droit français*, Édition Alpha, Paris, 2010, p. 10. El artículo 121-2 señala: "Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3". Dichos arts. 121-4 y 121-7, se refieren a la autoría y a la complicidad, respectivamente.

<sup>593</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., p. 150. ABDEL SAMAD, S., *La responsabilité pénale des sociétés. Dans le droit libanais et le droit français*, op. cit., p. 10, señala que la introducción de la responsabilidad penal fue aprobada en el proyecto de Código Penal francés de 1978.

<sup>594</sup> PRADEL, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunos cuestiones", op. cit., p. 665.

<sup>595</sup> Así lo ha mantenido la *Cour de Cassation*, según expresa DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., p. 151.

personas jurídicas<sup>596</sup>, el sistema ha experimentado cambios. El Código Penal, que antes señalaba que sólo podría aplicarse la RPPJ en aquellos casos que estuvieran previstos en la ley, fue modificado en el año 2005, que pasó de sistema de lista cerrada a otro de lista abierta, en vigor desde el 31 diciembre de 2005 (Ley n ° 2004-204 de 9 de marzo de 2004)<sup>597</sup>. Las únicas limitaciones derivan de las propias características del delito en cuestión. En este sentido, no podrá derivarse responsabilidad para la persona jurídica cuando el tipo penal suponga cualidades sólo atribuibles a la persona física<sup>598</sup>.

Por otro lado, esta responsabilidad no es alternativa sino *acumulativa*, es decir que la responsabilidad penal de la entidad no excluye necesariamente la del órgano o representante que ha cometido el delito. Así, lo señala el propio art. 121-2, al expresar que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la de las personas físicas que sean autores o cómplices de los mismos hechos.

En cuanto a las condiciones que deben darse para que opere la responsabilidad de la persona jurídica, como ya se ha mencionado, sólo aparece cuando un órgano o representante realiza la conducta delictiva. Sin embargo, debe tenerse presente que de acuerdo al art. 121-1<sup>599</sup>, la corporación sólo puede ser responsable de sus propios actos. El principio de la responsabilidad penal personal se cumpliría entonces respecto de la persona jurídica, pues al tratarse la actuación del órgano o representante de la expresión de voluntad de la organización, el delito se entendería cometido por la primera, aunque a través de la persona física. Si las acciones que comprometen a la entidad sólo pueden ser las realizadas por quienes pueden legalmente expresar la voluntad de ésta quedan, por tanto, excluidos los empleados de la entidad.

La afirmación anterior contrasta con lo expresado en la señalada disposición legal, que parece dar a entender que existe una dependencia importante de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de los comportamientos de los agentes físicos, en un modelo que se acerca claramente al de "identificación", pasando primero por la determinación de la responsabilidad de dichos agentes para luego pasar a la de la persona jurídica<sup>600</sup>. En todo caso, lo anterior parece haberse morigerado por la posición adoptada por la jurisprudencia, en el sentido de establecer una dependencia parcial<sup>601</sup>.

Pero, además del tipo de persona física que desencadena la responsabilidad corporativa, también se exige que la acción u omisión delictiva sea realizada "*pour leur compte*" de la organización. La fórmula utilizada no habla de manera restringida -como sí lo hacen otros sistemas ya analizados- de "beneficio", sino de una actuación "por cuenta".

---

<sup>596</sup> MAURO, C., "Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité penale des personnes morales. Elements de droit compare", op. cit., pp. 61ss., expone una visión comparada de los delitos comprendidos en este tipo de responsabilidad en relación a la opción tomada en Francia.

<sup>597</sup> CLIFFORD CHANCE, "Corporate Criminal Liability in Europe", op. cit., p. 10.

<sup>598</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., p. 158.

<sup>599</sup> Dicho art. 121-1 establece que nadie será responsable sino por sus propios actos. La norma, por tanto, sería aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

<sup>600</sup> De esta opinión, DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., pp. 55s.

<sup>601</sup> MARÉCHAL, J., "L'exigence variable de l'identification de la personne physique", en *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, op. cit., *passim*, realiza un estudio en profundidad acerca de la "identificación" en el modelo francés.

De esta manera la fórmula ha de entenderse en términos amplios, en el sentido de que el acto de un director o del representante sólo tiene que presentar un vínculo con la organización, el funcionamiento o la realización de la misión de la persona jurídica. Por lo mismo, quedarían fuera de este ámbito social aquellas actuaciones en las que el órgano o representante actúa en nombre propio o en su propio interés, incluso a costa de los intereses de la entidad. Por lo tanto, aún cuando la empresa no resultara beneficiada por la comisión del delito, pero la conducta desplegada tuviera por objetivo asegurar el funcionamiento y la permanencia de la entidad, entonces igualmente se entendería cumplido el requisito en cuestión<sup>602</sup>. Este interés podrá ser directo, indirecto, real o potencial.

Por último, en lo relativo a la responsabilidad del sujeto físico -como condición para que opere la responsabilidad de la persona jurídica-, aunque debe tratarse de una actuación u omisión de algún órgano o representante, no resulta preciso que exista una condena respecto de la persona física para proceder contra la persona jurídica, ni que exista una acusación formal contra la primera, aunque sí debe acreditarse que se trata de alguna de estas personas<sup>603</sup>.

### **3.2. El sistema portugués de responsabilidad autónoma y la progresiva superación de su excepcionalidad**

Este país aún cuando ha contemplado en su legislación penal, de modo definitivo la RPPJ y de entidades equiparadas en el año 2007<sup>604</sup>, ya conocía ciertas excepciones al principio de responsabilidad penal personal recogido en el art. 11 del Código Penal. Tal disposición aceptaba excepciones al mismo, que hasta antes de 2007, habían sido bastante numerosas. Es lo ocurría en el ámbito económico, el informático o el tributario<sup>605</sup>. Lo anterior implicaba que, aunque la regla general era y es la que aparece en el Código Penal, desde hacía tiempo se venía flexibilizando el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas con el objetivo de luchar principalmente contra la criminalidad económica y la medioambiental<sup>606</sup>.

En consecuencia, hasta la introducción de la responsabilidad corporativa en el ámbito penal, la doctrina había sostenido que el Derecho portugués no conocía el principio general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En su lugar regía el principio general de responsabilidad contravencional de las personas jurídicas y el de responsabilidad penal en áreas de la delincuencia específicas<sup>607</sup>.

---

<sup>602</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., pp. 161s.

<sup>603</sup> *Ibidem*, pp. 162s.

<sup>604</sup> A través de la Ley 59/2007 de 4 de septiembre de 2007.

<sup>605</sup> DOS REIS BRAVO, J., *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008, p. 125. En el ámbito del Derecho penal económico, de la salud pública y de la propiedad industrial (art. 3, nº 1 y 2 del Dec-Lei nº. 28/84, de 20-1 y art. 258º del Dec.-Lei nº 16/95, de 24-1). En el ámbito informático Dec.-Lei nº 28/84 (art.3º, nº 1 y 2, de la Lei nº 109/91 de 17-8).

<sup>606</sup> CUADRADO RUIZ, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás?", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007, pp. 130s.

<sup>607</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, P., "A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas ou Equiparadas", Conferência proferi na Universidade Lusíada, Lisboa, 2006, no âmbito de um colóquio sobre o Anteprojecto

Con este objetivo, por ejemplo el Decreto-ley 28/1984 de 20 de enero, establecía en su art. 3 que las personas colectivas serían responsables por los hechos cometidos por sus órganos o sus representantes en su nombre o en interés colectivo siendo, en tal caso, las responsabilidades cumulativas<sup>608</sup>. En el Derecho penal informático, los postulados o criterios de imputación son similares. Asimismo, en el Derecho penal tributario los criterios de imputación se construyen sobre la base de los hechos cometidos por los órganos o representantes, actuando en su nombre o en interés colectivo<sup>609</sup>.

Pero, como se ha dicho, la responsabilidad penal de las personas colectivas ha sido regulada de manera definitiva en el Código Penal, en el número 2 del art. 11, introducido por la Ley n. 59/2007 del 4 de septiembre de 2007. En ese contexto, el procedimiento contra la persona jurídica y las entidades equiparadas no difiere del que puede seguirse contra un individuo<sup>610</sup>.

El art. 11 n° 2 del Código Penal portugués señala que las personas jurídicas y las entidades equiparadas serán responsables de una gama de delitos que son expresados en la misma disposición. Lo anterior, como una excepción al principio general consagrado en el mismo art. 11 n° 1, de responsabilidad penal limitada a las personas físicas. Pero la excepción al principio general no sólo se extiende a los delitos señalados en el n° 2, sino también a los que señalen el resto de leyes. A pesar de ello, la lista cerrada de delitos, aunque bastante amplia, demuestra la intención de que la aplicación de la responsabilidad penal corporativa sea restringida<sup>611</sup>.

La norma en análisis establece también limitaciones en cuanto a los sujetos que pueden ser destinatarios de esta responsabilidad. En tal sentido, quedan exceptuados el Estado, otras personas colectivas públicas y las organizaciones internacionales de Derecho público. La excepción que hace el legislador es explicada más adelante en el propio art. 11, señalando que deberá entenderse por personas colectivas públicas a las personas jurídicas de Derecho público, lo que incluye a las entidades públicas empresariales; las entidades concesionarias de servicios públicos, con independencia de su titularidad y, otras personas jurídicas que ejercen prerrogativas de poder público. Se cumple con ello una pauta seguida a partir de los instrumentos internacionales, pero se expande el ámbito de entidades que quedan fuera de esta responsabilidad en atención al ejercicio que puedan hacer de un poder público<sup>612</sup>.

Quedan comprendidas como sujetos de esta responsabilidad, en consecuencia, todas las demás personas jurídicas y entidades equiparadas. Respecto de estas últimas, señala el legislador portugués que deben entenderse comprendidas en tal concepto a las sociedades civiles y las asociaciones de *facto*.

---

de revisão do Código Penal, [www.oa.pt](http://www.oa.pt), s/p.

<sup>608</sup> CUADRADO RUIZ, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás?", op. cit., p. 131.

<sup>609</sup> DOS REIS BRAVO, J., *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, op. cit., p.125.

<sup>610</sup> *Ibidem*, pp. 307ss.

<sup>611</sup> MORAIS LEITÃO, GALVÃO TEELS, SOARES DA SILVA & ASSOCIADOS, "Criminal Liability of Companies. Portugal", en Lex Mundi Business Crimes and Compliance Practice Group, *Criminal Liability Companies, Lex Mundi Global Practice Guide Series*, [www.lexmundi.com](http://www.lexmundi.com), 2009, pp. 207s.

<sup>612</sup> *Ibidem*, pp. 208s.



En cuanto a los criterios utilizados para la imputación del delito a la persona jurídica, el legislador portugués se decanta por dos. En primer lugar, que el delito sea cometido en nombre y en el interés colectivo por las personas que ocupan una posición de liderazgo o bien, y en segundo lugar, que sea cometido por quien actúe bajo la autoridad de las personas mencionadas anteriormente, en virtud de una violación de los deberes de vigilancia o control que les incumben. Por tanto, de acuerdo con la legislación portuguesa, las personas jurídicas sólo podrán ser declaradas responsables de los delitos mencionados anteriormente, si esos mismos delitos se han cometido: (i) en beneficio de la persona jurídica por una persona que tiene la autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o (ii) debido a la falta de control y supervisión de los empleados, dentro de la entidad corporativa<sup>613</sup>.

La distinción entre los diversos supuestos de responsabilidad penal pasa en cierta medida por la distinción de los sujetos físicos que pueden cometer el delito, pues en el primer caso se trata de actos u omisiones de personas con autoridad, mientras que en el segundo, se trata de empleados respecto de los cuales no se ha ejercido el *debido control*. Es en atención a ello que el Código Penal contiene una disposición por la que desarrolla las figuras o cargos que pueden desencadenar la responsabilidad de la organización y, para ello, señala que se entiende por personas que ocupan una posición de liderazgo los órganos y representantes de la persona jurídica que tienen autoridad para ejercer el control de su actividad. Respecto de dichos cargos no se exige su designación formal y de derecho, sino que basta con el ejercicio *de facto*<sup>614</sup>.

Respecto de las defensas que pueden dar lugar a la exclusión de la responsabilidad corporativa, el propio legislador ha señalado que cuando el agente actúa en contra de las órdenes o instrucciones expresas de quien lo dirige, la entidad no se hace responsable. Ello implica que la persona jurídica no se hace responsable por el delito en cuestión si la persona que actuó ilegalmente violó las instrucciones marco o específicas que le habían sido entregadas por un director competente de la entidad corporativa. *A contrario sensu*, si la actividad criminal de una persona física es parte de la actividad comercial normal de la empresa o es parte de la política oficial o no oficial de la misma, o es más o menos aceptada por la empresa, el delito puede serle atribuido. Por ello las defensas que la organización puede construir frente a la imputación del delito de la persona física pertinente deben centrarse en las medidas generales y específicas adoptadas para evitar la actividad criminal; en la falta de conocimiento de la actividad criminal de la gestión y, en demostrar que se estaban adoptando medidas adecuadas (o a punto de ser adoptadas) en contra de la actividad criminal<sup>615</sup>.

Si la con su conducta criminal la persona física viola las normas y reglamentos internos de la empresa, esa conducta todavía se puede atribuir a la empresa si las personas que tienen el control interno de la misma sabían de la actividad y tenían los medios para detenerla, pero se abstuvieron de hacerlo<sup>616</sup>.

---

<sup>613</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>614</sup> DOS REIS BRAVO, J., *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, op. cit., p. 128.

<sup>615</sup> MORAIS LEITÃO, GALVÃO TEELS, SOARES DA SILVA & ASSOCIADOS, "Criminal Liability of Companies. Portugal", op. cit., p. 210.

<sup>616</sup> *Loc. cit.*

Por otro lado, respecto de la vinculación entre la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física, no es necesario condenar al delincuente físico para poder perseguir a la entidad colectiva. Para iniciar un juicio contra una organización sólo es necesario que el delito en cuestión se haya cometido o por una persona que tiene la autoridad para tomar decisiones en nombre de la entidad corporativa o por una persona que, aún no teniendo la autoridad para tomar decisiones, ha cometido el delito debido a la falta de control y supervisión<sup>617</sup>. En ese contexto expresa el n° 7 del art. 11 que la responsabilidad de las personas jurídicas y entidades equiparadas no excluye la responsabilidad individual de los respectivos agentes ni depende de la responsabilidad de éstos. Esta última frase utilizada por el legislador portugués daría cuenta de tal intención de separar la condena de la persona física que ha cometido el delito de la responsabilidad perseguida respecto de la jurídica. Por tanto, las responsabilidades de ambas personas pueden ser incoadas y perseguidas a la vez, es decir, que la responsabilidad penal de una persona jurídica no excluye la responsabilidad penal de las personas que han actuado como autores, instigadores o cómplices del delito en cuestión o de los respectivos directores o gerentes.

### 3.3. El sistema suizo de responsabilidad penal "integral" o "de organización"

Hasta el 1 de octubre de 2003, la mayor parte de la doctrina estimaba que sólo las personas físicas podían ser destinatarios de la sanción penal. De las personas jurídicas se estimaba que no podían realizar conductas culpables y, por lo tanto, estaban excluidas de la responsabilidad penal<sup>618</sup>. Sin embargo, existía la posibilidad de condenar a las empresas con una multa, aplicable en el ámbito del Derecho administrativo sancionatorio<sup>619</sup>. De acuerdo con la ley fiscal, se podía castigar a las empresas por evasión fiscal y otros delitos conexos e imponer sanciones administrativas directamente a las empresas cuyas actividades hubieran dado lugar a la comisión de las infracciones en cuestión cuando la investigación contra la persona física responsable resultara excesivamente gravosa<sup>620</sup>. Los tribunales suizos señalaban que el *mens rea* no era requisito para la determinación de la "infracción"<sup>621</sup>.

Pero, a pesar de la existencia de una normativa destinada a la sanción de las

---

<sup>617</sup> MORAIS LEITÃO, GALVÃO TEELS, SOARES DA SILVA & ASSOCIADOS, "Criminal Liability of Companies. Portugal", op. cit., p 211.

<sup>618</sup> BOLLMANN, H., "Criminal Liability of Companies. Switzerland", *Lex Mundi Publication*, www.lexmundi.com, 2008, p. 1. Por su lado, HURTADO POZO, J., "La responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo", *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, n° 86-87, 2008, p. 96, señala que además de las razones doctrinales, se sumaban al rechazo a la responsabilidad de las personas jurídicas en Suiza, razones político criminales que indicaban que, de acuerdo a los principios de proporcionalidad y *ultima ratio*, no resultaba eficaz la persecución y sanción de la entidad colectiva pero sí una responsabilidad de orden civil y administrativa.

<sup>619</sup> Ello en virtud de la Ley de Procedimientos Administrativos suiza. BOLLMANN, H., "Criminal Liability of Companies. Switzerland", op. cit., p. 1.

<sup>620</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, 'Corporate Culture' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 32.

<sup>621</sup> HEINE, G., "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, p. 303, plantea, sin embargo, que el efecto real en la práctica de la sanción ha sido casi nulo.

empresas por hechos cometidos a partir de las mismas, hasta antes de la década de 1980 se admitía de modo generalizado el *principio societas delinquere non potest*, contrario a la admisión de una responsabilidad penal generalizada para las empresas<sup>622</sup>.

La situación cambió a partir de la entrada en vigor de varios instrumentos internacionales. Así, con la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional; la Convención de la Unión Europea sobre la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho penal y el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, se comienza a generar una presión para que los Estados, entre ellos Suiza, establezcan medidas para el castigo efectivo de las empresas que cometen ciertos delitos, por lo que este país comienza a reconsiderar la responsabilidad penal corporativa<sup>623</sup>.

A fin de dar satisfacción a los compromisos internacionales, el Consejo Federal presentó al Parlamento una propuesta de introducción de disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las empresas, en el marco de una revisión general del Código Penal. El objetivo en esta etapa era que existiera una responsabilidad penal de las empresas en los casos en los que no fuese posible identificar a las personas físicas responsables de la infracción. Consecuencialmente, en 2003 se introdujeron reformas en el Código Penal, entre ellas la destinada a establecer la responsabilidad penal de las empresas, en los supuestos y bajo las condiciones recogidas en el art. 102 (1) del Código Penal suizo<sup>624</sup>.

El mencionado art. 102 n° 1 del Código Penal suizo establece las condiciones materiales para establecer dicha responsabilidad, al señalar que si en una empresa, en el contexto de la actividad comercial y en línea con los objetivos sociales, se cometió un delito que, por falta de organización interna no puede ser atribuido a una persona determinada, el crimen o el delito debe ser entonces atribuido a dicha empresa. La pena impuesta en este caso es pecuniaria. Pero, agrega el n° 2 del mismo art., otro supuesto de responsabilidad específicamente aplicable a determinados delitos. De acuerdo a dicha disposición, si se trata de alguno de los delitos expresamente allí señalados, la empresa deberá ser sancionada con independencia de la sanción de las personas físicas, cuando exista culpa en la entidad, por no haber tomado todas las medidas organizativas necesarias y razonables para prevenir ese delito<sup>625</sup>.

---

<sup>622</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 34. HEINE, G., "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., p. 303, señala que el debate habría comenzado a finales de los '80.

<sup>623</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 34; y HEINE, G., "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., p. 303.

<sup>624</sup> BOLLMANN, H., "Criminal Liability of Companies. Switzerland", op. cit., pp. 1s.

<sup>625</sup> El referido artículo 102, en su versión italiana, señala: 1. *Se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carente organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata, il crimine o il delitto è ascritto all'impresa. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi.* 2. *Se si tratta di un reato ai sensi degli articoli 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies o 322septies capoverso 1 oppure di un reato secondo l'articolo 4a capoverso 1 lettera a della legge federale del 19 dicembre 19861 contro la concorrenza sleale, l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato.*

En términos generales el art. 102 parece indicar que Suiza ha adoptado un enfoque "holístico" o "integral" en la consagración de la responsabilidad corporativa. Conforme a esta disposición legal, una empresa es responsable de las infracciones cometidas en el marco de sus "objetivos empresariales" y en la ejecución de sus actividades, siempre que el delito no se pueda atribuir a un determinado individuo debido a deficiencias organizativas de la empresa misma, pero también se entenderá responsable dicha empresa de ciertos delitos, catalogados como económicos, si no hubiera adoptado todas las medidas organizativas necesarias y razonables para prevenir ese delito, sanción que se aplicará con independencia de la sanción a la persona física. Hay, por tanto dos vías de responsabilidad. En un caso es subsidiaria de la responsabilidad individual (art. 102.1) y primaria o directa en otro (art. 102.2)<sup>626</sup>, sin embargo, en ninguno de los casos es estricta, pues en ambos debería probarse el elemento subjetivo respecto de la empresa, es decir, el *defecto de organización*<sup>627</sup>.

Varios elementos pueden ser advertidos en el art. 102. El primero, se relaciona con que Suiza, a diferencia de otros países, abandona expresamente las dicotomías entre individuos y grupos, personas jurídicas y entes sin personalidad legal. El art. 102 se aplica a las empresas, es decir, las personas jurídicas de Derecho privado, las personas jurídicas de Derecho público, las sociedades y empresarios individuales, con una opción claramente mucho más amplia que el concepto de "persona jurídica" a secas de otros sistemas<sup>628</sup>. Así lo señala el n° 4 del mismo art., que deja fuera, en todo caso, a los organismos territoriales. Con ello el legislador suizo parece querer cubrir todas las posibles formas que puedan adoptar las organizaciones corporativas<sup>629</sup>.

Pero se advierte además que las hipótesis de los números 1 y 2 del art. 102 difieren. Mientras el art. 102 (1), establece la responsabilidad penal de las empresas de manera alternativa a la responsabilidad de una persona física no identificada, en el caso de los delitos del n° 2 la responsabilidades son cumulativas<sup>630</sup>.

El n° 1 del art. 102, exige expresamente que el delito sea cometido «en» la empresa en cuestión y que debe ser en el ejercicio de actividades comerciales que se ajusten a los objetivos de la misma<sup>631</sup>. Que el delito deba ser cometido dentro de la empresa, implicaría la existencia de un determinado vínculo organizacional o jerárquico entre el individuo y la empresa. A partir de lo anterior, el agente puede ser un órgano *de iure* o *de facto*, un

---

<sup>626</sup> Véase, respecto de las dos vías, en detalle PERRIN, B., "La Responsabilité Pénale de l'entreprise en Droit Suisse", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; op. cit., p. 200.

<sup>627</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 34.

<sup>628</sup> PERRIN, B., "La Responsabilité Pénale de l'entreprise en Droit Suisse", op. cit., p. 203; PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 17.

<sup>629</sup> HEINE, G., "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., p. 304.

<sup>630</sup> PERRIN, B., "La Responsabilité Pénale de l'entreprise en Droit Suisse", op. cit., p. 201, señala que respecto del art. 102, parte de la doctrina suiza considera que el artículo 102 ha creado una carga estándar basado en una forma única de delito, mientras que el otro cree que se establece un nuevo delito.

<sup>631</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, 'Corporate Culture' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 35.

empleado que ocupa una función de gestión de alto nivel, o un mero empleado sin poderes especiales.

Pero todo indica que el art. 102 (2) también exigiría que el delito deba ser cometido "dentro" de la empresa aunque no lo diga expresamente. Los fiscales y jueces suizos consideran que el requisito de que el delito responda a los objetivos de la empresa puede apreciarse cuando los actos se realicen dentro de la esfera de actividad de la empresa, con exclusión de los actos privados de los empleados de esa misma empresa<sup>632</sup>.

Además se exige un defecto de organización o, más en general, de la cultura corporativa, que aparece en el art. 102 que menciona, tanto respecto del n° 1 como del n° 2, ciertos elementos que indican que la empresa sólo puede ser declarada responsable en la medida en que hayan fallado los controles debidos y exigidos<sup>633</sup>.

Por ello en la doctrina se ha sugerido que la falta de organización a la que se refiere el art. 102 (1) consiste en estructuras poco claras de gestión, una falta de supervisión, una ausencia de registros o falsificación de registros, mientras que es probable que la investigación contra la empresa, conforme al art 102 (2), abarque aspectos como la formación, las instrucciones para el control de las actividades de las organizaciones colaboradoras, la elección de las prácticas del personal y la contratación del mismo<sup>634</sup>.

En términos generales, como se ha venido avanzando, cada párrafo debería ser leído como una responsabilidad corporativa condicionada a la prueba del defecto corporativo. En concreto, cada uno requiere la prueba, no sólo de que se ha cometido un delito, sino también de que era razonablemente previsible para una empresa -de acuerdo con sus metas, objetivos y características-, que ocurriera, así como que se ha permitido que ocurriera a causa de la ausencia o la insuficiencia de medidas sistémicas preventivas. En ese sentido, la naturaleza subsidiaria de la responsabilidad conforme al párrafo 1, se basa en que debe haber una conexión entre las carencias de organización de las empresas y el hecho de que un delincuente individual no pueda ser identificado<sup>635</sup>.

En cuanto al desarrollo del concepto de medidas organizativas, en Suiza se ha entendido que debe prestarse atención a la obligación de debida diligencia general que se extiende a la actividad global de la empresa, y es la jurisprudencia la que tiene que desarrollar lo que entiende por "medidas organizativas razonables y necesarias". En ese marco, se ha sostenido que los tribunales consideran situaciones en las que otras empresas

---

<sup>632</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>633</sup> No está del todo claro si las deficiencias de organización aludidas por ambos números son o no de una diferente naturaleza, en la medida en que el texto de referencia es distinto, esto es, probablemente atribuible al hecho de que las dos disposiciones fueron concebidas por diferentes órganos, en diferentes etapas del proceso legislativo. ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations*, op. cit., p. 37. Por su lado, HEINE, G. "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., p. 311, señala que la relación jurídica entre descuidar estos deberes organizacionales y el delito, está determinada por un estándar de negligencia grave, en relación con las capacidades reales de la empresa involucrada (esto es, negligencia colectiva).

<sup>634</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations*, op. cit., pp. 37s.

<sup>635</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 34.

del mismo rubro pudieran encontrarse para, de este modo, establecer parámetros de comparación y respuestas frente a esas mismas situaciones. Es decir, se consideran las instrucciones, los controles que existían, la información interna proporcionada, etc.<sup>636</sup>

Por tanto, la cuestión a determinar es el estándar de organización requerido para la empresa en cuestión y, respecto de él, es lógico que se recurra a los estándares generales sobre negligencia, las disposiciones legales específicas de la industria, las normas privadas no vinculantes y el perfil de riesgo de la empresa, comprendiendo en ello el tamaño, operaciones, objetivos, clientes y presencias geográficas. Por otra parte, al evaluar la suficiencia del nivel de organización de la empresa, los tribunales deben tener particularmente en cuenta las decisiones de los órganos corporativos, la existencia, el alcance y la aplicación de políticas o sistemas de cumplimiento, los conocimientos, actos y omisiones de los funcionarios de la empresa y de los altos ejecutivos y los patrones de comportamiento entre los individuos relacionados con la organización como empleados<sup>637</sup>.

#### CAPÍTULO IV. COMPROMISOS INTERNACIONALES Y SU INFLUENCIA SOBRE LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y CHILENO

No son pocos los académicos que sostienen que los compromisos internacionales son los que realmente han llevado a los países a introducir la RPPJ en sus legislaciones nacionales<sup>638</sup>. La consagración de este tipo de responsabilidad penal en España y Chile también ha estado marcada por el cumplimiento de deberes con la comunidad internacional. En general los países, reconociendo su dependencia de las economías externas, la vinculación intensa de sus relaciones jurídicas con otros países y la necesidad de contar con acuerdos de cooperación, aceptan que la homologación de sus respectivas normativas puede contribuir en gran medida al éxito de sus economías domésticas<sup>639</sup>. Por otro lado, tanto España como Chile, dependen de la homogeneización de sus normativas para el éxito en la erradicación de ciertas formas de criminalidad de acción global<sup>640</sup>.

---

<sup>636</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate Culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., pp. 37s.

<sup>637</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 34; HEINE, G. "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., pp. 308s.

<sup>638</sup> Así, se ha dicho respecto de la legislación suiza, entre otros, por PERRIN, B., "La Responsabilité Pénale de l'entreprise en Droit Suisse", op. cit., p.197s., aunque también cita que en sus orígenes influyó de modo determinante también la criminalidad organizada; en el mismo sentido, respecto de la legislación italiana, MAZZACUVA, N. y AMATI, E., *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Cedam, Padova, 2010, p. 62. En el Derecho mexicano, CALVILLO DÍAZ, G., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra el ambiente: una tendencia inevitable", *Derecho Penal Ambiental*, www. ceja.org.mx, p.11. En la legislación española, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su <<dogmática>> y al sistema de la reforma de 2010", *Cuadernos de Política Criminal*, n° 101, 2010, p. 6; en la legislación chilena, MATUS ACUÑA, J. P., "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", *Revista de Derecho*, n° 21, 2009, p. 51.

<sup>639</sup> En tal sentido se pronuncia, BRANDARIZ GARCÍA, J., "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades modernas", op. cit., p. 22.

<sup>640</sup> Véase, TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Financiarización Económica y Política Criminal", op. cit., pp.

En ese contexto tanto España como Chile han tenido que responder de los compromisos adquiridos ante los organismos internacionales y por los propios instrumentos que han sido suscritos ambos países<sup>641</sup>. La responsabilidad de las personas jurídicas, en ese contexto, es un aspecto recurrente en los instrumentos internacionales y, hasta hace poco, un mandato sin cumplir por España y Chile<sup>642</sup>. Pero más allá de la constatación de esa indudable presión por introducir este tipo de responsabilidad corporativa, lo que más interesa y resulta provechoso, para los efectos de este trabajo, es conocer los elementos y criterios de imputación contemplados en los textos internacionales y que pudieron servir como guía para la consagración de los regímenes de responsabilidad penal colectivo.

Lo primero que resulta llamativo a este respecto es que en ambos países los proyectos de ley presentados por el Ejecutivo para el análisis y debate legislativo, mencionaban expresamente los compromisos internacionales suscritos por cada país en la materia y que obligaban a su regulación legal<sup>643</sup>.

Por su lado, la LO 5/2010 española menciona detalladamente las Decisiones Marco que le han servido de guía para la construcción de esta responsabilidad<sup>644</sup>, aunque también sirvieron como base varios instrumentos de alcance global y otros regionales suscritos por España y que regulan la materia, aunque no estuvieran mencionados

---

130ss.

<sup>641</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España", en Neira Pena, A. (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, 2012, pp. 200s. Respecto del valor de los instrumentos internacionales en las normativas nacionales, y en especial de la Decisiones Marco en la labor interpretativa en materia penal, véase MANES, V., "La incidencia de las <<Decisiones Marco>> en la interpretación en materia penal: perfiles de Derecho sustantivo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 9, 2007, *passim*. Como se verá más adelante los instrumentos internacionales, en el caso de Chile son de nivel mundial, mientras que en el caso de España, los más específicos y que han colaborado en la reforma en materia de RPPJ, han sido principalmente regionales.

<sup>642</sup> Debe señalarse, en todo caso, que los compromisos se han dado en varios ámbitos del Derecho penal nacional. Un claro ejemplo de ello, es la criminalidad organizada. Respecto de los instrumentos internacionales en la materia, véase, BLANCO CORDERO, I. y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Principales instrumentos internacionales (de la ONU y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio", *Revista Penal*, n° 6, 2000, *passim*.

<sup>643</sup> En el caso de España, ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2006, precedente del Proyecto de 2007, indicaba una serie de compromisos provenientes de las Decisiones Marco. Así señalaba que la reforma que se proponía obedecía, según la Exposición de Motivos (EM), a "la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco, como son por ejemplo las DM 2005/667 (Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques), 2005/222 (Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información), 2004/757 (Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas), 2004/68 (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil)", que junto con otros instrumentos jurídicos europeos «se han convertido en la primera fuente de decisiones político criminales en nuestro país". En el caso de Chile, hacen alusión a ello, entre otros, MATUS ACUÑA, J. P., "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", op. cit., pp. 52ss.

<sup>644</sup> La mencionada LO 5/2010 se remite a dichos instrumentos en la Disposición final sexta.

expresamente<sup>645</sup>. En el caso chileno, el proyecto de ley no sólo menciona la existencia de compromisos internacionales, sino que detalla cada uno de los instrumentos normativos que han sido suscritos a los que, a través de la iniciativa legal, se dan cumplimiento, para luego detenerse a tratar con especial celo uno de ellos, a fin de acreditar el cumplimiento exacto del mismo<sup>646</sup>.

Pero, si bien en ambos casos los instrumentos son mencionados en las iniciativas legales que posteriormente se convirtieron en las leyes que consagran la responsabilidad penal corporativa, lo cierto es que su valor como pautas para la construcción del sistema de responsabilidad, varía. Como veremos más adelante, en el caso de España los instrumentos internacionales invocados ofrecen elementos y criterios que al parecer fueron tomados en consideración por la nueva ley que regula esta responsabilidad<sup>647</sup>. En el caso de Chile la cuestión es distinta, por cuanto, si bien los instrumentos que le obligan debían ser cumplidos, éstos no ofrecen elementos y criterios claros para establecer el mencionado régimen de responsabilidad penal<sup>648</sup>. Por ello Chile ha debido acudir los sistemas comparados que le han servido de guía para el establecimiento de la nueva responsabilidad penal corporativa.

El alcance y vinculación, en todo caso, varía en España y Chile. En efecto, mientras que España se encuentra inserta en un espacio europeo vinculante, Chile, aún cuando ha suscrito tratados multilaterales regionales, no está urgentemente obligada a mantener una legislación uniforme y armónica con su entorno regional. Este elemento resulta especialmente relevante por cuanto los instrumentos que justamente este país menciona como compromisos para legislar son supraregionales, mientras que los directamente mencionados por España son de su entorno más próximo.

Una vez efectuado el análisis de los elementos que aparecen de manera reiterada en los instrumentos internacionales que abordan este tipo de responsabilidad criminal, será fácil advertir qué es aquello que ha servido para construir los modelos de responsabilidad corporativa en España y Chile y, con ello, valorar los aspectos distintivos de cada uno de los sistemas.

---

<sup>645</sup> El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2006 mencionaba, además de los ya citados en *supra*, de manera detallada la DM 2000/383 JAI, DM 2002/475/JAI, DM 2002/629/JAI; DM 2002/946/JAI; DM 2003/568/JAI; Directiva 2005/60/JAI; Acción Común 98/733/JAI. Por su lado, la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, "Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010" (en adelante, CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado), p. 3, señala también, entre otras, la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo.

<sup>646</sup> Me refiero, como se verá más adelante en el cuerpo de este trabajo, al Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

<sup>647</sup> De hecho como el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2006 señala, hay tres aspectos que los instrumentos internacionales señalan: que la responsabilidad de las personas jurídicas derive de actos realizados por personas que ocupan una posición de mando en la persona jurídica; que la responsabilidad se derive de la falta de vigilancia de las personas antes señaladas y como consecuencia se produzca la acción de una persona sometida a la autoridad de aquéllas.

<sup>648</sup> Dichos instrumentos, como se verá, se remiten al mandato de incriminar a la persona jurídica por los delitos regulados en el instrumento.



## 1. Instrumentos internacionales: las Convenciones de la ONU y el Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales

Los instrumentos de la ONU y el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales son, quizá, los más representativos de la materia ahora en estudio<sup>649</sup>. Sin embargo, aunque los compromisos internacionales han sido suscritos tanto por España como por Chile, es en este último país en donde su efecto ha sido mayor. Por su lado, el influjo de los instrumentos regionales ha sido superior en España, por cuanto el contexto europeo obliga a la armonización y combate común contra la delincuencia. De allí que dichos instrumentos tengan mayor "peso" en Chile que en España.

En el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo chileno en el año 2009 al Congreso Nacional de ese país<sup>650</sup>, se mencionan varios instrumentos internacionales que hacen presente la necesidad de establecer sanciones contra las personas jurídicas por las infracciones reguladas en los mismos. En general, se trata de mandatos de incriminación que van acompañados también de mandatos de sanción a las personas jurídicas pero que no concretan los criterios para establecer esas sanciones<sup>651</sup>.

La Convención contra la Corrupción, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ambas de la ONU, así como el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo<sup>652</sup> ordenan la consagración de sanciones

---

<sup>649</sup> Se ha citado estos instrumentos por ser los más gravitantes en la consagración de esta responsabilidad penal, pero se reconoce la existencia de otros, como ha puesto de manifiesto la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado. Sin embargo, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 Sobre la Lucha contra la Corrupción en el ámbito de la Función Pública de la Unión Europea, no menciona la responsabilidad directa de la persona jurídica, sino sólo de los jefes de la empresa (art. 6). En el caso de la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre Represión de la Financiación del Terrorismo, sí se señala esa responsabilidad directa de las personas jurídicas en su art. 5. Para profundizar respecto del reconocimiento de las personas jurídicas en el ámbito de los instrumentos internacionales, en el ámbito de los Derechos Humanos, véase HEIN VAN KEMPEN, P., "The Recognition of Legal Person in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?", en *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., *passim*.

<sup>650</sup> El proyecto de ley referido, corresponde al Mensaje de S.E. el Presidente de la República de fecha 16 de marzo de 2009. Puede encontrarse en, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley n° 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*, [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl) (en adelante, *Historia de la Ley n° 20.393*).

<sup>651</sup> Sobre el proceso de internacionalización de los Derechos penales nacionales, tanto en el ámbito comunitario de la Unión Europea como del Mercosur, circunscrita a la criminalidad económica, en CESANO, J., "Criminalidad económica e internacionalización del Derecho penal: experiencias en la Unión Europea y en el Mercosur", *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n° 24, 2008, *passim*.

<sup>652</sup> La Convención contra la Corrupción de la ONU, fue ratificada por España con fecha 9 de junio de 2006, BOE, núm.171 de 19 de julio de 2006; Chile, por su parte, ratifica el 13 de septiembre de 2006, y promulga con fecha 23 de noviembre de 2006 (D.T.O. 375). La Convención contra la delincuencia organizada transnacional de la ONU, fue ratificada por España con fecha 21 de febrero de 2002, BOE núm. 233 de 29 de Septiembre de 2003; Chile, por su parte, ratificó dicha Convención el 29 de noviembre de 2004 y la promulgó con fecha 20 de diciembre de 2004 (D.T.O. 342). El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo fue ratificado por España el 03 de mayo de 2002, aparece en el BOE núm.123, de 23 de mayo de 2002, Chile, por su parte, ratifica el referido instrumento con fecha 31 de octubre de 2001 y

contra las entidades colectivas que hayan participado en la comisión de los delitos contemplados en los mismos, pero no imponen que deba tratarse de sanciones penales.

El art. 26 de la Convención contra la Corrupción señala que los Estados deberán adoptar medidas contra las personas jurídicas que hayan intervenido en ciertos delitos, pero siempre con arreglo a sus principios internos agregando, a continuación, que esa responsabilidad podrá ser civil, penal o administrativa. Lo mismo ocurre con las otras dos convenciones. El art. 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, señala que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de dicha Convención (participación en grupo delictivo organizado, blanqueo del producto del delito, corrupción y obstrucción de la justicia, respectivamente). Por último, el art. 5 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, señala que cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el art. 2 del Convenio.

Un aspecto interesante que se encuentra presente en las tres convenciones mencionadas es que establecen que la responsabilidad que el Estado decida consagrar debe ser, en todo caso, independiente de la responsabilidad individual de los infractores físicos<sup>653</sup>. Asimismo, las convenciones agregan que, sin perjuicio del tipo de responsabilidad que decida el Estado imponer a las personas colectivas, esas sanciones deben ser "*eficaces, proporcionadas y disuasivas*", inclinándose por la sanción monetaria, en primer término<sup>654</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta es que estos instrumentos no definen los criterios que deben ser considerados en la elaboración del modelo de imputación de responsabilidad por los países miembros. Se limitan al mandato de incriminación y sanción, pero dejan a los Estados Parte la tarea de la construcción de esa responsabilidad corporativa.

El caso del Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales resulta particular por cuanto es el seguimiento del cumplimiento por los Estados de la Convención lo que resulta especialmente intenso para los países<sup>655</sup>. El Grupo de Trabajo de la Comisión de OCDE,

---

promulgado con fecha 3 de julio de 2002 (DTO. 163).

<sup>653</sup> La Convención contra la Corrupción lo señala en su art. 26.3; la Convención contra la Delincuencia Organizada, en su art. 10.3; la Convención contra el Cohecho internacional de la OCDE, si bien no lo establece en su articulado, sí hace una mención a ello en el Anexo I sobre Guía de Buenas Prácticas, en su letra b).

<sup>654</sup> La Convención contra la Corrupción lo señala en su art. 26.4; la Convención contra la Delincuencia Organizada, en su art. 10.4; la Convención contra el Cohecho internacional de la OCDE, lo señala en su art. 3.2.

<sup>655</sup> Hace presente este aspecto MATUS ACUÑA, J. P., "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", op. cit., p. 59.

encargado del seguimiento y control del cumplimiento de la Convención, como está contemplado expresamente en su articulado<sup>656</sup>, insiste en el cumplimiento efectivo de las cláusulas de la Convención. La misma señala en su art. 2 que los Estados parte deberán adoptar las medidas pertinentes para "*establecer la responsabilidad de las personas morales*" por el delito de cohecho a servidores públicos. Y a continuación, en su art. 3.2 señala que el Estado parte, de no contemplar la RPPJ, deberá asegurar que las sanciones que contemple para la entidad colectiva deben ser "*eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal*".

La norma antes indicada es similar a las contenidas en los instrumentos de la ONU, sin embargo difiere sutilmente en cuanto opta, en primer término, por la sanción penal. Por ello, sólo en la medida en que al Estado parte no le sea posible -por no contemplarse dicha responsabilidad en su sistema- establecer penas criminales contra la persona jurídica, deberá asegurarse que se contemplen sanciones efectivamente disuasorias aunque extrapenales. Como se indica en los Comentarios al art. 2 de la Convención contra el Cohecho<sup>657</sup>, en caso de que el país no contemple dicha responsabilidad, "*no podrá requerírsele*" que la establezca. Sin embargo, el Grupo de Trabajo insiste en verificar en qué medida las sanciones no penales resultan efectivas y disuasorias, pues no basta con escudarse tras el principio de la irresponsabilidad de las personas jurídicas para mantenerlas. Debe comprobarse que las sanciones no penales son realmente eficaces en la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros. Así lo confirman las Recomendaciones de la Convención<sup>658</sup>.

En suma, los países que han suscrito la Convención no tienen un margen de maniobra muy amplio en el cumplimiento de sus mandatos, y aunque la Convención no es directamente aplicable, a través del seguimiento de su aplicación se van estableciendo los parámetros de lo que se entiende por cumplimiento de sus normas<sup>659</sup>.

En el Anexo I -que contiene la Guía de Buenas Prácticas de la Convención- se señala que los Estados deben tomar alguna de las opciones allí expuestas para determinar el enfoque acerca de la responsabilidad de la persona jurídica en el delito de cohecho. Por ello, esta Convención sí que ofrece elementos para la configuración de un sistema de responsabilidad penal corporativa.

La letra B) del Anexo I, ofrece dos posibles criterios para la estructuración de la responsabilidad de las personas jurídicas por el soborno de funcionarios públicos

---

<sup>656</sup> Su existencia se contempla en el art. 12 de la Convención que trata sobre el monitoreo y seguimiento.

<sup>657</sup> "Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales". Aprobados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

<sup>658</sup> En efecto, la Recomendación de la referida Convención, en la sección XIV, "ordena" al Grupo de Trabajo, "*que haga un programa permanente de seguimiento sistemático para supervisar y promover la aplicación plena de la Convención Anticohecho de la OCDE y de esta Recomendación*", señalándose diversas formas para hacer efectiva tal programa de monitoreo del cumplimiento de la convención.

<sup>659</sup> De hecho, aunque la Convención misma no señala un sistema de responsabilidad que pueda servir de guía a los países, sí lo hacen las Recomendaciones de la Convención, la que en la letra b) del Anexo 1, denominado "*Guía de Buenas Prácticas para Aplicar Artículos Específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*" señala expresamente que la responsabilidad de las personas jurídicas no debe quedar limitada a que las personas físicas que cometieron el delito sean procesadas y condenadas.

extranjeros. Por una parte, el que se basa en la autoridad de la persona de cuya conducta deriva la responsabilidad de la persona jurídica que es flexible y refleja la amplia variedad de formas posibles para la toma de decisiones en las personas morales. Por otra parte, el que deriva la responsabilidad de las personas con autoridad directiva del más alto nivel, en determinadas hipótesis: a) aquellas en que la persona, con autoridad directiva del más alto nivel, realiza por sí misma la conducta de soborno; b) cuando ella ordena o autoriza a una persona de nivel inferior para que realice la conducta o bien, si dicho superior no logra evitar que la persona de nivel inferior realice la conducta, ya sea porque ha fallado en la supervisión o porque ha fracasado en implementar controles adecuados, medidas o programas éticos y de cumplimiento.

Como puede apreciarse, aunque este instrumento no desarrolla una pauta o un modelo de atribución de responsabilidad específico, sí ofrece parámetros o criterios, relacionados con las conductas de personas físicas que desencadenan la responsabilidad de la entidad colectiva, que se advierten repetidas veces en los modelos comparados antes analizados y también en otros instrumentos internacionales propios del ámbito regional, como se analizará a continuación. De este manera, es claro que en la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea en el ámbito penal o extrapenal, siempre se consideran las conductas materiales dirigidas a la comisión del delito, ya sea directamente o a través de terceros, como es el caso de los subalternos. Pero también es posible observar que las Recomendaciones consideran la ausencia de los debidos controles internos, que es asimilable a la negligencia del superior, pero que llevado al ámbito de la organización colectiva se transforma en un elemento recurrente, muy presente en las legislaciones analizadas<sup>660</sup>. Como se advierte, los criterios de atribución de responsabilidad se repiten en los instrumentos analizados restando originalidad a los modelos adoptados por los distintos Estados.

En países como Chile, que no están obligados por instrumentos de carácter regional, los instrumentos de nivel mundial vienen a ser el principal parámetro y medida de las obligaciones internacionales así como de las tendencias imperantes en materia de compromisos contra la delincuencia<sup>661</sup>.

En el caso de España la situación cambia y, como ya se ha dicho, los parámetros que sirven de guía para el combate contra la delincuencia económica son bastante más concretos y precisos, por cuanto son determinados por los instrumentos normativos regionales que le obligan<sup>662</sup>. Lo anterior es extrapolable a la incriminación de las entidades colectivas por la comisión de delitos. Pero, para entender de mejor forma la uniformidad de las normas que contienen estos instrumentos normativos, es necesario conocer previamente el proceso de armonización que se ha llevado a cabo en Europa, en especial

---

<sup>660</sup> Véase al respecto, ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 144.

<sup>661</sup> Lo anterior, por cuanto la principal institucionalidad creada a nivel regional, esto es el Mercado Común del Sur o Mercosur, no cuenta con Chile como país miembro, sino que éste se limita a ser país asociado del mismo. En él sólo participan, Brasil, Uruguay, Argentina, Paraguay y Venezuela.

<sup>662</sup> Aunque, en este aspecto, TIEDEMANN, K., "La armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea", *ADPCP*, vol. XLIX, Fascículo/mes 2, 1996, pp. 385s., señala que los progresos de la armonización, siempre tienden a ser mayores en otros ámbitos, mientras que en el Derecho penal el proceso es más lento.

en el ámbito, tal vez más sensible del sistema jurídico nacional, esto es, el penal.

## 2. Instrumentos regionales

### 2.1. Principales hitos en el proceso de armonización regional

Antes de entrar de lleno en el análisis de los instrumentos regionales<sup>663</sup> más relevantes, parece adecuado echar un pequeño vistazo al proceso de armonización de normas penales que ha llevado a España, en particular, a la consagración de la RPPJ, teniendo en cuenta, como ha podido advertirse en páginas anteriores, que la vigencia del principio *societas delinquere non potest* en países de raigambre continental ha sido fuerte y profunda y el proceso de desvinculación del mismo, tanto a nivel doctrinal como legislativo, verdaderamente lento y dificultoso, comparado con el que han llevado adelante los países del *Common Law*<sup>664</sup>.

Es claro que los crecientes problemas de individualización de las responsabilidades en los delitos de empresa, así como de investigación y persecución de los mismos, han llevado a los países de la órbita europea al planteamiento de la responsabilidad corporativa en sus respectivas legislaciones<sup>665</sup>. Pero, ese planteamiento ha respondido, en gran medida también, a las demandas provenientes del espacio europeo para introducir cambios en las legislaciones penales de sus países miembros, y en especial la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas con independencia de las personas físicas que las integran<sup>666</sup>.

A dichas cuestiones no ha sido ajeno el Derecho penal español. La posición de las personas jurídicas frente a los hechos punibles, principalmente de índole económico, ha

---

<sup>663</sup> Una visión general sobre el proceso de armonización en materia penal en Europa se encuentra en ROMEO MALANDA, S., "Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, *passim*. Una interesante visión de los conflictos que se han presentado en este ámbito, en NIETO MARTÍN, A., "Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo", en AA. VV., Bajo Fernández, M., Bacigalupo Saggese, S. y Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho penal económico: mesas redondas de Derecho y Economía*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, *passim*. En el ámbito comparado véase VERVAELE, J., "La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea", *Revista Penal*, nº 15, 2005, *passim*.

<sup>664</sup> Aunque, como señala, TIEDEMANN, K., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *op. cit.*, p. 100, las distancias en estos últimos años, cada vez son más cortas.

<sup>665</sup> Una visión y evaluación general de la armonización en materia penal en el ámbito europeo PERRON, W., "Chapter II. Perspectives of the Harmonization of Criminal Law and Criminal Procedure in the European Union", Johannes, E. y Strandbakken, A. (edits.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 17ss.

<sup>666</sup> Lo que no ha estado exento de problemas, pues como señalan ADAM, S., VERMEULEN, G. y DE BONDT, W., "Corporate Criminal Liability and the EC/EU: Bridging Sovereignty Paradigms for the Sake of an Area of Justice, Freedom and Security", en *La Responsabilité Pénale des personnes morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, *op. cit.*, refiriéndose al proceso hasta llegar a un instrumento como el *Corpus Iuris*, p. 378, "As we argued elsewhere, such a controversial discussion at EU level demands deep comparative studies, meetings between national political and judicial bodies, the prolonged and deepening of the remarkable research initiative that led to the corpus iuris".

venido planteándose desde hace ya mucho tiempo en la comunidad internacional y más concretamente en el ámbito de la propia Unión Europea<sup>667</sup>. Este debate ha estado inmerso en un contexto mayor de demandas de armonización de las legislaciones penales nacionales para, de este modo, lograr un mercado interior europeo seguro<sup>668</sup>.

Sin embargo, la tarea anterior no ha resultado fácil, dados los límites “naturales” que en materia penal se han impuesto a las autoridades europeas. Esos límites han sido mucho más intensos en materia de competencias penales<sup>669</sup> y en el ejercicio del *ius puniendi*, tanto en lo referido a la creación de tipos penales como a la previsión de una jurisdicción común que garantice la imposición de sanciones ante posibles y eventuales infracciones a sus normas<sup>670</sup>. En este marco, los Estados nacionales han resuelto no ceder en estas materias parte de su soberanía a las instancias comunitarias<sup>671</sup>.

El principio anterior fue, sin embargo, severamente puesto en crisis con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2005, a través del cual se vieron enfrentados la Comisión de las Comunidades Europeas y el Consejo Europeo en el STJCE, asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo, de 13-9-2005) *sobre aspectos relativos a la regulación del medio ambiente*<sup>672</sup>. En dicha sentencia el tribunal dio una nueva dirección a las cuestiones relativas a las facultades y competencias en materia penal de la Comisión Europea. Lo que hasta dicha fecha se había considerado como única alternativa en materia de regulación penal fue modificado, estableciéndose que no sólo en virtud del Título VI del TUE -y, por tanto, sobre la base del Tercer Pilar-, es posible armonizar las legislaciones penales de los distintos Estados Miembros, sino también en virtud del Primer Pilar, en el Derecho comunitario, por cuanto para alcanzar los objetivos

---

<sup>667</sup> En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, op. cit, p. 137.

<sup>668</sup> Como señala PERRON, W., "Chapter II. Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union", op. cit., pp. 15s., existen patrones comunes en la normativa europea que se estructuran sobre la base de ciertas reglas mínimas en materia de delitos, con determinadas demandas en cuanto a su configuración y con sanciones proporcionadas efectivas y disuasivas, estableciendo también la obligación de contemplar la responsabilidad penal respecto de los directivos y de las personas jurídicas mismas.

<sup>669</sup> En tal sentido se plantea, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Armonización penal en la Unión Europea", en Da Costa, M. et. al. (coords.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 1, Universidad de Coimbra, 2009, p. 136. Pero, como señala CLIFFORD CHANCE, "Corporate Liability in Europe", op. cit., p. 1, es probable que, dadas las nuevas competencias entregadas en virtud del Tratado de Lisboa de 2009 a la Unión Europea, su papel sea cada vez mayor. Lo anterior por cuanto el mencionado Tratado establece un nuevo marco en materia penal.

<sup>670</sup> O como denomina TIEDEMANN, K., "Derecho penal económico en la Comunidad Europea", en AA.VV., Arroyo Zapatero, L. y Tiedemann, K. (coords.), *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 237, se ha venido llamando "*jurisdiction to prescribe*" y "*jurisdiction to enforce*".

<sup>671</sup> En este sentido plantea ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., en *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, op. cit, pp.137s., que la cuestión acerca de la ausencia de facultades a las instancias comunitarias respondería a dos factores. El primero se corresponde con el ya enunciado, esto es, que se trataría de una cuestión de soberanía nacional, mientras que el segundo se relaciona con la necesidad de que las normas penales deben tener su origen en órganos que respondan a los principios democráticos, estadio que aún los órganos de las instancias comunitarias no han podido alcanzar. Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, no puede desconocerse la influencia que al respecto ha supuesto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

<sup>672</sup> Véase, NIETO MARTÍN, A., "Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo", op. cit., *passim*.

de la Comunidad -como en el caso de las normas relativas al Medio Ambiente-, puede ser precisa la armonización penal. Pero la sentencia en análisis fue aún más lejos, al sostener que tal competencia de la Comunidad derivaba del Primer Pilar, razón por la cual debe aplicarse con preeminencia a aquéllas que establece el Tercer Pilar<sup>673</sup>. Con ello se inicia una nueva era en la que la armonización de las legislaciones nacionales se presenta de manera más extensa e intensamente que la que se había conocido hasta la comentada sentencia<sup>674</sup>.

Lo relevante de esta decisión del Tribunal, a los efectos de lo que aquí se analiza, es que cuando se considere que dará mayor eficacia al Derecho comunitario la adopción de una disposición penal en alguna determinada materia comprendida en el TCE puede adoptarse en el marco del Primer Pilar. Por último, cabe señalar que, aunque dicha sentencia es dictada en el ámbito de la protección medio ambiental, los alcances de la misma son variados y se extienden a otras políticas comunes, así como a las libertades de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, en las que podrían también aplicarse sanciones penales y no de otra clase para asegurar su eficacia<sup>675</sup>.

En consecuencia, en la actualidad no pueden ser desconocidos los avances en orden a la construcción de un espacio policial y judicial en materia penal común que cristaliza en la aprobación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>676</sup>. Lo anterior se ve reflejado en una influencia creciente y decisiva en la creación de normas a nivel nacional y, por tanto, también en la dirección que adoptan y han adoptado los países miembros en materia penal y en especial, en el ámbito del Derecho penal económico y en la consagración de la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>677</sup>.

Siguiendo en este punto a ZUÑIGA RODRIGUEZ<sup>678</sup>, dos son los aspectos que deben ser considerados en este proceso que ha venido dándose de progresiva influencia de los objetivos comunitarios en la conformación de la legislación de los países miembros. Un primer aspecto se relaciona con las competencias y facultades con que cuentan organismos de la Unión Europea en el ámbito de las actuaciones antijurídicas y abusivas de las organizaciones colectivas, en particular, respecto del actuar de las empresas en el plano comunitario. En este sentido, la Comisión Europea dispone de competencias para determinar que se ha desplegado, por parte de las entidades, una conducta constitutiva de

---

<sup>673</sup> Ver en este sentido, AA.VV., Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ministerio de Justicia, 2008, p. 34.

<sup>674</sup> Como señala NUOTIO, K., "Chapter VI. Harmonization of Criminal Sanctions in the European Union-Criminal Law Science Fiction", en *Harmonization of Criminal Law in Europe*, op. cit., pp. 80ss, la forma típica de tratar la sanción penal para todos los Estado parte, es la sanción efectiva, proporcionada y disuasiva, refiriéndose además a la sanción de la persona jurídica.

<sup>675</sup> NIETO MARTÍN, A., "Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo", op. cit., p. 5.

<sup>676</sup> Véase, DEMETRIO CRESPO, E., "Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea", *Revista Penal*, n° 16, 2005, p. 45.

<sup>677</sup> En cuanto a la influencia en materia de RPPJ por parte de la Unión Europea, véase QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", en AA.VV., García García, M. A. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, n° 115, Madrid, 2007, p. 163.

<sup>678</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, op. cit., pp.ss.

infracción, en materia de Derecho de la competencia. En estos casos, la Comisión valora a la organización como un sujeto autónomo respecto de los actos que hayan realizado las personas físicas que la integran o por la cual actúan y, en tal contexto, aplica las sanciones, fundamentalmente multas impuestas y ejecutadas por la propia Comisión<sup>679</sup>.

Por otro lado, la Unión Europea también posee facultades en la creación de sanciones -fundamentalmente en ámbitos como el pesquero y agrícola- en especial de tipo interdictivo, si bien tienen un efecto más bien indirecto, por cuanto requieren para su imposición y ejecución de los órganos administrativos nacionales.

En este mismo ámbito también deben ser considerados ciertos principios que permiten a la Comunidad dar preeminencia a las normas que protegen sus intereses frente a las contenidas en los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>680</sup>. Los *principios de efecto directo, primacía, asimilación e interpretación* conforme al Derecho comunitario, dan cuenta de la importancia que adquiere este último sobre el Derecho nacional, a fin de proteger el interés de la Comunidad. En especial, a través de la aplicación del principio de *primacía*, podrá verse obligado el juez o, en general, cualquier operador del Derecho nacional a abstenerse de la aplicación de una norma interna<sup>681</sup>.

El segundo aspecto relevante en este proceso de progresiva influencia de la Unión Europea en los ordenamientos nacionales dice relación con la tendencia a homogeneizar las legislaciones nacionales con las demás pertenecientes a la zona comunitaria que puede apuntar en dos direcciones. Por un lado, en sentido expansivo de los intereses que se desean proteger, en especial en el ámbito económico<sup>682</sup>, que puede llevar a que las legislaciones nacionales se vean presionadas a perseguir determinadas conductas sea en sede penal o en otras de distinta naturaleza, de manera que los organismos de la Comunidad puedan asegurar una efectiva protección de sus intereses y objetos de tutela. Por otro lado, en una dirección contraria o *inhibitoria*, cuando se inste a los países a no crear un Derecho interno que pueda vulnerar los intereses de la comunidad<sup>683</sup>.

En este sentido, países como España, gozan de una amplia libertad en cuanto a la determinación de sus normas en el ámbito penal, pero siempre manteniendo como parámetro de su actuación las obligaciones que, como miembros del espacio europeo, han asumido.

En síntesis, claramente los países miembros de la Unión Europea ven delimitado su

---

<sup>679</sup> *Loc. cit.*

<sup>680</sup> Así, señala DANNECKER, G., *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Bascón Granados, C. (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 64s., que el Derecho comunitario prevalece en los casos de colisión entre éste y los órganos jurisdiccionales nacionales, debiendo, por tanto, estos últimos adaptar sus normas las comunitarias. Lo mismo ocurriría en el ámbito interpretativo de las normas nacionales.

<sup>681</sup> Sin embargo, como se señala en AA.VV., Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, op. cit., p. 33, resulta usual que, en lugar de la desaplicación de la norma, se presente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

<sup>682</sup> Sin perjuicio de otros ámbitos tan relevantes como el terrorismo, la criminalidad organizada, etc.

<sup>683</sup> Así, pueden presentarse casos en los que se estime que determinadas sanciones internas pueden ser muy elevadas en relación a las garantías de libertad económica que los tratados e instrumentos internacionales imponen, o por vulnerar la libertad de competencia, casos en los cuales primará la tendencia a la inhibición de la persecución y sanción de determinadas conductas.



ámbito de competencia, en cuanto a su política legislativa y su política criminal, por aquellos mandatos que surgen de la necesidad de responder a la homogeneización y armonización de las normas penales de acuerdo con los intereses y bienes que la Unión Europea desea sean respetados por todos los Estados<sup>684</sup>. Este proceso que parece haberse intensificado desde finales de los años ochenta<sup>685</sup>, se ha ido incrementando en la medida en que mayores han sido los ámbitos en los que la Unión Europea estima es necesario incidir<sup>686</sup>.

En consecuencia, España, sigue la línea antes indicada, al decidir consagrar la responsabilidad de las personas jurídicas, cumpliendo con ello los compromisos internacionales y, en especial, regionales en materia de responsabilidad corporativa, en todo caso, incipientes y con una mayor flexibilidad en materia de armonización<sup>687</sup>. Por tanto, dentro de tal contexto, este país ha dado un paso más allá que otros de la misma órbita, al consagrar una responsabilidad de naturaleza penal.

## 2.2. El proceso de armonización en la Unión Europea

Existen numerosas Decisiones Marco y Directivas que se refieren a la imposición de sanciones para las personas jurídicas y algunas, como ya se indicó más arriba, han sido citadas en la LO 5/2010. Lo anterior refuerza, por tanto, la indiscutible influencia que han tenido estos instrumentos comunitarios en la reforma del Código Penal.

Resultan de especial relevancia la Decisión Marco 2005/667 JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques<sup>688</sup>; la Decisión Marco 2005/222 JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativo a los ataques contra los sistemas de información<sup>689</sup>; la Decisión Marco 2004/757 JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en

---

<sup>684</sup> En este mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", op. cit., p. 168. Por su lado, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto", *Diario La Ley*, n° 7464, 2010, año XXXI, p. 3, señala que como trasfondo de la reforma general introducida en el Código Penal por la LO 5/2010, se produce por las presiones comunitarias por llevar adelante el proceso de armonización de las legislaciones nacionales.

<sup>685</sup> Lo anterior, como señala TIEDEMANN, K., "El Derecho penal económico en la Comunidad Europea", op. cit., p. 236, se habría producido con la decisión del TJCE, de 21 de septiembre de 1989, en el caso del "escándalo del maíz griego", en el que dicho tribunal deriva del principio de lealtad comunitaria la obligación de que los países integrantes de dicha comunidad protejan en la misma medida e intensidad los intereses de la comunidad que los protegidos a nivel interno.

<sup>686</sup> Respecto de proceso de demandas por sancionar a las personas jurídicas que habría comenzado en los años '80, véase MORÓN LERMA, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal (Las sanciones penales en Europa)*, n° 21, 2009, p. 345.

<sup>687</sup> En efecto, tal como señala MORÓN LERMA, E., *ibídem*, p. 344, las demandas de armonización en este campo específico han sido mucho menos radicales que en otros ámbitos.

<sup>688</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 255 de 30 de septiembre de 2005.

<sup>689</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 69 de 16 de marzo de 2005.

el ámbito del tráfico ilícito de drogas<sup>690</sup>, y la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>691</sup>.

De modo general, todos los instrumentos a que se ha hecho mención más arriba, instan a los países miembros a contemplar en su ordenamiento jurídico interno una responsabilidad para la persona jurídica cuando se ha cometido una infracción relacionada con los ámbitos que aquellos instrumentos protegen<sup>692</sup>. Sin embargo, esa responsabilidad, en cuanto a su naturaleza, no es explicitada, pues se deja entregado a los países establecer la especie de responsabilidad que se aplicará finalmente a las entidades colectivas<sup>693</sup>. Lo mismo ocurre con las sanciones, las que pueden ser penales o no<sup>694</sup>. En el caso de España, la LO 5/2010 establece esa responsabilidad en el ámbito penal, a través de la modificación del Código Penal<sup>695</sup>. Consecuentemente, las sanciones que son aplicadas a la agrupación tienen el carácter de penas, pues se agregan al catálogo actual contenido en el art. 33 CP, considerando además la multa, que en los instrumentos europeos tiene especial relevancia para este tipo de responsabilidad.

Pero a los fines de este trabajo, lo relevante de tales instrumentos, más que el compromiso que ellos imponen a España para legislar en la materia -ya asumido-, es que señalan los elementos y criterios que deben ser considerados en un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. Y, en general, existen elementos comunes en todos ellos. En primer lugar, la necesidad de que los Estados Miembros extiendan la responsabilidad de las personas jurídicas a los delitos que dichas normas regulan. En segundo lugar, la derivación de dicha responsabilidad de la actuación de las personas físicas que tengan poder de decisión o representación de la entidad colectiva. En tercer lugar, que dicha actuación se realice en *provecho* de la entidad<sup>696</sup>.

Se establece también en dichos instrumentos la necesidad de atribuir tal responsabilidad por la "infracción" cometida, cuando la misma haya sido realizada por

---

<sup>690</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 335/8 de 11 de noviembre de 2004.

<sup>691</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 13/44 de 20 de enero de 2004.

<sup>692</sup> De hecho es lo que ocurre, como señala TIEDEMANN, K., *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, op. cit., p. 89, la Comisión Europea, por ejemplo, en muchas directivas, en las que ha impuesto a los Estados miembros "prever una responsabilidad eficaz de las personas jurídicas y otras empresas", pero entregando la naturaleza, penal o administrativa a los Estados.

<sup>693</sup> En el mismo sentido se plantea MORÓN LERMA, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales", op. cit., p. 356, quien, al referirse al modelo de sanciones contempladas para las personas jurídicas en las Decisiones Marco, señala que se trata de un sistema flexible pero agregando, a continuación, que igualmente la Unión Europea "promociona una iniciativa político-criminal". Por ello, lo que parece una aproximación aparante y de mínimos, en realidad no lo es, en cuanto se insta a la consagración de sanciones contra las personas jurídicas.

<sup>694</sup> Por ello, señala TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*, op. cit., pp. 97ss., es posible apreciar en numerosos países de la Unión Europea, la existencia de "penas administrativas", junto a sanciones administrativo-penales o cuasipenales que forman parte del sistema penal y otras que pertenecen propiamente al ámbito penal *sensu stricto*.

<sup>695</sup> Como señala, ECHARRI CASI, F., "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", *Diario La Ley*, nº 7632, 2011, p. 2, esta decisión del legislador se ha visto influenciada por el efecto "penalizador" que tienen los instrumentos comunitarios, aún cuando los mismos no establecen que la naturaleza de la responsabilidad deba ser penal.

<sup>696</sup> Véase, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 171s.

una persona que esté sometida por un vínculo de autoridad a alguna persona que tenga poder de decisión en la organización y cuando dicha comisión sea el resultado de la ausencia de ejercicio de los debidos deberes de control y vigilancia. Por último, recalcan, en general, estas Decisiones Marco, la necesidad de que las sanciones aplicadas a dichas entidades sea independiente de la que se aplique a las personas físicas implicadas, además de que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas<sup>697</sup>.

En este sentido es claro, como se verá más adelante en este trabajo, que hay aspectos de la regulación comunitaria de la RPPJ que han sido transpuestos directamente a la normativa interna. Como reclaman las Decisiones Marco, esta responsabilidad es *acumulativa* respecto de la de la persona física que hubiere cometido materialmente el delito. Asimismo, se trasladan las dos categorías de personas físicas que pueden cometer el *hecho de referencia* (delito) del que deriva la responsabilidad de la entidad, esto es, los directivos y representantes y los empleados sujetos a la autoridad de los dos primeros. Sin embargo, la sanción en la actual regulación de la RPPJ no se gradúa en función de la categoría de sujetos antes mencionada, como sí ocurre en los instrumentos comunitarios<sup>698</sup>.

A modo de ejemplo, la Decisión Marco 2005/667 JAI establece en su art. 5 que deberá contemplarse la responsabilidad de las personas jurídicas cuando la infracción sea cometida en *provecho* de la entidad. Asimismo, contempla que los sujetos físicos que pueden desencadenar con su conducta tal responsabilidad son las personas individuales o bien quienes formen parte de un órgano de la persona jurídica y que ostenten un cargo directivo. Resulta además muy precisa la forma en que se expresa qué se entiende por cargo directivo, pues se indica que esas personas físicas deben tener un poder de representación o una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o para ejercer un control en el seno de la misma<sup>699</sup>. Nótese que no se hace mención al cumplimiento de formalidad alguna para acceder al cargo directivo, por lo que cabría pensar que no es preciso que se trate de una representación o poder legal. Por ello, la responsabilidad de la persona jurídica podría derivar de las personas que ejercen, aunque sea de hecho, un poder que les permite tener control sobre la entidad.

Además, se agrega la hipótesis de que la persona jurídica resulte responsable cuando las personas físicas antes mencionadas no hayan ejercido la vigilancia o control y ello haya permitido que una persona física sometida a la autoridad de aquéllas cometa la infracción, siempre en beneficio de la persona jurídica<sup>700</sup>. Por esta vía se amplía el ámbito de personas físicas que pueden desencadenar la responsabilidad de las personas jurídicas,

---

<sup>697</sup> *Ibidem*, pp. 179s.

<sup>698</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>699</sup> "Artículo 5 Responsabilidad de las personas jurídicas: 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por las infracciones a que se refieren los artículos 2 y 3 que cometa en su provecho cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica".

<sup>700</sup> "2. Además de los casos previstos en el apartado 1, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de alguna de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad incurra en la infracción contemplada en el artículo 2 en beneficio de esa persona jurídica."

reconociendo que también los empleados de la misma comprometen a la entidad, en la medida en que actúen en su beneficio. Con ello se recogen los criterios presentes en los sistemas legales que representan las versiones más modernas de responsabilidad penal corporativa<sup>701</sup>, alejándose de modelos más restringidos como el de la *identificación*, presentes en Reino Unido y Francia.

Por último, también resulta ilustrativo exponer brevemente, por la importancia que esta propuesta normativa ha tenido para la comunidad de países y en especial en la consagración de la RPPJ en España, el denominado *Corpus Juris* o Propuesta normativa en materia de Derecho penal y procesal penal<sup>702</sup>.

La importancia del *Corpus Juris*, que se desarrolla en el ámbito del espacio judicial común europeo y que surge en el contexto del Tercer Pilar del TUE, radica en dos aspectos, fundamentalmente. El primero es que el esfuerzo que significó su confección demuestra la firme convicción que a su tiempo ya existía acerca de la necesidad de desarrollar ciertos principios y criterios básicos en materia de intereses financieros de la región, que tiendan a la uniformidad y armonización de las legislaciones penales nacionales<sup>703</sup> asegurando, de esta forma, la persecución y sanción de determinados atentados a la libertad y a la seguridad en dicho espacio. Es en este marco, entonces, que se ha buscado establecer los criterios mínimos comunes a todos los ordenamientos estatales, plasmándolos en el *Corpus Juris*, de forma tal que esta propuesta normativa sea un verdadero instrumento de integración penal de las legislaciones nacionales<sup>704</sup>.

El segundo aspecto que tiene aún más relevancia a los efectos de este trabajo es la introducción por el *Corpus Juris* de una propuesta relativa a la RPPJ frente a la realización de ciertos ilícitos señalados en el propio texto.

Así, en el art. 13 (antiguo 14)<sup>705</sup> del *Corpus Juris*, se establece que la responsabilidad penal de las entidades colectivas concurrirá cada vez que se trate de las infracciones

---

<sup>701</sup> Es el caso de algunos sistemas ya vistos, como EE.UU. y Suiza, y de otros como Holanda.

<sup>702</sup> Un análisis del mismo en DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE, J. (edits.), ed. castellana a cargo de Bacigalupo, E. y Silva Castaño, M. L., *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000; un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004, *passim*.

<sup>703</sup> Así, plantea DANNECKER, G., *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario Europeo*, op. cit, pp. 199s. que ha sido la insuficiencia de medidas de asimilación, cooperación y armonización lo que ha llevado a la creación del grupo de expertos a cargo de la creación de del *Corpus Iuris* por parte de la Comisión Europea. Y fueron el aumento de los casos de abusos y la falta de claridad de las disposiciones referidas a la protección de los intereses financieros de la Comunidad los que llevaron al planteamiento acerca de la necesidad de "una verdadera homogeneización de las disposiciones penales que esté orientada en los principios de legalidad, simplicidad y eficacia".

<sup>704</sup> DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE, J. (edits.), ed. castellana a cargo de Bacigalupo, E. y Silva Castaño, M. L., *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000; un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitario*, op. cit., pp. 17ss.

<sup>705</sup> En tal sentido, la norma se refiere expresamente a la responsabilidad de los entes colectivos por lo que conviene su transcripción original. Así ella señala: "**Artículo 13 - Responsabilidad penal de las agrupaciones** (antiguo artículo 14)1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8), las agrupaciones que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta de la agrupación, por un órgano, un representante o por cualquier persona que hubiera actuado en nombre de la agrupación o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho. 2. La responsabilidad penal de las agrupaciones no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos."

contenidas entre los arts. 1 a 8, esto es, defraudaciones a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y delitos afines; fraude en un procedimiento de concurso comunitario de adjudicación de contrato; blanqueo de dinero y receptación; asociación ilícita para perjudicar los intereses financieros de la Unión Europea; corrupción; malversación; ejercicio abusivo del cargo y revelación de secretos oficiales.

Respecto de las entidades destinatarias de esta responsabilidad, de acuerdo a lo prescrito en el art. 13, incluye a: “*las agrupaciones que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo*”. Además, para que el delito sea imputable a la colectividad es necesario que el mismo se realice *por cuenta* de la colectividad, y que sea realizado por determinadas personas, a saber, por: “*un representante o por cualquier persona que hubiera actuado en nombre de la agrupación o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho*”. Asimismo, se aclara que las responsabilidades de las personas físicas y las de la colectividad serán concurrentes o *cumulativas*, por lo que la concurrencia de una no podrá excluir a la otra.

Si bien es cierto que este texto no ha llegado a ser aprobado por el Parlamento Europeo, su importancia es indudable y las consecuencias que de ser aprobado se darían para los países miembros, en especial para aquellos que aún mantienen como pilar fundamental de su Derecho penal el principio “*societas delinquere non potest*”, sería radical<sup>706</sup>. Hasta entonces la existencia de una uniformidad en los criterios asumidos por los especialistas que conformaron la comisión de expertos en Derecho penal<sup>707</sup> para la elaboración de los requisitos y presupuestos de esta responsabilidad, seguramente fue considerada en las diversas legislaciones comunitarias que han consagrado la responsabilidad de los entes colectivos en el ámbito penal, como en el caso de España.

En suma, son claras las influencias que en la Reforma de 2010, y específicamente en el ámbito de la nueva RPPJ, han tenido los diversos instrumentos comunitarios, así como la propuesta normativa que se acaba de abordar.

En cuanto al primer aspecto, en general podría decirse que las aspiraciones de unificar las garantías de un mercado común ha puesto sobre la mesa la necesidad de generar puntos de acuerdo y criterios comunes en la persecución y sanción de conductas que dicen relación con los grandes tópicos que, en materia criminal, vienen siendo el objeto de las preocupaciones de la Unión Europea, esto es, terrorismo, trata de seres humanos, delincuencia organizada, tráfico de drogas y de armas, corrupción, delincuencia informática, blanqueo de capitales, entre otros<sup>708</sup>. La reiteración y persistencia de la Unión Europea por regular estos ámbitos a nivel penal ha incidido en el proceso de armonización

---

<sup>706</sup> Véase en detalle el alcance y relevancia de esta propuesta normativa, en BACIGALUPO SAGESSE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 346-349; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La Responsabilidad Penal de Empresas, Fundaciones y Asociaciones*, op. cit., p. 171; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, op. cit., p. 161.

<sup>707</sup> La mencionada comisión estuvo integrada por: el Prof. E. Bacigalupo; la Profra. M. Delmas-Marty; el Prof. G. Grasso; el Prof. J. Spencer; el Prof. D. Spinellis; el Prof. K. Tiedemann; el Prof. J. Vervaele; el Prof. C. Van den Wyngaert.

<sup>708</sup> Artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En este sentido agrega la misma disposición en su apartado 1 que de acuerdo a la evolución de la delincuencia el Consejo podrá, mediante directivas, ampliar el ámbito delictivo, en la medida en que esta ampliación responda a los criterios contenidos en dicho apartado.

de los países de la órbita europea y también de España y de ello dan cuenta no sólo la incorporación esta responsabilidad colectiva en la LO 5/2010, sino también todos los demás cambios legislativos que se han introducido en la Parte General y Especial del Código Penal a través de la misma ley<sup>709</sup>.

En el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas estas influencias acarrearán más temprano que tarde, la uniformidad y compatibilidad entre las legislaciones de los Estados Miembros. En efecto, parece necesaria una regulación común de la responsabilidad de los entes colectivos si en verdad lo que se busca es eliminar lagunas de punibilidad, y desde el punto de vista político- criminal, no dejar una sensación de desigualdad, tanto desde la perspectiva de los posibles autores de los delitos como de las potenciales víctimas de los mismos. En el primer sentido, por cuanto no puede desconocerse que la existencia de responsabilidad de tipo penal en ciertos países, puede implicar un *forum shopping*, en el sentido de que las empresas decidan desarrollar sus actividades en países en los que no exista una persecución formal de las personas jurídicas que han cometido delitos. En el segundo, por cuanto desde la perspectiva del ciudadano, tampoco resulta justificable que existan sociedades en que determinados bienes jurídicos -en especial, colectivos- sean considerados dignos de protección penal, mientras que en otros, tal protección sea entregada al Derecho administrativo sancionador o a otras ramas del Derecho, con los consiguientes mensajes de menor gravedad respecto de tales actos. De mantenerse ese diferente tratamiento los pretendidos fines de la comunidad de países de lograr un espacio común, no sólo en el ámbito económico sino también político, podrían verse seriamente afectados.

## **CAPÍTULO V. LA INTRODUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE: ANTECEDENTES Y PRINCIPALES OPCIONES DE TÉCNICA LEGISLATIVA**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en España y Chile recientemente. En el caso de Chile, fue consagrada en la Ley n° 20.393 de 2 de diciembre de 2009<sup>710</sup>, mientras que en España la misma se introdujo por la LO 5/2010, de 22 de junio de 2010, en el Código Penal<sup>711</sup>.

---

<sup>709</sup> Esta influencia se expresa en la LO 5/2010, en aspectos claves como las modificaciones del comiso, de los delitos contra el medio ambiente o de los delitos de tráfico de drogas. Asimismo, estas influencias se han expresado también en ámbitos como el tráfico de órganos, la trata de seres humanos, la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, los delitos informáticos y los actos de corrupción en el sector público y privado, entre otros. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto", op. cit., *passim*, ofrece una visión crítica respecto de los cambios legislativos producidos por el influjo de las demandas comunitarias, que habrían llevado a una legislación caracterizada por la inflación en ámbitos sensibles como las penas.

<sup>710</sup> La Ley que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, fue promulgada con fecha 25 de noviembre de 2009, y fue publicada en el Diario Oficial por la Subsecretaría de Hacienda el 02 de diciembre de 2009.

<sup>711</sup> Fue publica en el BOE n° 152, con fecha 23 de junio de 2010, pero comenzó a regir seis meses después, en el mes de diciembre del mismo año.

Se trata, por tanto, de reformas bastante recientes, lo que revela la resistencia que ha habido ante el reconocimiento de la capacidad delictiva de las entidades colectivas por el arraigo del principio *societas delinquere non potest*<sup>712</sup>. Por ello resulta relevante conocer, aunque brevemente, los orígenes de las reformas en ambos países, en los que los factores que han incidido en la consagración de esta responsabilidad han sido, en cierta medida, comunes. En ambos, las resistencias a la introducción de la nueva forma de responsabilidad han sido importantes, aunque de manera más notoria en el caso español, en el que la doctrina había defendido de modo más enconado el principio *societas delinquere non potest*<sup>713</sup>.

Los cuerpos legales en los que la responsabilidad de la persona jurídica es consagrada demuestra también el ánimo y disposición para su aplicación en un ámbito más o menos extenso y, con ello, la generalidad o restricción con que se examina el principio *societas delinquere potest*. Pero también es claro que la opción por una legislación

---

<sup>712</sup> Así lo señalan, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., "La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., *passim*. El anclaje en el principio en comento y en la culpabilidad como reproche personal, lleva en España, a mostrarse en contra de la consagración de la nueva responsabilidad penal, aunque argumentando respecto del Anteproyecto de 2008, DE TOLEDO Y UBIETO, E., "¿Responsabilidad penal para entes sociales?", *ADPCP*, Tomo 62, Fascículo/mes 1, 2009, pp. 108ss. En Chile, también mostrándose en contra del nuevo sistema de responsabilidad penal por las mismas razones señaladas, VAN WEEZEL, A., "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Política Criminal*, vol. 5, n° 9, 2010, *passim*.

<sup>713</sup> Entre los que consideraban que la decisión del sistema penal chileno de no introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley n° 20.393, se encontraban CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 91, al constatar que la opción por la responsabilidad penal individual, se fundamentaba en la concepción de la persona jurídica como una "ficción" solución que estimaba correcta. En el mismo sentido se planteaban, entre otros, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A., *Derecho penal*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 176; NOVOA MONREAL, E., *Curso de Derecho penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 238; GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 56s. y COUSIÑO MAC IVER, L., *Derecho penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, pp. 276ss. A favor, hasta antes de entrar en vigencia el nuevo sistema, se planteaban, BUSTOS RAMÍREZ, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Maier, J. y Binder, A. (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, *passim* y POLITOFF LIFSCHITZ, S., "Cometer` y `hacer cometer`: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata", en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1274ss. Pero entre las primeras posiciones planteadas a favor de la RPPJ en Chile se encuentra SILVA, P., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Ciencias Penales*, T. IV, 1938, *passim*. En el caso de España, aunque ya en la década de los '50 existían quienes como BARBERO SANTOS, M., "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", *Revista Española de Derecho Mercantil*, n° 64, 1957, se manifestaban a favor de la consagración de este tipo de responsabilidad penal, fue en la década de los '80 cuando se intensificó el debate al respecto. La doctrina se inclinaba por la vigencia sin contrapesos del principio *societas delinquere potest*. Véase al respecto, entre otros, BARBERO SANTOS, M., "Las medidas de seguridad en el Proyecto de la Ley Orgánica de CP", en AA.VV., *La Reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 108, quien se manifestaba en contra. A favor, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal", *La Ley*, n° 1, 1980; del mismo, "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *Diario La Ley*, n° 5, 1996; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional 'societas delinquere non potest'", *CPC*, n° 11, 1980; del mismo, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", en Arroyo Zapatero, L. (coord.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

especial o su incorporación en la legislación penal común tiene una enorme relevancia en la práctica judicial.

Por otro lado, además de la constatación de la adopción de la opción penal en los modelos de responsabilidad penal en ambos países, los elementos y criterios que se han considerado para estructurar los respectivos sistemas de imputación, así como los sujetos que se ha estimado deben ser destinatarios de esa responsabilidad resultan de interés.

Respecto de los mismos la simple aseveración de la técnica, una por exclusión y la otra por su designación positiva, no basta para establecer verdaderas y profundas diferencias, por lo que será especialmente relevante el examen de las entidades que, en ambos países, se ha optado por excluir de su aplicación, como también la extensión que tienen los términos usados en los respectivos sistemas, lo que se verá en la última parte de este trabajo. Para ello la comparación con las técnicas usadas en otros países, así como los estudios comparados expuestos más arriba, resultan especialmente útiles. Lo que se aprecia, en todo caso, es que los elementos y criterios encuentran elementos de coincidencia con los aplicados tanto en el Derecho internacional como en los sistemas comparados, más de lo que se podría esperar. En realidad la novedad de la RPPJ es bastante relativa, como lo demuestran dichos instrumentos<sup>714</sup>.

El análisis de las personas físicas que desencadenan la responsabilidad de la organización es otro aspecto complejo pero, como se verá, la elección de dichos sujetos tiende a ser bastante similar en todos los sistemas y ello es extensible también a los sistemas español y chileno.

Por último el análisis del defecto de organización o fallo organizacional aunque es parte de los modelos aquí en análisis, ya sea explícita, como es el caso chileno, o implícitamente, como en el caso español, resultan ser una condición para la imputación de responsabilidad que, por tanto, debe ser probada por el Estado. Estos aspectos, por su extensión y relevancia serán tratados en la última parte de este trabajo.

## **1. Antecedentes de las reformas en España y Chile**

El proceso legal en Chile y España hasta llegar a consagrar la RPPJ ha sido desigual<sup>715</sup>. Si bien en Chile existían algunas disposiciones legales referidas a infracciones cometidas a partir de personas jurídicas, lo cierto es que no se contaba con un cuerpo normativo ni en el Código Penal ni en legislación especial alguna. Por su lado, España,

---

<sup>714</sup> Lo anterior es apreciable en el estudio comparado realizado *supra* del cuerpo de este trabajo, aunque en adelante también serán analizados estos precisos aspectos.

<sup>715</sup> Lo anterior se demuestra por la propia historia legislativa de los dos países en la materia. Por una parte, en Chile hasta antes de la Ley n° 20.393, sólo había existido una propuesta para regular la materia: el Proyecto de Código Penal para la República de Chile, de 1938, elaborado por los académicos Pedro Silva y Gustavo Labatut, en el cual se dedicaba el Título VII de su Libro I a la RPPJ, Proyecto Silva-Labatut, y el Anteproyecto de Código Penal, que será analizado en el cuerpo de este trabajo. En España, en cambio, como también se verá en el propio cuerpo de este trabajo, ya se habían incorporado sanciones a empresas desde el Proyecto de Código Penal de 1980, las que posteriormente devinieron en la llamadas consecuencias accesorias.



desde hacía varios años se venía planteando, tanto a nivel legal como doctrinal, tal responsabilidad, por lo que la consagración de la persona jurídica como sujeto activo de delitos no fue una novedad, como sí ocurrió en Chile<sup>716</sup>.

En el caso chileno, como se indicó, algunos ámbitos del ordenamiento interno contemplaban sanciones a las personas jurídicas frente a determinadas infracciones, pero no existía, hasta la promulgación de esta normativa, una regulación global que diera un tratamiento directo a la responsabilidad de los entes colectivos frente a la comisión de ilícitos de orden penal<sup>717</sup>. En este contexto, aún hoy, algunas leyes bastante específicas y de aplicación también restringida establecen sanciones para las personas jurídicas. Así, la Ley n° 18.046 sobre Sociedades Anónimas establece, en su art. 103, la sanción de disolución por revocación de la autorización de existencia o por sentencia judicial; el propio Código Civil contempla en su art. 559 la disolución de las asociaciones o la Ley n° 18.302 de Seguridad Nuclear contempla, en su art. 34, sanciones administrativas a la entidad, específicamente multas, suspensión de actividades o revocación definitiva de la autorización de funcionamiento<sup>718</sup>. Se trata, en consecuencia, de sanciones de tipo civil o administrativo para campos muy específicos de la normativa nacional<sup>719</sup>.

Sin embargo, antes de que entrara en vigor la nueva ley, a nivel doctrinal ya se había propuesto una forma de responsabilidad de las personas jurídicas que se situaba en la órbita penal<sup>720</sup>, que cristalizó en un anteproyecto de ley, conocido como Anteproyecto del "Foro Penal" de 2005. En él, en todo caso, no se estructuraba una responsabilidad

---

<sup>716</sup> Como señala ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., p. 187, como un "fuerte directo al mentón", pese a que existía una plasmación de sanciones relativas a las organizaciones que se venía planteando desde el Proyecto de Código Penal de 1980 y en los futuros proyectos de ley hasta el actual artículo 129 vigente. En dicho contexto, ya desde el Código Penal de 1944/1973 se consideró, aunque no en la Parte General del mismo, determinadas consecuencias para las personas jurídicas en distintas disposiciones de la Parte Especial. Por su lado, en el Proyecto de Código Penal de 1980, se consideraba la posibilidad de que, tratándose de delitos socioeconómicos y en los que se hubiera utilizado la organización para su comisión o para favorecerlo o encubrirlo, pudiera aplicarse algunas de las medidas que estaban contenidas en la escala general del artículo 135, a las que se denominaba "medidas de seguridad". Posteriormente, desde el anteproyecto de Código Penal de 1983 hasta antes de la Reforma de 2010, se han contemplado estas medidas pero cambiando su denominación por "consecuencias accesorias". Con mayor detalle acerca de la evolución histórica de las consecuencias accesorias, véase DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 59ss. Respecto de la novedad que implicó en Chile, véase HÉRNANDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política Criminal*, vol. 5, n° 9, 2010, p. 209.

<sup>717</sup> A excepción de, como ya se dijo en nota *supra*, los anteproyectos mencionados, que no tienen el carácter de cuerpos normativos.

<sup>718</sup> Ley sobre Sociedades Anónimas, de 22 de octubre de 1981, del Ministerio de Hacienda, art. 103 en relación con el art. 104; Ley que "fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley n°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley n°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley n° 16.618, Ley de menores, de la Ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley n°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones" de 30 de mayo de 2000, del Ministerio de Justicia, y Ley de Seguridad Nuclear de 16 de abril de 1984 del Ministerio de Minería, respectivamente.

<sup>719</sup> Durante la tramitación legislativa de la Ley n° 20.393 también fueron citadas otras leyes. En especial, el profesor Juan Carlos Dörr. Para mayor detalle véase el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 45ss., disponible en *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>720</sup> Además de esta propuesta, como ya se dijo en nota *supra*, anteriormente también había existido el proyecto Silva- Labatut.

directa para las personas jurídicas por la comisión de delitos, sino como una sanción accesoria y restringida a algunos delitos<sup>721</sup>.

En efecto, la propuesta de la Comisión "Foro Penal" no establecía una responsabilidad general de la persona jurídica por los delitos luego contemplados en el Anteproyecto de Código Penal, sino que reducía esta responsabilidad al ámbito del Título IX relativo a los *delitos de peligro común*. En general, respecto de estos delitos se establecía la responsabilidad penal directa del responsable o administrador de la empresa que ejecutaba un proyecto o actividad, y sólo en caso de que existiera condena contra dicho sujeto se aplicaban, además de la sanción civil o administrativa, ciertas "*medidas*" contra la persona jurídica misma. Las "*medidas*" que se contemplaban eran la multa, la revocación de autorizaciones infringidas, la clausura definitiva del proyecto o empresa en que incidía el delito y, como accesoria, la inscripción de la sanción en un registro de un organismo público del Estado<sup>722</sup>. Pero las condiciones exigidas para la atribución de la responsabilidad a la empresa consistían en que los delitos constituyeran una infracción de un deber impuesto a la empresa o bien que ésta última hubiera resultado o pudiera resultar beneficiada con la comisión del delito<sup>723</sup>.

Como es posible advertir la norma que se contempló en el Anteproyecto del "Foro Penal", aunque se situaba en la órbita penal, no tenía una naturaleza claramente penal y parecía acercarse mucho más a lo que en España se calificó como un *tertium genus*, a propósito del art. 129 que imponía sanciones a las personas jurídicas y que se denominaron "consecuencias accesorias". Su parecido radica en que la imposición de la sanción se restringía al caso en que resultara condenada la persona física que hubiera actuado en nombre de la persona jurídica, por cuanto se desprende de su redacción que esa persona jurídica no interviene en el proceso penal haciendo valer sus derechos, sino que sólo es sujeto pasivo de la sanción, una vez dictada la condena contra su representante o administrador. Por otro lado, también se acerca a las "consecuencias accesorias" españolas, en cuanto no se indicaba la verdadera naturaleza de tales sanciones que, a pesar de que estaban contenidas en el mismo Código Penal y eran pronunciadas, probablemente aunque no se mencionaba, por el juez penal. Se prefería, además, de

---

<sup>721</sup> En efecto, la Comisión para la elaboración del nuevo Código Penal chileno, que se inauguró al alero del Ministerio de Justicia y que estaba conformada por conocidos penalistas del medio nacional, le fue encargada en el año 2003 la elaboración de un nuevo Código Penal. La referida Comisión culminó con su labor el año 2007 y entregó al Presidente de la República de la época, Ricardo Lagos, la nueva propuesta prelegislativa. Lo cierto es que dicha propuesta aún no ha sido presentada al Congreso Nacional para su análisis, probablemente porque su elaboración fue entregada exclusivamente a académicos que han optado por una propuesta progresista con penas ostensiblemente más reducidas que las contempladas en la actual legislación. Por otro lado, también insta por la codificación, a través de la recopilación de una serie de leyes especiales, que son contempladas en la misma propuesta, con lo que se pretendía eliminar el problema de la dispersión y desconocimiento de las leyes propios de los países que cuentan con una interminable lista de leyes especiales. La versión final de este trabajo académico está disponible en [www.políticacriminal.cl](http://www.políticacriminal.cl).

<sup>722</sup> La norma se encuentra entre las disposiciones comunes del Título IX, sobre "delitos de peligro común", entre los que se encuentran los medioambientales. Al respecto el art. 229, señala: "*Las personas jurídicas cuyos responsables o administradores sean condenados por alguno de los delitos previstos en este Título, serán sancionadas por el Tribunal que conozca de dicho delito, sin perjuicio de las sanciones civiles y administrativas correspondientes, con una o más de las siguientes medidas...*".

<sup>723</sup> Así, señala el art. 229 *in fine*: "*Las medidas señaladas en este artículo sólo se aplicaran cuando los delitos cometidos consistan en la infracción de un deber impuesto a la persona jurídica en el desarrollo del proyecto o actividad de que se trate, o cuando de su ejecución derive o pueda derivar un beneficio patrimonial para la empresa sancionada.*"

manera similar que con las "consecuencias accesorias", hablar de "medidas".

En términos generales el ámbito de aplicación práctica podría haber sido bastante reducido, dado que justamente en los delitos en los que se contemplaba su aplicación<sup>724</sup>, suelen intervenir una multiplicidad de sujetos físicos, con lo que llegar a la condena del representante o administrador parecía un proceso bastante complejo. En general, en relación con el anteproyecto del "Foro Penal", a pesar de lo tímido del tratamiento que se le otorgaba, tanto por su extensión en delitos, como respecto de la estructura misma, se trataba un respetable intento por contemplar algún tipo de responsabilidad para las personas jurídicas en Chile en un ámbito en el que claramente las actuaciones de las corporaciones son relevantes.

En el caso de España, la discusión a nivel doctrinal acerca de la necesidad de establecer una responsabilidad penal para las entidades colectivas viene dándose ya desde la década de los '80, pero adquirió un verdadero auge en los años '90, cuando comenzaron a levantarse varias voces que instaban por establecer esa responsabilidad como una vía adecuada para la represión de actos delictivos en que estuvieran involucradas personas jurídicas. Y en el plano normativo, también España había contemplado disposiciones en el Código Penal que establecían sanciones o medidas contra las personas jurídicas, algunas más cercanas al ámbito penal propiamente dicho, y otras menos<sup>725</sup>. Pero, en general, la situación variaba bastante de aquélla que se vivía en Chile en ese mismo ámbito, donde el desarrollo doctrinal y normativo era casi inexistente.

En general, la persona jurídica, como destinataria de la sanción, venía siendo regulada desde distintas perspectivas en el Código Penal español. Mientras en algunos supuestos, la entidad colectiva es concebida como sujeto pasivo de delitos, en otros, se contemplaba la posibilidad de que fuera objeto de sanciones –previstas en las *consecuencias accesorias* del art. 129, en algunas disposiciones de la Parte Especial y en el art. 31, apartado 2-, o bien, de responsabilidad civil, directa o subsidiaria<sup>726</sup>. Estos últimos supuestos, se ha señalado<sup>727</sup>, implica, por lo menos y en lo referido a la consagración de sanciones dirigidas a las personas jurídicas, que existía una suerte de separación entre la persona infractora y la finalmente responsable<sup>728</sup>. A pesar de lo anterior, la naturaleza jurídica de estas consecuencias no era una materia pacífica, lo que pone en duda que el mero hecho de estar dirigidas a las personas jurídicas las transformara en sanciones penales propiamente tales y menos aún en penas aunque, claro, existían quienes consideraban que lo eran, en el

---

<sup>724</sup> Los delitos eran: Delitos relativos al medio ambiente; Delitos relativos a la caza, la pesca y la salud animal y vegetal; De los incendios, los delitos relativos a la energía nuclear y otros estragos; De los delitos relativos a la manipulación genética; Del expendio de sustancias medicinales, bebidas y alimentos nocivos para la salud, y otros delitos contra la salud pública; Del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; Delitos relativos a la seguridad de los medios de transporte. Aunque claramente la misma redacción del art. 229, hace posible su aplicación solo algunos de ellos.

<sup>725</sup> En especial, en relación con las llamadas *consecuencias accesorias*, analizadas más adelante en el cuerpo de este trabajo.

<sup>726</sup> Véase, RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009, pp. 1ss.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 653.

<sup>728</sup> De ello daría cuenta no sólo el artículo 129, sino también el derogado art. 31.2, que hacía hacer responsable, de manera directa y solidaria a la empresa por la multa impuesta a la persona individual condenada que había actuado por cuenta o a nombre de esta última.

sentido más estricto del término<sup>729</sup>.

En tal contexto, la cuestión que al momento de la consagración de las *consecuencias accesorias* se suscitó, giró en torno a si aceptar o no que las sanciones dirigidas a las personas jurídicas, ya sea de manera directa o subrepticia, habían sido consideradas por el legislador como una forma de romper con el principio *societas delinquere non potest*<sup>730</sup>.

Al respecto, me inclino por creer -adelantando la opinión relativa a la regulación de dichas sanciones- que, si bien este principio no había sido aún derribado en la jurisprudencia, la legislación<sup>731</sup> o la doctrina, sí es cierto que el legislador había venido mostrando atisbos de su intención de romper con el viejo principio.

Lo anterior por cuanto, aunque tímidamente, las llamadas *consecuencias accesorias* del art. 129 ya establecían a la persona jurídica como centro de imputación de sanciones en el ámbito penal, dando lugar con ello a un gran debate a nivel doctrinal acerca de la capacidad delictiva de las entidades colectivas, lo que permite pensar que la RPPJ ha tenido como antecedente dichas consecuencias. Pero la posibilidad de que hubiere existido una decisión tácita del legislador en torno a otorgarle a la persona jurídica la calidad de sujeto con capacidad delictiva no resulta factible. El “principio de legalidad”<sup>732</sup>, impide considerarlo así, lo que ha quedado además de manifiesto con la declaración expresa en la LO 5/2010 de esa responsabilidad penal. La cuestión sobre su naturaleza jurídica, como se verá más adelante, planteó, en todo caso, variadas posiciones.

Aunque las *consecuencias accesorias* del art. 129, vigentes hoy en el reducido ámbito de aplicación de las entidades colectivas sin personalidad jurídica, fueron las que dieron lugar al mayor debate en torno a la posibilidad de que a través de ellas se diera lugar a

---

<sup>729</sup> Así lo planteaba ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., pp. 190ss. Adherían a su postura BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 278ss.; BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, p. 79; ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, nº 1, 1998, pp.14ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Trotta, Madrid, 1997, pp.245ss.; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, op. cit., p. 130, aunque este autor, evitando entrar en la cuestión específica de su naturaleza jurídica, señalaba que el carácter aflictivo de estas sanciones implicaba que dichas consecuencias eran “(E)n buena cuenta, algo muy parecido, sino idéntico desde un punto de vista real y material, a las penas o a las medidas de seguridad”.

<sup>730</sup> Respecto de la vigencia del principio en cuestión, vale la pena citar las palabras de RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, op. cit., pp. 130s, en tanto y en cuanto reflejan las graves consecuencias que se derivan de la imposición de sanciones con claro contenido aflictivo, pero sin reconocer que las mismas deben estar también revestidas de las garantías que sólo podría ofrecer el Derecho penal, justamente porque reconoce la cuantía y gravedad de las mismas. En este sentido el autor señala: “Se trata de destacar cómo la aplicación del axioma *societas delinquere non potest* (en cursiva en el original), basado en los principios de culpabilidad y de imputación objetiva, sirve para conculcar subrepticamente tales principios y algún otro. Estatuyendo una responsabilidad penal objetiva y arbitraria -sin fundamentos de imputación- respecto a ciertas personas físicas”.

<sup>731</sup> Con la LO 5/2010, sin embargo, el ámbito de aplicación de las *consecuencias accesorias* queda claramente establecido, pudiendo aplicarse sólo respecto de las asociaciones sin personalidad jurídica, como una verdadera medida accesoria a la sanción penal aplicada a los integrantes de las mismas.

<sup>732</sup> En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 245.

una auténtica responsabilidad corporativa, no es menos cierto que el apartado 2 del art. 31 también dio lugar a dudas en torno a su naturaleza. Por ello, previamente haré una breve mención a tal cuestión.

El debate generado a partir del apartado 2 del art. 31, hoy derogado por la LO 5/2010, lo suscitó una afirmación de la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 que lo había incorporado<sup>733</sup>, pues en ella se señalaba que al incluir la responsabilidad solidaria y directa para la persona jurídica por el pago de la multa impuesta al administrador o representante que hubiere actuado en su nombre o por su cuenta, se estaba abordando también la responsabilidad penal de la entidad colectiva. Sin embargo, la mayoría de la doctrina<sup>734</sup> se inclinaba por estimar que a través de esta disposición no se buscaba la revisión del principio *societas delinquere non potest*, pues ni la letra ni el espíritu de la norma lo demostraban<sup>735</sup>. En concreto, lo que en realidad hacía el apartado 2 era señalar que la multa sería impuesta en sentencia al autor del delito, es decir, al administrador o representante de la entidad y no a esta última. En esa medida el autor y responsable frente al sistema penal era la persona física que realizaba alguno de los delitos comprendidos en el apartado 1 del art. 31 (delitos especiales) y no la persona jurídica.

En consecuencia, para parte de la doctrina<sup>736</sup>, en realidad esta norma estaba destinada al aseguramiento de la ejecución de una multa impuesta al autor del delito, pero que recaía en la persona jurídica, de conformidad con lo que la doctrina francesa ha denominado "*responsabilité civile du paiement des peines pécuniaires*". De acuerdo con ella, el sujeto que no es condenado como autor de una infracción puede ser objeto, sin embargo, de la obligación de pagar el importe de la multa impuesta al autor material. Otros autores<sup>737</sup> estimaban que esta obligación a la que se sujetaba la persona jurídica frente al pago de la multa tenía la misma naturaleza de *consecuencia accesoria* que aquéllas comprendidas en el antiguo art. 129, en la medida en que la persona jurídica soportaba una medida económica en atención a que el delito era cometido en su nombre y en su beneficio.

Pero en la doctrina también hubo quienes plantearon que el art. 31.2 era una

---

<sup>733</sup> En efecto la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.283 de 26 de noviembre de 2003), señalaba respecto de la inclusión del apartado 2 del artículo 31 que: "***Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria***". (Sin negrita en el original).

<sup>734</sup> Como por ejemplo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 536s.; BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad penal colectiva", en AA.VV., Vieira Morante, F. (dir.), *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 52ss.; y GARCÍA ARÁN, M., "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007", en AA.VV., García García, M. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, Madrid, 2007, pp. 248ss.

<sup>735</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 537.

<sup>736</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, I., "El Art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de una pena de multa?", *Indret*, nº 2, p. 12.

<sup>737</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., pp.536ss.

auténtica hipótesis de RPPJ<sup>738</sup> estimando que, en este caso, se trataba de una responsabilidad penal indirecta respecto de la persona jurídica, en el sentido de que para que la corporación soportara finalmente la sanción, era necesario que primero se dieran los presupuestos señalados en el apartado 1 del mismo art.

Sin perjuicio de las opiniones más bien testimoniales de que se trataba de un tipo de responsabilidad penal, la opinión que me parece más acertada era la de quienes concluían<sup>739</sup> que, en lo referido a la RPPJ, no concurrían los presupuestos mínimos a nivel positivo –es decir, a través del apartado 2 del art. 31-, que pudieran servir para desarrollar mecanismos de imputación penal a las entidades colectivas, por lo que, de una responsabilidad solidaria no se derivaba su consideración como sujetos activos de los delitos aludidos en el apartado 1 del art. 31<sup>740</sup>.

El debate en torno a la naturaleza jurídica de las *consecuencias accesorias*, que aún no ha sido zanjado, parece inclinarse también hacia la negación de su naturaleza como “penas” y, consecuentemente, la imposibilidad de otorgar capacidad penal a las personas jurídicas, lo que se ha visto reforzado por la inclusión, ahora expresa, de esa capacidad penal en los arts. 31 bis y 33.7 CP.

Dichas consecuencias, eran concebidas como efecto del delito de la persona física sobre la persona jurídica, pero la cuestión primordial y quizá la que dio lugar a toda la discusión era la de si, para la aplicación de las mismas, bastaba con que existiese un acto típico y antijurídico, o era necesario que se hubiera dictado una sentencia condenatoria para que las mismas tuvieran lugar contra la entidad colectiva<sup>741</sup>.

Al respecto existían variadas posiciones, de ahí la necesidad de agruparlas, sólo con fines didácticos y de mayor claridad, en dos grupos: primero, aquellas que sostenían su naturaleza de verdaderas penas o, al menos, medidas de seguridad o sanciones penales en sentido amplio, pero diverso de medidas y penas; y, segundo, aquellas que, con distintos matices, negaban la posibilidad de que las *consecuencias accesorias* tuvieran naturaleza penal<sup>742</sup>. Es necesario aclarar, en todo caso, que las posiciones al interior de

---

<sup>738</sup> Es el caso de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La Responsabilidad Penal de Empresas, Fundaciones y Asociaciones*, op. cit., p. 243, y de QUINTERO OLIVARES, G., “De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas” en AA.VV., *Íd. y Morales Prats, F. (coords.), Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004, p. 337.

<sup>739</sup> Como era el caso de GARCÍA ARÁN, M., “Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007”, op. cit., p. 248.

<sup>740</sup> En este sentido las palabras de GARCÍA ARÁN, M., *ibídem*, p. 249 parecen muy esclarecedoras: “La ciencia jurídico penal puede construir las categorías dogmáticas y desarrollar los mecanismos de imputación de la responsabilidad no claramente desarrollados en el Derecho positivo. Pero no puede desarrollar categoría alguna sin partir de un mínimo asidero jurídico positivo, como ocurre especialmente en este nuevo art. 31.2 CP, que permanece en una especie de limbo entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, por mucho que la Exposición de Motivos de la LO 15/2003 diga que <<se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas>>. Quizá haya sido esa la intención, pero el art.31 se refiere a supuestos en que se sanciona al responsable individual en los delitos especiales, maneja un concepto (“responsabilidad solidaria”), absolutamente impropio de la responsabilidad penal y no dice cuáles son los mínimos presupuestos de esa atribución de responsabilidad”.

<sup>741</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J., “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Dykinson, 2003, en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), p. 2.

<sup>742</sup> Su exponente principal es GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en AA.VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y*

cada grupo eran extremadamente diversas<sup>743</sup>, alejándose en muchas ocasiones de la clasificación antes señalada.

A los fines de este trabajo la discusión que resulta más rica, por cuanto se presenta como el preludeo a nivel legal y doctrinario del debate acerca de la RPPJ es la que gira en torno a quienes sostenían que eran consecuencias jurídicas del delito, por lo que a ellas me limitaré.

Para los que asumían su carácter de penas<sup>744</sup>, el elemento culpabilístico es el que distingue a las medidas de seguridad de las penas y sería justamente éste el que situaría a las consecuencias del art. 129 entre las penas. Ello, en la medida en la que requerían de un

---

*sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, *passim*. Sin embargo, también adhiere a tal postura, en cuanto a la consideración de las consecuencias accesorias como medidas de índole preventiva y, por tanto, exentas de carácter penal, MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 2. Para el primer autor la ausencia de capacidad de acción de las personas jurídicas actuaba como presupuesto de su negación como penas o medidas de seguridad y, por tanto, de su naturaleza penal, siendo más bien para él "reacciones" del ordenamiento de orientación preventiva. Su postura partía de que, ante la incapacidad para "actuar" en términos estrictos de la persona jurídica, ésta en realidad se vinculaba con los efectos jurídicos a través de la actuación de otro, el representante, pero al no tener cabida la representación de sujetos activos en el ámbito penal, no se le podía atribuir responsabilidad penal alguna a la entidad colectiva. Cabe precisar que la imposibilidad de la representación en el ámbito de los sujetos activos de delitos, había sido vista de manera diversa por alguna doctrina, como es el caso de BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones Prácticas en el Ámbito de los Delitos de Empresa*, op. cit., pp. 79s. Los autores, refiriéndose a la fundamentación de que las consecuencias accesorias del art.129 eran verdaderas penas, señalaban que "*Los principios para extender al Derecho penal criminal la responsabilidad de las personas jurídicas (...) se deben fundamentar a partir de la institución de la representación* (en cursiva en el original) (...). *El fundamento de la imputación al mandante de los actos jurídicos celebrados por el representante es la autonomía de la voluntad* (en cursiva en el original) (...). *En la medida en la que el representado se autoobliga por su voluntad a aceptar los negocios jurídicos del representante, dicha voluntad se convierte en el fundamento de la imputación de tales negocios jurídicos*". Así pues, se puede sostener, de acuerdo a los autores, que la acción del representante se podía imponer, en principio, a las personas jurídicas. También se posicionaba por una naturaleza administrativa, CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría Jurídica del Delito*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 69ss.

<sup>743</sup> Así se encontraban quienes señalaban que las consecuencias accesorias en realidad resultaban ser inclasificables, otros que podían actuar en la práctica como verdaderas penas accesorias, aunque teóricamente no lo eran; o aquéllos que sin especificar cuál sería su naturaleza, simplemente, se limitaban a señalar que no eran ni penas ni medidas de seguridad. Sobre éstas y otras posiciones ver, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., pp. 185ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las Consecuencias Accesorias del Artículo 129 del Código Penal*, op. cit., pp.79ss.; GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blach, Valencia, 2004, pp. 70ss. En fin, otros también planteaban que dichas sanciones se encontraban emparentadas con el comiso como ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, op. cit., p. 212, quien plantea que "*se trataría de <<consecuencias accesorias a las penas>>, semejantes al comiso, fundamentadas en la prevención especial*".

<sup>744</sup> Es el caso de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit, pp.187ss. Adherían a su postura BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit, pp. 278ss.; BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, op. cit., p. 79; ARROYO ZAPATERO, L., "Derecho penal económico y Constitución", op. cit., pp.14ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pp.245ss.; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", op. cit., p. 130, aunque este autor, evitando entrar en la cuestión específica de su naturaleza jurídica, señalaba que el carácter aflictivo de estas sanciones implicaba que dichas consecuencias eran "*En buena cuenta, algo muy parecido, sino idéntico desde un punto de vista real y material, a las penas o a las medidas de seguridad*".

hecho típico, antijurídico y culpable para su aplicación. A esa conclusión se llegaba por una técnica de exclusión que eliminaba otras posibles naturalezas. Esta exigencia, por tanto, no se dirige a las personas individuales que realizan materialmente la conducta típica en cuestión, sino a la propia persona jurídica, pues de acuerdo con los parámetros constitucionales, es ella la que debe ser entendida y tratada como sujeto activo del delito.

En definitiva, es respecto de la propia persona jurídica de quien debía ser reclamada la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable para que la consecuencia accesoria pudiera serle aplicable, por tratarse justamente las consecuencias de penas y no de medidas de seguridad, basadas únicamente en un juicio de peligrosidad. Por lo tanto, desde el prisma de los que sostenían su carácter de penas, las "exigencias constitucionales" llevaban a entender a las *consecuencias accesorias* como tales realizando también, con ello, un ejercicio de extensión de las garantías penales a sujetos a los que se les aplicaba también consecuencias del delito.

También hubo quienes sostuvieron que se trataban de medidas de seguridad, aunque con variaciones. Para algunos se planteaban como medidas de seguridad en sentido estricto<sup>745</sup>, mientras que para otros realmente constituían medidas de seguridad de carácter *sui generis*<sup>746</sup>. En general a estas posturas no les faltaba base para su construcción,

---

<sup>745</sup> En este sentido se planteaba FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002, p. 99.

<sup>746</sup> Estimo que en esta posición se encontraba RAMON RIBAS, E., "Las consecuencias accesorias", op. cit, p. 657s., aún cuando debe precisarse que él mismo situaba las consecuencias accesorias en una tercera categoría. Sin embargo, por estimar que las personas jurídicas no serían más que instrumentos en las manos de los verdaderos sujetos con capacidad penal, es posible que su posición se acercara más a la de quienes sostenían que se trataba de medidas de seguridad. Al respecto señalaba el autor que "(...) cabe sostener que las consecuencias accesorias constituyen, como decía, una nueva consecuencia penal, distanciada tanto de penas como de medidas de seguridad tradicionales, similares, no obstante, a estas últimas, que incorporan la **peligrosidad objetiva** (en cursiva en el original) (de efectos, bienes, medios, instrumentos o ganancias del delito, cuando se trata del comiso, y de las sociedades y empresas en el marco del artículo 129) como fundamento de la intervención penal y, lógicamente, su prevención como fin (inmediato, pues el fin último es la protección de bienes jurídicos) propio del Derecho que regula dicha intervención. El riesgo o peligro criminal no procede ya del infractor o infractores de la norma penal, sino de la instrumentalización de determinados objetos o empresas en orden a la comisión, por parte de los autores y/o partícipes o, incluso, de terceros, de delitos o faltas". De acuerdo a lo planteado por el autor, la sanción accesoria tenía, por tanto, rasgos objetivos y no personales de un modo similar a las medidas de seguridad entendiendo, por tanto, a la persona jurídica sólo como un instrumento para la comisión de delitos. La adopción de esta posición genera ciertas dudas, atendido el hecho que, como bien planteaba MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 541, (partiendo de la posición de que la persona jurídica era aún un objeto en el Derecho penal) la medida en realidad no terminaba afectando sólo al infractor sino que también a otros que eran, respecto de la misma, verdaderos terceros, ajenos a la comisión del hecho cometido, como es el caso de los trabajadores. En el mismo sentido aunque de una manera más mediata, pues en estricto rigor las denominaba "consecuencias accesorias de la pena", se planteaba DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal", en AA.VV., Diez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C., Gracia Martín, L. e Higuera Guimerá, J. (edits.) *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1131, al señalar la marcada semejanza entre las consecuencias accesorias y las medidas de seguridad, en especial por la existencia de una peligrosidad que requiere ser *prevenida* por el Derecho penal: "A las medidas de seguridad, en cambio, se asemejan en que, además del aludido delito (aunque en el caso presente siempre completo), requieren como presupuesto (no ya mediato, como el delito, sino tan inmediato como la pena a aquel correspondiente) una cierta peligrosidad criminal, si bien no como ellas la de quien ha cometido tal delito, sino una <<peligrosidad criminal objetiva>>, cuyo síntoma más evidente, y legalmente imprescindible para su afirmación, es el hecho delictivo cometido por una persona física en el desempeño de las actividades o en relación con las entidades a que se refiere el artículo 129.1 CP. Esto es, el marco de peligrosidad (<<la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la



por cuanto partían no sólo de la propia historia fidedigna de su establecimiento, en cuanto ya eran definidas como tal desde el Proyecto de Código Penal de 1980<sup>747</sup>, sino también por la propia forma en que fueron configuradas en el art. 129.

Entre quienes se situaban en esta postura, se encuentra SILVA<sup>748</sup>, para quien las consecuencias accesorias no requerían de un presupuesto o requisito culpabilístico para la imputación del acto típico. Ello por cuanto, en criterio del autor, las medidas de seguridad no exigen la concurrencia de un acto (final) destinado a la lesión del bien jurídico, sino sólo del acto penalmente antijurídico, pero desprovisto de elementos subjetivos. En este entendido, las *consecuencias accesorias* requerían de los mismos presupuestos que las medidas de seguridad y seguían, por tanto, sus pasos, en términos de sólo exigir la concurrencia de un acto compuesto de elementos estrictamente objetivos como presupuesto de imputación de la consecuencia penal.

En este contexto se intenta fundamentar la existencia de unas medidas de seguridad no dirigidas a la persona física que ha cometido el delito, sino a la propia corporación estimando, en este caso, que el ente colectivo sería un sujeto de Derecho penal, pero entendido como “*centro de imputación de la lesión de una norma de valoración y de una peligrosidad de futuro*”<sup>749</sup>. Por lo tanto, desde esta posición, la acción respecto de las medidas de seguridad está desprovista tanto de elementos finales y subjetivos, como de dolo e imprudencia. Así, los presupuestos de imputación de la pena, son absolutamente distintos de los de las medidas de seguridad y teniendo, estos últimos, este carácter objetivo<sup>750</sup>, no había problema alguno en aceptar que las *consecuencias accesorias* podían compartirlos.

Consecuencialmente, la finalidad de las medidas de seguridad, en términos de eliminar la peligrosidad entendida como la probabilidad de comisión de nuevos delitos debe, de acuerdo al citado autor, ser examinada en clave también objetiva, razón por la cual, no había realmente diferencias sustanciales entre las medidas del art. 6 y las del art. 129<sup>751</sup>. Lo cierto es que, como plantean algunos autores<sup>752</sup>, al incorporar elementos

---

*misma*>> que señala el art. 129.3) a cuya <<prevención>> ha de tender (según el propio art. 129.3) y, respecto del cual (legalmente) implícito -**pero inherente**- pronóstico de que proseguirá la comisión de delitos y la producción de sus efectos ha de <<motivar>> (art. 129.1) la imposición de tales consecuencias”. (sin negrita en el original).

<sup>747</sup> Véase, en este sentido, GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance de art.129 del Código Penal*, op. cit., p. 74; y DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, op. cit., pp. 62ss.

<sup>748</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art.129 del Código Penal”, op. cit., pp. 342ss.

<sup>749</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>750</sup> No era de este parecer GARCÍA ARÁN, M., “Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007”, op. cit., p. 252, quien señalaba al respecto que, si bien lo preceptuado en el apartado 3 del artículo 129, en cuanto a la peligrosidad de la empresa, permitía aproximar estas consecuencias a las medidas de seguridad no se podía, sin embargo, “(...) equipararlas a las actualmente previstas en cuanto a su naturaleza: las medidas de seguridad en el derecho penal español son las que son, esto es, las **aplicables a sujetos individuales que manifiestan una peligrosidad subjetiva** basada en determinadas situaciones de inimputabilidad reguladas, exclusivamente, en los tres primeros números del art.20 y sus concordantes 101, 102 y 103 CP”. (Sin negrita en el original).

<sup>751</sup> En efecto, para SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art.129 del Código Penal”, op. cit., *passim*, en las medidas de seguridad aplicables a las personas físicas no se realiza un examen acerca de la culpabilidad del sujeto, sino sólo un juicio de peligrosidad por la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Es decir, si la medida de seguridad

subjetivos en las medidas de seguridad las posturas que sustentan que las consecuencias del art. 129 eran medidas de seguridad no tenían un buen encaje con las mismas, por lo que el presupuesto mismo sobre el que se sustentaban resultaba ser bastante débil.

Por otro lado, ante la constatación del silencio legal acerca de la naturaleza de las consecuencias del art. 129, también se planteó que las mismas eran "medidas" penales en sentido amplio<sup>753</sup>, por cuanto no podían ser clasificadas entre las penas ni entre las medidas de seguridad<sup>754</sup>. Se inclinaban, estos autores, por una tercera vía, por cuanto dichas consecuencias jurídicas obraban sobre la base de un hecho típico y antijurídico<sup>755</sup> y porque se dirigían a la *prevención* de los riesgos criminales futuros, conforme lo señalado en el propio apartado 3 del art. 129. Algunos<sup>756</sup> alegaban su carácter penal, por cuanto las mismas eran examinadas en un juicio penal y eran aplicadas por un juez también penal. Sumado a lo anterior, se encontraba el hecho de que tales consecuencias quedaban excluidas como medidas de carácter administrativo. Ello por cuanto la propia ubicación de las *consecuencias accesorias*, en el Código Penal<sup>757</sup> y no en otro cuerpo normativo de distinta

---

es aplicada es porque la posible futura conducta delictual lo requiere. Del mismo modo la exigencia, de acuerdo a la teoría finalista, de una acción dirigida volitivamente a un resultado antijurídico, no está presente en quién realiza el acto y es acreedor de la medida de seguridad. Pero el planteamiento acerca de la ausencia en las medidas de seguridad de elementos subjetivos no es un debate cerrado en la doctrina. Dentro de los que no concuerdan con esta visión acerca las medidas de seguridad se encuentra QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, *passim*, quien reclama el análisis de tales elementos en los comportamientos de las personas a las que podrían serle aplicables las medidas de seguridad, por lo que el mismo presupuesto sobre el cual se fundamenta la medida de seguridad para la persona física no necesariamente resulta idóneo, por lo que tampoco lo era en su aplicación a las personas jurídicas.

<sup>752</sup> Véase, QUINTERO OLIVARES, G., *ibídem*, *passim*; y GARCÍA ARÁN, M., "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007", op. cit., p. 252.

<sup>753</sup> GARCÍA ARÁN, M., *ibídem*, al señalar, en p. 253 que "(...) las consecuencias accesorias son **sanciones** (privaciones de derechos consecuencia de un hecho ilícito), **penales** (porque el ilícito es un ilícito penal y se orientan a la prevención de delitos), que pueden recaer sobre **personas jurídicas**, pero que no participan de los fundamentos legales, ni de las penas ni de las medidas de seguridad, refiriéndolos al sujeto sobre el que recaen". (La negrita en cursiva en el original). También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 540, quien planteaba, luego de haber descartado una posible naturaleza de penas o medidas de seguridad, al respecto que "A mi juicio, las susodichas medidas no son meramente administrativas, sino **propias del Derecho penal**, en atención a sus fines preventivos y al órgano judicial que las impone, en virtud de lo cual tal vez resulte preferible adjetivarlas, y hablar, por ejemplo, de <<consecuencias accesorias de las penas>> (...)". (La negrita en cursiva en el original).

<sup>754</sup> Así también TAMARIT SUMALLA, J., "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *La Ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Siglo: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, op. cit., p. 1163, quien al respecto se inclinaba por ser "una tercera forma de sanciones penales" que la ley establecía con plena autonomía de las penas y las medidas de seguridad. En el mismo sentido, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las Consecuencias Accesorias del Artículo 129 del Código Penal*, op. cit., p. 100, para quien se trataba de consecuencias jurídicas del delito con características propias y con otras que participaban de las demás consecuencias contempladas por el ordenamiento. El punto que llevaba al autor a sostener que se trataba de consecuencias autónomas era que el legislador le otorgó una ubicación sistemática distinta de las penas y de las medidas de seguridad.

<sup>755</sup> Así, RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, op. cit., p. 165.

<sup>756</sup> Tal era el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 540, quien hacía alusión al órgano judicial que imponía las consecuencias accesorias, como fundamento de esta naturaleza penal de las mencionadas consecuencias.

<sup>757</sup> Aunque este argumento, como ha sido reconocido, puede ser destruido desde que se contemplan también en el libro I del Código Penal la responsabilidad civil derivada del delito, y a su respecto nadie podría

naturaleza, demostraba inequívocamente la intención de atribuirles un carácter penal.

En este sentido, esa naturaleza penal se veía refrendada por el hecho de que al examinar una serie de medidas de carácter sancionatorio contra las personas jurídicas, se observaba que las mismas se encontraban positivizadas tanto en el ámbito penal como en el administrativo existiendo además, en muchos casos, entre ellas una gran similitud, como ocurre con la multa. En consecuencia, la cuestión radicaba en determinar el por qué de su ubicación en distintas sedes. La respuesta a este interrogante, desde esta postura, no podría ser otra que la de que, con la consagración de estas consecuencias en sede penal, lo que se buscaba era responder a distintos fines. Su inclusión tanto en el ámbito administrativo como en el penal no era arbitraria, sino que había tenido como principio rector que aquellas que se expresan en un texto punitivo tuvieran, por tanto, también una finalidad punitiva<sup>758</sup>. En síntesis, esta postura estimaba que si el legislador hubiera querido otorgarle una naturaleza extrapenal habría decidido colocar estas medidas en una legislación con distinta naturaleza, tal como lo han hecho otras legislaciones comparadas<sup>759</sup>.

La postura recién reseñada, aunque ya no tiene mayor relevancia a la luz del cambio expreso de paradigma, estimo que era la correcta, dados los elementos del texto legal y porque con su consagración el legislador parecía querer realizar un primer y tímido, pero definitivo, esfuerzo por establecer una vía de sanción penal. La decisión de guardar silencio respecto de su naturaleza penal habría sido posiblemente motivada por la negativa a oponerse de forma expresa al principio *societas delinquere non potest*.

Pero lo relevante, y que abona esta postura, es que la clara indefinición del legislador era un elemento más para considerar que se trataba de sanciones penales, aunque la falta de una configuración de esa responsabilidad penal incipiente obligaba, y allí está lo beneficioso de la implantación de estas medidas penales, a un esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia por construir una teoría acorde con el nuevo sujeto penal que entraba en escena. Por tanto, aunque ni la intención del legislador ni la forma en que fue consagrada respondían a una voluntad de generar un nuevo paradigma en la teoría

---

sostener que se trata de una responsabilidad de índole penal, aún cuando son aplicadas por el propio juez penal.

<sup>758</sup> Este argumento era reforzado por FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal", op. cit., p. 7, al indicar que, en cuanto a la finalidad perseguida con la inclusión de ciertas sanciones contra personas jurídicas en sede penal: "(...) *Obsérvese la evolución en la fórmula de afrontar la imposición de una de estas medidas; en concreto la medida de intervención de la empresa, la cual ha sido considerada tradicionalmente como una de las medidas administrativas por antonomasia. Así, en el CP 73 (art. 347) el Tribunal proponía a la Administración que decretase la intervención. Por el contrario en el CP 95 es el propio Tribunal penal el que ha de imponerla (<<El juez o Tribunal podrá imponer (...) la intervención de la empresa>>). Es cuando menos llamativo comprobar cómo la competencia, que antes se atribuía sólo parcialmente a la jurisdicción penal (imposición), en el nuevo Código se le atribuye en su totalidad (imposición y ejecución). El hecho de que esta intervención sólo pudiese ser ejecutada por la Administración sería argumento suficiente para desvirtuar la naturaleza penal a la que antes hemos aludido, argumento éste que con la nueva redacción desaparece*".

<sup>759</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal", op. cit., p. 7, en este mismo sentido señalaba: "(...) *si el legislador hubiese pretendido dotar a las medidas del 129 de una naturaleza distinta a la penal, tenía en su mano la opción de haber sido mucho más explícito, trasladando estas medidas fuera del Código penal, como por ejemplo ha hecho el legislador alemán, el cual lleva la multa administrativa (contravención) aplicable a las personas jurídicas al § 30 de la Ordnungswidrikeiten Gesetz (OWiG)*" (lo resaltado en negrita es nuestro).

del delito y de la pena, -lo que se ve reforzado por la decisión de no incluirlas ni en el catálogo de penas del art. 33 CP ni en el de las medidas de seguridad del art. 97 CP<sup>760</sup>-, era claro que se estaba con ellas abriendo el campo al debate acerca de la construcción de un nuevo sistema de responsabilidad penal corporativa.

## 2. La común opción por la vía penal

En Derecho comparado las alternativas -en el cada vez mayor número de países que han optado por consagrar algún tipo de responsabilidad de las personas jurídicas y de entidades asimiladas- pasan principalmente por la sanción administrativa<sup>761</sup>, y la opción penal. Como hemos visto, la sanción administrativa tiende a ser la alternativa a la que recurren los países en los que -ya por una resistencia doctrinal muy relevante o por una limitación de tipo constitucional- no han abandonado el principio *societas delinquere non potest*. Frente a esta opción, son cada vez más numerosos los países que han decidido que la sanción penal es la alternativa más contundente y lógica, por cuanto se trata de comisión de delitos<sup>762</sup>.

En ese contexto, la opción de Chile y España no fue la sanción administrativa, a pesar de que su tradición jurídica no difería mucho respecto de la que reinaba en todos los países de raigambre occidental parte del *Civil Law*, en los que el principio de la irresponsabilidad de las entidades colectivas era irrefutable. El motivo de esa decisión legislativa radica en la respuesta de Chile y España a las presiones externas, provenientes de los diversos instrumentos, ya fuera de alcance mundial o bien comunitario, que demandaban el establecimiento de algún tipo de responsabilidad de las personas jurídicas. Y como señalaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2008, esas demandas, por lo menos a nivel comunitario, han tenido un efecto "penalizador" en esta materia<sup>763</sup>.

Como las infracciones que los instrumentos internacionales señalaban eran efectivamente delitos, y aunque en todos ellos se establece que la sanción podrá ser administrativa o de otra índole con tal que las sanciones sean proporcionadas, disuasivas y efectivas, la opción asumida en ambos países fue la de consagrar una responsabilidad penal. Esa opción resulta lógica si se piensa que los compromisos internacionales se

---

<sup>760</sup> En este sentido, CARMONA RUANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA.VV., Bajo Fernández, M. (dir.), *Empresa y Derecho penal (II)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 294.

<sup>761</sup> Véase *supra* las opciones de Alemania e Italia. También se ha sostenido que el sistema que ha adoptado Austria se corresponde con sanciones administrativo sancionatorias. Al respecto véase ROBLES PLANAS, R., "¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos", *Indret*, n° 2, 2006, pp. 8s. Como puede apreciarse, se trata de un sistema que comparte muchos aspectos de la legislación italiana, por lo que, al igual que esta última, estimo que se trata más de un sistema penal que administrativo, aunque no se haya señalado expresamente en la ley que regula esta responsabilidad la naturaleza de "pena" de la multa ahí contemplada para las agrupaciones.

<sup>762</sup> Véase *supra* las opciones de Francia, Portugal y Suiza, entre otros.

<sup>763</sup> Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), p. 5, en relación con el Informe al Anteproyecto de 2006.

derivaban de la participación de las personas jurídicas o entidades asimilables en la comisión de delitos por lo que ese factor pudo haber tenido algún grado de relevancia.

Sin embargo, no obstante el peso de las presiones internacionales, debe apuntarse que hubo otras razones que tal vez expliquen de mejor forma la opción que tomaron ambos países y que difieren en uno y otro caso. En el caso de Chile, la ausencia de tribunales administrativos, al margen de la existencia de órganos específicos en ámbitos también específicos<sup>764</sup>, fue seguramente determinante en la decisión del Ejecutivo de plantear esa responsabilidad dentro del sistema penal, aún cuando no se señalara en el proyecto de ley la naturaleza criminal de esa responsabilidad.

España, en cambio, como ya se ha analizado más arriba, venía probando en distintas disposiciones y a través de distintas leyes que modificaban el Código Penal la introducción de algunas formas de sanción penal a las corporaciones, por lo que su ubicación en esta rama del Derecho, no parecía una opción carente de sustento, por lo menos a nivel doctrinal. Lo anterior, a pesar de que existieron numerosos penalistas que se mostraron absolutamente en contra de dicha alternativa, lo que fue abordado a propósito del debate generado por las *consecuencias accesorias* del antiguo art. 129. Pero, a pesar de que esas voces existieron, también es cierto que un número cada vez mayor se inclinaba por establecer de una vez por todas una responsabilidad articulada y sistematizada para las personas jurídicas en el ámbito penal con la que, además de otorgarle la fuerza comunicativa necesaria a las infracciones de las corporaciones, se le otorgara también todas las garantías penales que rodean al imputado y condenado penal<sup>765</sup>. En consecuencia, la respuesta penal, además de honesta y clara, venía precedida de intentos que anunciaban la consagración de una responsabilidad penal, como única vía para abordar la criminalidad de las personas jurídicas, profundizando con ello en las categorías penales y procesales penales ahora aplicables a las personas jurídicas<sup>766</sup>.

En el ordenamiento chileno, por su lado, aunque la cuestión acerca de la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas no había sido debatida a nivel doctrinal, lo que demuestra hasta qué punto se encontraba asentado el principio de la responsabilidad penal individual, merece la pena ahondar en el proceso que llevó, en tan poco tiempo, a la consagración de la capacidad delictiva de las corporaciones.

Cabe precisar además, que la consagración de la responsabilidad penal corporativa no tenía en Chile, como sí ocurría en otros países como Italia, una restricción constitucional<sup>767</sup>. La legislación chilena sólo contempla una norma a nivel legal referida a

---

<sup>764</sup> De esta opinión también académicos que participaron durante la tramitación de la nueva ley. Así, por ejemplo, el prof. René Abeliuk, cuya opinión figura en el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 36s., disponible en *Historia de la Ley* n° 20.393.

<sup>765</sup> De ese parecer eran, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", op. cit., p. 176.

<sup>766</sup> Por lo mismo, y más allá de las elucubraciones dogmáticas a que las consecuencias accesorias pudieron haber dado lugar lo cierto es que, desde un punto de vista más concreto, las mismas pueden ser miradas como un primer paso hacia la cristalización en la actual LO 5/2010, del reconocimiento de la capacidad delictiva de la persona jurídica, aún cuando, coincido con QUINTERO OLIVARES, G., "La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 42, en que tales consecuencias, desde un punto de vista práctico no sirvieron de mucho.

<sup>767</sup> Véase al respecto HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las

esta materia, en el art. 58 del Código Procesal Penal<sup>768</sup>. En él se expresa que la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, y por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare. Dicha norma se mantiene después de promulgada la nueva ley que establece la RPPJ, habiéndose hecho una excepción al citado art. en la propia ley. En consecuencia, no se opta por la modificación la normativa procesal penal, opción que hubiera parecido la más lógica y, por ello, se mantiene como principio general el de la responsabilidad penal individual, excepto para los delitos consagrados en la nueva legislación.

La normativa que regula la responsabilidad penal corporativa en Chile, Ley n° 20.393, tuvo una tramitación legislativa inferior a un año, lo que llevaría a plantear la pregunta acerca de cómo fue posible que se rompiera con el principio *societas delinquere non potest* en tan poco tiempo. Lo cierto es que el propio proyecto de ley, que fue presentado y se mantuvo durante toda su tramitación con "suma urgencia", no se pronunciaba acerca de la naturaleza de la responsabilidad que se consagraba en la propuesta legislativa, sino que se limitaba a declarar la responsabilidad legal<sup>769</sup>. A pesar de ese silencio legal, la naturaleza penal podía deducirse del conjunto de la regulación, por cuanto, de modo similar a lo que ocurre con el Decreto Legislativo n° 231 italiano ya analizado, todos los preceptos se refieren a una responsabilidad derivada de delito, competencia de un tribunal penal, y con penas referidas a las aplicables a las personas físicas por los tres delitos contemplados en dicha normativa. La relativa ambigüedad de la nueva regulación motivó una ardua discusión entre los distintos exponentes que participaron en el debate de la ley, aunque no tuvo el Ejecutivo que tomar partido de inmediato por su naturaleza penal porque, a todas luces, entendía que sólo podía tener tal naturaleza<sup>770</sup>.

De inmediato distintos académicos, así como algunos actores que resultarían afectados por la nueva normativa señalaron que la responsabilidad que allí se consagraba era auténticamente penal, pero de allí a manifestarse a favor de la misma, hubo un trecho considerable<sup>771</sup>. Algunos especialistas estuvieron de acuerdo en que, aunque la iniciativa no se pronunciaba acerca de su naturaleza, el hecho de que estableciera responsabilidad por la comisión de delitos y la acompañara de penas, sólo podía entenderse en el sentido de que esa responsabilidad tenía una naturaleza penal. Por su lado, representantes del

---

personas jurídicas en Chile", op. cit., pp. 212s.

<sup>768</sup> Dicha norma señala en su inc. 2 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", fuente: Ley n° 19.696 que "Establece el Código Procesal Penal" del 12 de octubre de 2000, del Ministerio de Justicia.

<sup>769</sup> Una crítica a la forma apresurada y sin debate doctrinario previo en HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", op. cit., p. 211.

<sup>770</sup> Respecto del debate, tanto en el primer como en el segundo trámite legislativo de la reforma, véanse los Informes de las Comisiones de Constitución de la Cámara de Diputados y del Senado, disponibles en *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>771</sup> Respecto de los académicos que se mostraron contrarios a la consagración de esta responsabilidad, entre ellos, el prof. Dörr, p. 45 del Informe de la Comisión de Constitución durante el primer trámite legal y reglamentario, en *Historia de la Ley n° 20.393*. Entre los actores que resultaban afectados por la nueva ley, véase la exposición de la representante del Ministerio Público, en Informe de la Comisión de Constitución durante el primer trámite legal y reglamentario, en *Historia de la Ley n° 20.393*.

Ministerio Público -órgano de nivel constitucional al que se ha encargado con exclusividad la investigación de hechos constitutivos de delitos- aseveraron que la atribución de competencias en materia de investigación y persecución de los hechos que constituían la infracción de la persona jurídica, la responsabilidad ahí consagrada no podía ser otra que penal, pues de otorgársele la competencia sobre otro tipo de infracciones legales se estaría infringiendo el mandato constitucional<sup>772</sup>.

En la discusión sobre la naturaleza jurídica de esa responsabilidad se planteó además la conveniencia de establecer -como lo habían hecho otros países en los que regía el principio de exclusiva responsabilidad de personas físicas- una responsabilidad administrativa. Sin embargo, más que las razones académicas, que las hubo<sup>773</sup>, primaron las razones prácticas que indicaban que, ante la necesidad de contar con tribunales administrativos que asumieran tal tarea, sólo cabía la opción penal<sup>774</sup>. Sin perjuicio de ello, hubo numerosos especialistas que plantearon que, tanto los compromisos internacionales como las necesidades político-criminales, obligaban a consagrar una responsabilidad de tipo penal. También fundaron tal posición en la necesidad de hacer frente a un tipo de criminalidad cada vez más compleja en la que las organizaciones empresariales tienen un rol fundamental.

En todo caso, más allá de las razones por las que ambos ordenamientos decidieron introducir la responsabilidad penal de las organizaciones colectivas, esa decisión parece ser la más honesta y la más adecuada. En efecto, las ventajas de esta opción son claras, tanto desde un punto de vista comunicativo, por cuanto se trata de otorgar mayor gravedad a las infracciones cometidas por las personas jurídicas, como también por los consiguientes efectos que la sanción penal producirá en el ámbito preventivo general y especial, en el contexto de una esperada disminución de la criminalidad empresarial, que es a lo que ambas legislaciones apuntan, principalmente. Pero además, con la opción asumida los propios sujetos activos ganan en protección frente al sistema, pues las garantías penales, las más altas de todo el ordenamiento, son otorgadas a los imputados corporativos, asegurando con ello igualdad en relación con las personas físicas y una defensa adecuada<sup>775</sup>.

### **3. Las diversas opciones de técnica legislativa: codificación española v. *lex specialis* chilena**

Si bien tanto Chile como España, optaron por exigir el mismo tipo de responsabilidad penal a las personas jurídicas, no pasó lo mismo con el cuerpo normativo en que esa responsabilidad fue plasmada. En el caso de Chile se optó por una legislación

---

<sup>772</sup> Véase al respecto la exposición de la representante del Ministerio Público, en Informe de la Comisión de Constitución durante el primer trámite legal y reglamentario, en *Historia de la Ley n° 20.393*, p. 35.

<sup>773</sup> Véase al respecto la opinión del prof. Soto, del Informe de la Comisión de Constitución durante el primer trámite legal y reglamentario, en *Historia de la Ley n° 20.393*, p. 41.

<sup>774</sup> Véase al respecto la opinión del prof. Abeliuk del Informe de la Comisión de Constitución durante el primer trámite legal y reglamentario, en *Historia de la Ley n° 20.393*, p. 37; también de la profra. Hörvitz, en Informe de la Comisión de Constitución del Senado, p. 195, en *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>775</sup> En este mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", op. cit., p. 139.

especial, mientras que en España se estructuró la responsabilidad a través de varias disposiciones del actual Código Penal<sup>776</sup>, con la consiguiente incorporación paralela de la persona jurídica como sujeto activo junto a la persona física, aunque su aplicación no se haya extendido a todos los delitos.

En general, en los ordenamientos jurídicos, la utilización de leyes penales especiales plantea variados problemas para el Derecho penal, que dicen relación con el conocimiento de la ley, la eficacia de sus normas y las dificultades de aplicación y coordinación de los operadores jurídicos. En efecto, la dispersión normativa dificulta el adecuado conocimiento que los ciudadanos deben tener de las acciones prohibidas pero, además, introduce peligros para el ideal de sistematicidad y unidad del ordenamiento jurídico. A lo anterior debe agregarse la superposición de normas, que en múltiples ocasiones dan lugar a una hiperprotección de un mismo aspecto del bien jurídico, y la descoordinación en la aplicación de las normas penales, con la consiguiente y obvia disminución de la eficacia del Derecho penal<sup>777</sup>. Pero tal vez, el problema más cercano a la materia que ahora se trata sea la creación de una legislación de "segundo nivel" que se aleja de los principios del Derecho penal general.

Frente a la anterior opción de técnica legislativa, la codificación tiene mayor capacidad comprensiva, en sintonía con su vocación de racionalizar todas o una gran parte de las normas que rigen en un determinado ámbito de la legislación. Con ello, resulta indudable que se logra una mayor claridad y accesibilidad, no sólo para el ciudadano común sino también y, especialmente, para los aplicadores del Derecho. De esta manera, el principio de conocimiento de la ley se hace efectivo, y la certeza de la ley es menos un ideal y más una realidad. Por estas razones, en áreas profundamente complejas, como las nuevas formas de criminalidad económica y empresarial, se insertan mejor y en mayor medida en la sistemática penal. Su aplicación tiende a ser mayor y la coherencia con el resto del sistema se alcanza más fácilmente. Los problemas, sin embargo, existen y dicen relación con la "hipertrofia codificadora" que se puede producir en caso de exceso de reformas que no tengan en cuenta la posibilidad de la vía complementaria<sup>778</sup>.

Ese es el modelo seguido por el legislador penal español<sup>779</sup>, como se evidencia en ámbitos como los delitos contra el mercado o la propia RPPJ. Con ello se ha seguido, como señala TERRADILLOS BASOCO, la línea que han tomado también otros países europeos

---

<sup>776</sup> En el caso de España son numerosas las disposiciones que rigen esta responsabilidad en el Código Penal. Así, se encuentra el art. 31 bis, el 33.7, el 66 bis y el apartado 4 del art. 52. Estas normas que configuran, junto al modelo de imputación, el sistema de RPPJ, como se verá *infra*.

<sup>777</sup> Sobre las ventajas y desventajas de la codificación versus legislación especial en materia penal, en especial en lo referido al sistema español, véase TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Código Penal-Leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, op. cit., 2002, *passim*.

<sup>778</sup> *Ibidem*, p. 513.

<sup>779</sup> Al respecto señala TERRADILLOS BASOCO, J. M., *ibidem*, p. 511, que en el panorama europeo en el ámbito penal es paradigmática la "opción centrípeta" adoptada por el Código Penal español. Respecto de los orígenes y las corrientes que se enfrentaron, principalmente en el siglo XIX, aunque el fenómeno tiene sus orígenes en épocas anteriores, véase MASFERRER, A., "Capítulo 5. La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales", en AA.VV., Alvarado Planas, J. y Serrano Maíllo, A. (edits.), *Estudio de historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, 2007, pp. 275ss.



como Francia u Holanda<sup>780</sup>, a pesar de tratarse de un ámbito de la criminalidad económica que mayores problemas de coherencia y encaje con el sistema de responsabilidad individual presenta.

Lo contrario ocurre en Chile, donde existe una gran dispersión normativa y aspectos que, en España se encuentran incorporados al Código Penal, están desterrados a leyes, por lo general, desconocidas y de muy escasa aplicación. En contraste con ello, la técnica legislativa adoptada por España permite pronosticar un mayor conocimiento de la norma por parte de los órganos encargados de su ejecución, con las consiguientes ventajas para su efectividad. Las virtudes de esta opción en España, desde mi punto de vista, resultan claras, no sólo porque se evita la descoordinación y el desconocimiento, sino también evita que la RPPJ se considere, como ya señalé, un Derecho de "segundo nivel".

Sin embargo, es comprensible la opción adoptada en Chile, si se tienen en cuenta las circunstancias y el tiempo tan breve en el que fue aprobada la nueva normativa. Se trata de una responsabilidad que no había tenido precedentes legislativos, a excepción de los incluidos en los anteproyectos de ley que nunca llegaron a ser conocidos en las instancias parlamentarias y que, por lo tanto, tampoco habían tenido mayor difusión pública. Por ello, resulta lógica la opción por una ley especial que mantuviera esa nueva responsabilidad como un modelo de aplicación excepcional<sup>781</sup>. Sin duda, la creencia de que la nueva normativa tendría sólo una aplicación excepcional debe haber sido un aspecto a considerar a la hora de aprobar esta nueva legislación.

Dada la irrupción relativamente abrupta de la nueva normativa, la inclusión de la nueva responsabilidad en una ley especial permite pasar de la sorpresa inicial a un progresivo conocimiento y aceptación por la doctrina y jurisprudencia, que con el tiempo podría redundar en una mayor aplicación, así como una ampliación del ámbito de delitos. Los casos últimamente conocidos y que están relacionados con la comisión de delitos, principalmente económicos<sup>782</sup>, por parte de entidades empresariales, seguramente facilitarán la comprensión acerca de la necesidad de que esa legislación "excepcional" pase a ser un sistema de imputación paralelo -pero no infrecuente-, al de las personas físicas.

## **CAPÍTULO VI. LA SELECCIÓN DE LOS SUJETOS IMPUTABLES EN LOS DIVERSOS SISTEMAS**

Los sistemas de RPPJ en España y Chile, en materia de sujetos responsables penalmente, han considerado tanto las opciones que han tomado los sistemas comparados como los instrumentos internacionales antes analizados. Por ello resulta relevante a fin de

---

<sup>780</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Código Penal-Leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta", op. cit., p. 520.

<sup>781</sup> Probablemente una de las cuestiones que ha incidido también es la complejidad de acomodar a la actual sistema de la teoría del delito. Véase al respecto HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", op. cit., p. 214.

<sup>782</sup> Este es el caso de las Universidad del Mar, SEK y Pedro de Valdivia, que han sido formalizadas por el delito de cohecho, cuyos rectores ya han sido imputados en el contexto de irregularidades en el proceso de acreditación ante los organismos de educación del Estado.

entender de mejor manera los fundamentos y razones que han llevado a su consagración conocer, a grandes rasgos, las opciones existentes en los sistemas comparados. Las opciones que han tomado Chile y España en materia de sujetos de la RPPJ serán analizadas en la última parte de este trabajo pero, para su mejor comprensión se expondrán en esta parte las distintas alternativas que se observan en algunos países.

En todos los países que han adoptado la responsabilidad de las personas jurídicas se ha establecido, con carácter previo a la fijación de las condiciones y criterios de los sistemas de responsabilidad, el tipo de entidades colectivas que, ya sea en sede administrativa o en sede penal, deben ser consideradas responsables.

En ese contexto, no sólo las empresas de Derecho privado son consideradas responsables aunque, claro está, son las primeras llamadas a ser destinatarias de la sanción, dada la posición tan relevante que las mismas ocupan en la criminalidad empresarial<sup>783</sup>. Sin embargo, es claro que no sólo ellas tienen capacidad para cometer hechos socialmente dañosos. Por esta razón, además de las empresas, también se ha considerado a entidades que sin poseer personalidad jurídica funcionan en la vida social y económica de manera más o menos estructurada. Por otro lado, se tiende también a incluir a las empresas en las que tiene participación el Estado<sup>784</sup>. Se observa, también, una tendencia en los países a la inclusión de las entidades sin fines de lucro así como organizaciones no gubernamentales, ante la alta probabilidad de que estas organizaciones sean utilizadas en la comisión de cierto tipo de delitos<sup>785</sup>.

Pero las soluciones prácticas a las que han arribado los países, tanto del *Common Law* como del *Civil Law*, han sido muy diversas. Pasan de la consideración principal de la empresa o la persona jurídica como destinataria de la responsabilidad, a otras opciones más amplias en las que se intenta cubrir todo el ámbito de sujetos que, personificados o no, pueden cometer delitos, en especial de tipo económico, contemplando a agrupaciones que pueden ser asimiladas a personas jurídicas o, en fin, a agrupaciones con fines económicos, independientemente de su condición jurídica<sup>786</sup>.

Sin embargo y pese a la diversidad existente, la experiencia comparada ofrece tres posibles modelos o soluciones: a) la inclusión de cualquier "organización", sin definición o restricción; b) la enumeración de los tipos de organizaciones sujetas a responsabilidad penal y, c) la limitación de la responsabilidad a las organizaciones con personalidad jurídica de acuerdo a la legislación civil<sup>787</sup>.

Dentro del primer grupo, que evita la designación y definición de la entidad a la

---

<sup>783</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", *Diario La Ley*, n° 7534, 2010, p. 6.

<sup>784</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 14.

<sup>785</sup> Respecto los conceptos manejados en Europa en relación con la persona jurídica sin fines de lucro, y de sociedades, véanse GARCÍA RUBIO, M., "Persona jurídica sin ánimo de lucro", en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003 y CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Derecho europeo de sociedades", de la misma obra, respectivamente.

<sup>786</sup> MAURO, C., "Dépénalisation de la Vie des Affaires et Responsabilité Penale des Personnes Morales. Elements de Droit Compare", op. cit., pp. 68s.

<sup>787</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 550.

que dirige sus normas y no especifica o limita la tipología de las organizaciones castigables, se encuentra, entre los países del *Common Law*, la legislación australiana. Su Código Penal de 1995 contiene un conjunto específico de disposiciones dirigidas a la responsabilidad penal corporativa. Sin embargo, evita cualquier indicación expresa a la tipología de las entidades sujetas a la ley penal. En efecto, el art. 12.1 establece que el Código "se aplica a las personas jurídicas de la misma manera que se aplica a las personas", pero no define el concepto de "persona jurídica"<sup>788</sup>.

El segundo modelo de responsabilidad de organizaciones específicas, lo representa, en el *Common Law*, la legislación de Estados Unidos. Las Directrices de Sentencias Federales de Estados Unidos hacen aplicable la responsabilidad penal corporativa a todas las organizaciones y comprende en este concepto a todas las que no sean un "individuo", lo que es especialmente inclusivo<sup>789</sup>. De acuerdo con su art. 18 se incluyen las sociedades anónimas (*corporations*); sociedades comanditarias y colectivas (*partnerships*); asociaciones (*associations*); sociedades por acciones (*joint-stock companies*); uniones corporativas (*unions*); los *trust* (sin homólogo en nuestro medio); los fondos de pensiones (*pensions funds*); los gobiernos y las subdivisiones políticas de los mismos (*governments and their political subdivisions*); las organizaciones no constituidas, las organizaciones sin fines de lucro, esto es, fundaciones (*unicorporated and non-profit organizations*). Además podrían ser incluidas en esta lista las entidades individuales<sup>790</sup>. Es decir, empresas individuales cuyo propietario es el titular.

El mismo enfoque es adoptado en la legislación canadiense. En su sección 2 el Código Penal de Canadá entiende por "organización"<sup>791</sup> a la que se aplica la responsabilidad penal a los organismos públicos (*public body*); las personas jurídicas (*body corporate*); las sociedades (*society*); las compañías (*company*); las empresas (*firm*); las sociedades comanditarias y colectivas (*partnerships*); los sindicatos (*trade union*); los municipios (*municipality*) y las asociaciones de personas que se crean con un propósito común y una estructura operacional y que se miden en función de los actos que son capaces de realizar<sup>792</sup>.

Entre los países del *Civil Law* que han adoptado este enfoque se encuentra Suiza que, aunque aplica la responsabilidad penal a la *empresa* sin más -con lo que podría estimarse que estamos frente al primer modelo-, la misma ley establece que organizaciones deben ser catalogadas como *empresas* a los fines de la aplicación de sus disposiciones sobre responsabilidad penal corporativa. En todo caso, se trata de una fórmula que resulta bastante más onmicomprensiva que la de *persona jurídica*, por cuanto, *empresa* se entiende en el sentido más amplio de la palabra<sup>793</sup>.

---

<sup>788</sup> *Loc. cit.*

<sup>789</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 267.

<sup>790</sup> NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a new Approach Warranted?", op. cit., p. 68.

<sup>791</sup> El *Criminal Code* en su *Section 2*, señala que: "organization" means (a) a public body, body corporate, society, company, firm, partnership, trade union or municipality, or (b) an association of persons that (i) is created for a common purpose, (ii) has an operational structure, and (iii) holds itself out to the public as an association of persons".

<sup>792</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 551.

<sup>793</sup> HEINE, G., "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., p. 304.

En concreto, el art. 102 del Código Penal suizo<sup>794</sup> señala que serán consideradas *empresas* las personas jurídicas de Derecho privado; las personas jurídicas de Derecho público, con excepción de las corporaciones territoriales; las sociedades y las empresas individuales<sup>795</sup>. Respecto de las personas jurídicas de Derecho privado, la lista es bastante exhaustiva. Entre otras se cuentan la asociación (*association*); las corporaciones de Derecho privado cantonales que tienen por objeto la gestión de un bien común (*sociétés d'allmends*); la sociedad anónima (*société anonyme*); la sociedad en comandita por acciones (*société en commandite par actions*); la sociedad de responsabilidad limitada (*société à responsabilité limitée*); la cooperativa (*société coopérative*). Además de las anteriores, debe incluirse también la fundación, en todas sus variantes, ordinaria, eclesiástica, de familia, etc.<sup>796</sup>.

Las entidades públicas con personalidad jurídica también caen dentro del ámbito del art. 102. Puede tratarse de una institución (como por ejemplo, *Haute école Arc* y la fundación "*Pro Helvetia*"). El legislador, sin embargo, excluye del ámbito de aplicación de la disposición al gobierno federal y los estados federados (cantones)<sup>797</sup>. En lo relativo a las sociedades que se encuentran incluidas en el sistema de responsabilidad penal, se entiende que ellas, conforme dispone la ley, constituyen un contrato por el cual dos o más personas acuerdan aunar sus esfuerzos y recursos para lograr un objetivo común, incluyéndose las sociedades simples, las colectivas, en comandita, la anónima, en comandita por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada y la cooperativa. Por último, en cuanto a la empresa de razón individual, en ella una sola persona, el contratista, proporciona los elementos necesarios para la creación y el funcionamiento de la empresa, tiene los poderes y recibe los resultados. En términos legales, la empresa individual no existe como organización. Se trata de una persona que realiza una actividad económica independiente<sup>798</sup>.

El tercer modelo, de corte tradicional, se basa en la clásica oposición entre las entidades con personalidad jurídica y las entidades que no poseen tal estatus legal. Algunos sistemas jurídicos pertenecientes al *Civil Law*, bajo la influencia de ciertas corrientes doctrinales, han atribuido la responsabilidad penal corporativa únicamente a las entidades con estatus legal. El Derecho francés y el danés son emblemáticos en este sentido. Las razones invocadas en su defensa apelan a la seguridad jurídica que quedaría garantizada con la limitación de la responsabilidad únicamente a las personas con estatus legal, atendida la falta de criterios precisos que definan las entidades sin estatus legal, que

---

<sup>794</sup> En lo pertinente dicho art. 102 señala que: "4. Sono considerate imprese ai sensi del presente articolo: a. le persone giuridiche di diritto privato; b. le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali; c. le società; d. le ditte individuali".

<sup>795</sup> HEINE, G., "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., pp. 304s., señala que en el caso de un negocio de una sola persona es la persona física detrás del negocio la que interesa. Sin embargo, las personas jurídicas reguladas por el Derecho público o el Derecho privado pueden ser penalmente responsables sólo en la medida en que son independientes.

<sup>796</sup> PERRIN, B., "La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse", op. cit., p. 203. Por su lado, HEINE G., "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", op. cit., pp. 304s., señala que se incluiría, de acuerdo al art. 102 a las compañías participadas, los *trust*, los sindicatos y las empresas de responsabilidad limitada, así como las sociedades registradas y los clubs. Asimismo, se incluyen las sociedades cooperativas y las empresas individuales.

<sup>797</sup> PERRIN B., "La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse", op. cit., p. 204.

<sup>798</sup> *Ibidem*, p. 205.

crearía incertidumbre y confusión en los tribunales<sup>799</sup>.

En el caso de Francia, la ley establece que todas las personas jurídicas serán responsables penalmente, excepto el Estado<sup>800</sup>. Se trata, por tanto, de personas jurídicas de Derecho público o Derecho privado de muy variada naturaleza<sup>801</sup>. En lo relativo a las personas jurídicas de Derecho privado, el legislador habría tenido justamente a este tipo de sujetos de derecho en mente para consagrar tal responsabilidad. Por ello, estarían incluidas las personas jurídicas con o sin fines de lucro, como las sociedades civiles y comerciales, los grupos de interés económico (*Groupement d'intérêt économique*), las asociaciones que declaran a la *Prèfecture*, así como las congregaciones religiosas, fundaciones, asociaciones comerciales (*Syndicat professionnel*), y los partidos políticos y las agrupaciones. Los grupos de origen legal incluyen instituciones que representan a trabajadores, asociaciones de copropietarios, asociaciones profesionales (*ordre professionnel*), etc.<sup>802</sup>. En todo caso, debe precisarse que algunas de las personas jurídicas de Derecho privado tienen un régimen privilegiado, por cuanto determinadas sanciones contempladas para las personas jurídicas, no les son aplicables<sup>803</sup>.

Por otro lado, respecto de las personas jurídicas de Derecho público, por expresa disposición de la ley se encuentra excluido el Estado, aunque no de modo incontrovertido<sup>804</sup>. El fundamento de tal exclusión es que establecer sanciones para el Estado, implicaría una contradicción en si misma y llevaría a una confusión de poderes, en la medida en que es el propio Estado el que tiene el monopolio del castigo, por lo que malamente podría aplicar sanciones contra si mismo.

Respecto de las entidades de Derecho público también se establecen límites. Así, el art. 121-2 del Código Penal francés establece que las autoridades territoriales son penalmente responsables de *delitos cometidos en el curso de las actividades, que pueden ser objeto de un acuerdo de delegación de un servicio público*. La frase utilizada por el legislador plantea la necesidad de determinar qué actividades son delegables y cuáles no. El objetivo de la disposición respondería al fin de evitar una discriminación en favor de las entidades públicas, ya que las mismas deben ser penalmente responsables en la misma medida que las personas jurídicas de Derecho privado, cuando realizan actividades del sector privado que son competitivas y por las que han de beneficiarse<sup>805</sup>.

---

<sup>799</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 551.

<sup>800</sup> Realiza un trabajo comparado en el que demuestra que la inclusión que hace la ley francesa considerando sólo a personas jurídicas, contrasta con otros países avanzados en los que se tiende a un ámbito más inclusivo, MAURO, C., "Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité penale des personnes morales. Elements de droit compare", op. cit., *passim*.

<sup>801</sup> Más en detalle, PLANQUE, J., "La responsabilité penale des personnes morales en droit français: une oeuvre encore perfectible", op. cit., pp. 177ss.

<sup>802</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., pp. 154s.

<sup>803</sup> *Ibidem*, p. 154. Estos son los partidos y grupos políticos, asociaciones de comercio y, en menor medida, las instituciones que representan a los trabajadores.

<sup>804</sup> En efecto, señala PLANQUE, J., "La responsabilité penale des personnes morales en droit français: une oeuvre encore perfectible", op. cit., p. 180, que la doctrina muy rápidamente ha tratado de justificar la exclusión total, ya que es a la vez una violación de la igualdad de los ciudadanos y una violación de la igualdad ante la ley.

<sup>805</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., pp. 155s.

Por su parte, Italia también ha adoptado el modelo aquí analizado. El art. 1 del Decreto Legislativo n° 231 establece que sus disposiciones se aplicarán a los organismos que cuentan con capacidad legal y también a las sociedades y asociaciones no dotadas de dicha capacidad. Por otro lado, también dispone que la normativa no será aplicable al Estado, a los organismos territoriales públicos, a otros organismos públicos no económicos ni a los organismos que llevan a cabo funciones constitucionales. De esta manera, el Decreto legislativo n° 231 ha traducido las prescripciones de la Ley de Delegación n° 300 de 2000, terminando con la diferencia en la aplicación de la ley entre sujetos con personalidad y aquellos que carecen de la misma, terminando también con la formalidad exigida para ser sujeto destinatario de la responsabilidad corporativa<sup>806</sup>.

En concreto, el art. 1 (3) se refiere a las excepciones al ámbito de aplicación de la norma, adoptando para ello una técnica utilizada en el Código Penal francés. El Estado y las otras autoridades territoriales están exentos de responsabilidad. Lo mismo ocurre con las organizaciones que llevan a cabo funciones de relevancia constitucional, es decir, los partidos políticos y los sindicatos. Los organismos públicos no económicos también son excluidos. Así, el gobierno amplió la gama de exclusiones que habían sido previstas en la Ley Delegada n° 300<sup>807</sup>.

Por su lado, Alemania en el art. 30 de la Ley de Contravenciones al Orden se refiere a las personas jurídicas y las asociaciones con capacidad jurídica parcial<sup>808</sup>. La multa corporativa puede ser impuesta a las personas jurídicas, incluidas la sociedad anónima (*Aktiengesellschaft*); la sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), y la asociación constituida legalmente (*rechtsfähiger Verein*). De acuerdo con la opinión académica imperante, el art. 30 se aplica también a los organismos de Derecho público (*Körperschaften des öffentlichen Rechts*). Además, el art. 30 (1) n° 2 y 3 extiende la responsabilidad penal a las entidades que no tienen personalidad jurídica plena, como la asociación no constituida legalmente (*nicht rechtsfähiger Verein*), la empresa comercial (*Handelsgesellschaft*), la sociedad en comandita (*Kommanditgesellschaft*), la asociación profesional (*Partnerschaftsgesellschaft*), y la sociedad establecida conforme al Código Civil (*BGB-Gesellschaft*). También se puede imponer una multa a una compañía registrada en otro Estado si tiene una capacidad jurídica equivalente a la personalidad jurídica alemana y un "vínculo genuino" con la jurisdicción alemana<sup>809</sup>.

El catálogo de organizaciones del art. 30 es limitado en cuanto a las corporaciones que tienen capacidad legal parcial, asegurando que exista una separación entre la corporación y sus representantes<sup>810</sup>.

En Portugal, el art. 11.2 del Código Penal expresa que serán destinatarias de responsabilidad penal las personas jurídicas (*peçoas colectivas*) y las entidades equivalentes (*entidades equiparadas*), como por ejemplo, las sociedades civiles y las

---

<sup>806</sup> DE MAGLIE, C., "Societas Delinquere Potest? The Italian solution", op. cit., p. 261

<sup>807</sup> *Loc. cit.*

<sup>808</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 16.

<sup>809</sup> BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", op. cit., p. 232.

<sup>810</sup> *Loc. cit.*

asociaciones *de facto*<sup>811</sup>. Por otro lado, como otros sistemas vistos, deja fuera de sus normas al Estado y otras personas jurídicas públicas, así como a las organizaciones internacionales de Derecho público. Luego, el mismo art. 11.3 define lo que para los efectos de la responsabilidad penal corporativa se entiende por personas jurídicas públicas, señalando que serán las personas jurídicas de Derecho público, en las que se incluyen las entidades públicas empresariales, las entidades concesionarias de servicios públicos y demás entidades jurídicas que ejerzan prerrogativas de poder público<sup>812</sup>.

En contraste, la solución adoptada por la ley holandesa<sup>813</sup> parece más moderna. El Código Penal holandés ha evitado el debate teórico desde el punto de vista penal, intentando no discriminar entre personas jurídicas y entidades sin estatus legal<sup>814</sup>. Por ello, la definición de las entidades que son consideradas destinatarias de la responsabilidad penal, es más amplia que la definición de personas jurídicas que ofrece el Derecho civil. Así, se entiende que todos los grupos, con excepción de las empresas de una persona, caen bajo su campo de aplicación<sup>815</sup>.

En concreto, de acuerdo con el art. 51.1 del Código Penal holandés, los delitos pueden ser cometidos por personas naturales y por personas jurídicas. Por lo tanto, en la aplicación del art. 51, se plantea la cuestión de quiénes son las personas jurídicas que caben en el concepto. Al respecto, el Código Civil holandés incluye en tal categoría, por ejemplo, a las sociedades de responsabilidad limitada (*besloten vennootschap*) y las sociedades anónimas (*naamloze vennootschap*), pero también a los órganos del Estado - como las provincias- que tienen personalidad jurídica<sup>816</sup>.

Pero a continuación el Art. 51 (3) amplía el ámbito de aplicación de la ley penal al declarar que determinadas entidades sin personalidad jurídica de Derecho civil, pueden cometer delitos. Su lista incluye a entidades colectivas como las empresas y las asociaciones, pero excluye a los empresarios individuales. En el caso de empresas en la categoría de empresario independiente, el propietario de la empresa puede, en ciertas circunstancias, ser "responsable subsidiario" por delitos cometidos en el ámbito de su negocio<sup>817</sup>.

---

<sup>811</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 16.

<sup>812</sup> Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro.

<sup>813</sup> Un análisis del sistema holandés de responsabilidad penal de la persona jurídica en VERVAELE, J., "*Societas/universitas delinquere ed puniri potest. ¿La experiencia holandesa como modelo?*", en Consejo General del Poder Judicial, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, n.º 115, Madrid, 2007, pp. 11-64; del mismo, "La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 1998, *passim*. Ver también un análisis completo del sistema en KEULEN, B. y GRITTER, E., "Corporate Criminal Liability in the Netherlands", *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, *passim*.

<sup>814</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 551.

<sup>815</sup> VERVAELE, J., "*Societas/universitas delinquere ed puniri potest. ¿La experiencia holandesa como modelo?*", op. cit., p. 26, señala que ha adquirido la convicción de que es mejor hablar de grupos que de empresas o de personas jurídicas para referirse a los destinatarios de la responsabilidad penal corporativa.

<sup>816</sup> KEULEN, B. y GRITTER, E., "Corporate Criminal Liability in the Netherlands", op. cit., p. 181.

<sup>817</sup> *Ibidem*, p. 181.

En el *Common Law*, el sistema británico tiene como tradicional destinatario de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Sin embargo, también debe considerarse que en este sistema y, en general, en el *Common Law*, se tiene en cuenta una amplia variedad de entidades que se estiman capaces de poseer personalidad jurídica. Por otro lado, además de las empresas comerciales, en algunos países se reconocen las asociaciones, los municipios, las asociaciones caritativas y sin fines de lucro o voluntarias y empresas establecidas como vehículos para la colaboración público-privada como personas jurídicas. La propia Corona tiene personalidad jurídica, aunque en el *Common law*, no puede ser enjuiciada. La inmunidad de la Corona también puede beneficiar a sus órganos (por ejemplo, departamentos u organismos públicos), pero su extensión total o parcial, como corporaciones que pertenecen al gobierno, dependerá de la jurisdicción y del delito en cuestión<sup>818</sup>.

En suma, se dan distintas posibilidades respecto de las entidades consideradas responsables penalmente, pero los distintos sistemas tienden a utilizar alguno de los enfoques antes señalados. La cuestión, en todo caso, es cambiante, dadas las nuevas necesidades, especialmente desde una perspectiva político-criminal, que se vienen presentando en el ámbito penal económico. Al parecer, la tendencia sería la de ampliar cada vez más la lista de sujetos responsables prescindiendo de las formalidades del Derecho privado para hacer primar el factor económico como verdadero criterio que determina la capacidad para ser destinatario de esta responsabilidad.

Por lo mismo, se ha planteado, que la mejor alternativa sería la de una definición amplia de la organización que incluya entidades con estatus legal y entidades sin estatus legal, así como entidades privadas y públicas, según defina la ley. En esta línea, algunos sistemas, como el estadounidense y el canadiense, han elaborado listas de organizaciones sujetas a responsabilidad penal. En el más amplio sistema, cualquier organización que constantemente participe en la actividad económica debería ser considerada como destinataria de la responsabilidad penal, más allá de que la organización tenga estatus legal o no<sup>819</sup>.

## **CAPÍTULO VII. LA SELECCIÓN DE DELITOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD EN LOS DIVERSOS SISTEMAS**

Al igual que respecto de los sujetos de RPPJ, la opción por la aplicación de esa responsabilidad a un ámbito delictivo determinado o a todo el espectro de delitos en España y Chile también puede ser analizado a la luz de los distintos modelos presentes en Derecho comparado.

Los países, en general, han tomado diversas opciones a la hora de optar por la tipología de delitos a los que se aplica la RPPJ, ampliando o restringiendo el ámbito, tanto

---

<sup>818</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 14s.

<sup>819</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 551.



subjetivo como objetivo, de aplicación de esa responsabilidad<sup>820</sup>. En general, se observa que los países de la órbita del *Civil Law* comienzan con una aplicación bastante restringida para, poco a poco, ir ampliando el catálogo de delitos, como se verá; mientras que los países anglosajones establecen un ámbito bastante más amplio de aplicación, quizá por la trascendencia que otorgan a la persona jurídica en sus relaciones sociales y comerciales.

Pero, en términos generales, los Estados han tendido, a aplicar el sistema de responsabilidad a los delitos que no requieren la prueba de un elemento subjetivo o *mens rea*, así como a aquellos que protegen intereses privados y que además se encuentran regulados a nivel nacional. Por lo tanto, el debate acerca de la aplicación de la responsabilidad penal corporativa se ha centrado en la posibilidad de que existan determinadas empresas que puedan efectivamente cometer delitos que exigen prueba del elemento subjetivo, así como la posibilidad de aplicar tal responsabilidad en relación no sólo con los delitos que se presentan en el desarrollo de la actividad económica o medioambiental, sino también respecto de aquellos que están fuera de esa órbita<sup>821</sup>.

Lo anterior, ha determinado, por tanto, que delitos típicamente cometidos por personas físicas, como el homicidio, encuentren una seria resistencia, especialmente en los países del *Civil Law*, a su incorporación en la lista de ilícitos propios de la responsabilidad penal corporativa. En todo caso, como ya se ha visto, existen países en los que se ha incorporado el homicidio o las lesiones dentro del catálogo de delitos, como es el caso de Reino Unido, a través de la *Manslaughter Act*. En otros, en cambio, el ámbito de aplicación objetiva es bastante más cerrado y limitado a los delitos económicos empresariales clásicos o los previstos por los instrumentos internacionales. Lo que resulta indiscutible es que el debate acerca de la ampliación apenas ha comenzado y cada vez con mayor rapidez los países amplían su catálogo de delitos.

Antes de pasar a los distintos enfoques, es necesario hacer una mención a las diferencias que se observan entre las jurisdicciones del *Common Law* y el *Civil Law*. En las primeras, se ha debatido bastante la cuestión relativa a la posibilidad de exigir responsabilidad penal respecto de los delitos intencionales. En un comienzo, sólo se preveía tal responsabilidad respecto de los delitos de *responsabilidad objetiva*. Posteriormente, las versiones más avanzadas de responsabilidad penal corporativa fueron introduciendo también aquellos delitos que requieren de la prueba de elementos subjetivos para establecer la responsabilidad penal<sup>822</sup>.

Sin embargo, en general, la tipología de delitos atribuibles a las empresas ha resultado menos polémica en los países del *Common Law* que los del *Civil Law*. La regla general es que la determinación de si las entidades pueden cometer o no un determinado tipo de delitos es entregada a un labor interpretativa. Y, si bien en un primer momento, se consideró que las corporaciones no podrían ser responsables de delitos como el perjurio, la violación o el asesinato, las legislaciones más modernas<sup>823</sup> han adoptado un punto de

---

<sup>820</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 17s.

<sup>821</sup> *Loc. cit.*

<sup>822</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 18ss.

<sup>823</sup> Como es el caso de Canadá o Estados Unidos.

vista diferente, al menos en la medida en que tales delitos pueden ser cometidos por empleados en el ámbito de sus funciones. Sin embargo, existen países en los que, pese a haberse adoptado la modalidad de responsabilidad de la organización, la aplican a un ámbito muy reducido de delitos<sup>824</sup>.

Por su lado, los sistemas del *Civil Law*, en general, han incorporado la RPPJ como forma de combatir ciertos riesgos derivados de fallos en las actividades empresariales o para cumplir con los instrumentos internacionales. Por ello su ámbito, en numerosos casos, es bastante limitado, optándose por un número restringido de delitos<sup>825</sup>. En general, recogen los delitos típicamente corporativos y los propios de la delincuencia internacional respecto de los que existe obligación de criminalización. Pero también se ha llegado a considerar en algunas legislaciones que todos los delitos cometidos por personas naturales pueden ser cometidos por personas jurídicas o entidades equiparables, por lo que se incluyen así, también los delitos que contemplan elementos de intencionalidad<sup>826</sup>.

En líneas generales y a la vista de lo observado en todos los países que contemplan este tipo de responsabilidad penal, pueden distinguirse tres grupos. En el primero, el legislador opta por parificar de manera absoluta a la persona física y la persona jurídica, de modo que los delitos pueden ser atribuidos por igual a ambos sujetos<sup>827</sup>. El segundo, realiza una atribución delito por delito y el tercero construye una lista de delitos a los que se aplica la responsabilidad corporativa.

En el primer grupo se encuentra la legislación australiana. En el Código Penal australiano, en su Sección 12.1 relativa a los principios generales, se señala que las disposiciones del Código Penal se aplicarán por igual a las personas jurídicas y a los individuos<sup>828</sup>. Y a continuación agrega, en su número 2, que las personas jurídicas pueden ser consideradas culpables de cualquier delito, incluidos los que establezcan una pena de prisión<sup>829</sup>.

La ley federal, que contempla la RPPJ, contiene un número limitado de delitos, entre ellos, el soborno de funcionarios públicos extranjeros, los delitos contra personal de la ONU, los relativos a las actividades terroristas internacionales y de tráfico de personas. Sin perjuicio de esta limitación práctica, no existe una barrera conceptual para la aplicación de la responsabilidad penal corporativa, por lo que, en teoría, a todos los delitos

---

<sup>824</sup> Es el caso de Australia, en los que los delitos contemplados responden a las necesidades impuestas en los instrumentos internacionales. Tal restricción del ámbito objetivo de aplicación, podría deberse, señala PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 19, más a las limitadas facultades del legislador federal que a una cuestión de principios penales.

<sup>825</sup> Mayoritariamente se trata de listas de delitos que pueden ser más amplias o más restringida dependiendo del país y del tiempo de aplicación del sistema de responsabilidad penal corporativa.

<sup>826</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 50.

<sup>827</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 551.

<sup>828</sup> En su texto original señala: "12.1(1) This Code applies to bodies corporate in the same way as it applies to individuals. It so applies with such modifications as are set out in this Part, and with such other modifications as are made necessary by the fact that criminal liability is being imposed on bodies corporate rather than individuals."

<sup>829</sup> Señala en su versión original: "12.1 (2) A body corporate may be found guilty of any offence, including one punishable by imprisonment".

les resulta aplicables la responsabilidad penal colectiva<sup>830</sup>.

Por su lado, el Código Penal holandés, en su art. 51 dispone expresamente que todos los delitos pueden ser cometidos por las personas jurídicas, al señalar que "*(l)as infracciones pueden cometerse por personas físicas y jurídicas*", por lo que opera también la parificación entre sujeto y delito. En razón de ello, la persona jurídica puede cometer incluso el homicidio imprudente<sup>831</sup>. Sin perjuicio de ello, el catálogo suele centrarse en los delitos económicos, los ambientales, los fraudes fiscales y aquellos relacionados con la corrupción<sup>832</sup>. Similar opción se ha tomado en la legislación canadiense<sup>833</sup>.

Aunque, como se ha señalado, esta opción representa, desde un punto de vista políticocriminal, una real imparcialidad en el tratamiento de la persona jurídica y de la persona física ante la ley penal, puede resultar problemática en algunos casos, dada su naturaleza demasiado amplia<sup>834</sup>.

Dentro del segundo grupo -que opta por prever la RPPJ delito por delito-, la responsabilidad penal sólo se aplicará en aquellos casos en los que el mismo legislador lo prevea, en la regulación de la concreta figura delictiva<sup>835</sup>.

Esta vía fue la seguida por la legislación francesa hasta la reforma introducida por la Ley n° 2004-294 de 9 de marzo, relativa a la adaptación de la justicia a los cambios en la criminalidad (*Ley Perben II*) que entró en vigor el 31 de diciembre de 2005<sup>836</sup>. El Código Penal francés había adoptado el llamado "principio de especialidad," por el cual la responsabilidad penal corporativa se aplicaba sólo cuando existiera una mención expresa en la ley o en un reglamento. Esta técnica de incriminación se apoyaba en razones de tipo criminológico que atendían a la frecuencia con que las organizaciones se encontraban involucradas en el tipo de delito<sup>837</sup>.

A partir de la entrada en vigor de la ley n° 2004-294, Francia se alineó con el primer grupo de países que parten del principio de responsabilidad general y que extiende la RPPJ a todos los delitos. Con ello se amplía la noción de responsabilidad criminal corporativa que parte de que las personas jurídicas son capaces de cometer la mayoría de los delitos que se encuentran en el Código Penal y también un significativo número de delitos que no se encuentran en dicho Código. El principio de generalidad se encuentra sujeto a excepciones. Así, por ejemplo, sucede con los delitos de prensa, en los que no cabe tal responsabilidad. Además si el tipo penal establece ciertas cualidades que sólo son

---

<sup>830</sup> ALLENS ARTHUR ROBINSON, '*Corporate culture*' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, op. cit., p. 14.

<sup>831</sup> VERVAELE, J., "*Societas/universitas delinquere ed puniri potest. ¿La experiencia holandesa como modelo?*", op. cit., p. 26.

<sup>832</sup> CLIFFORD CHANCE, "Corporate Criminal Liability in Europe", op. cit., p. 23.

<sup>833</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 552.

<sup>834</sup> *Loc. cit.*

<sup>835</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 552.

<sup>836</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., p. 157.

<sup>837</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., p. 552. DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., p. 157, señala que el antiguo art. 121-2 (1) del Código Penal, así lo señalaba, por lo que se entregaba en cada caso al legislador la responsabilidad de determinar si en el tipo penal era necesario aplicar la responsabilidad penal.

apreciables en las personas físicas, deberá el juez decidir si dicho delito puede ser atribuido a una persona jurídica o no<sup>838</sup>.

El tercer grupo de países definen una lista de delitos que pueden ser cometidos por entidades colectivas como las empresas<sup>839</sup>. Los ilícitos enumerados reflejan la preocupación en relación con los riesgos típicamente "corporativos", así como la influencia de las iniciativas de control de la delincuencia internacionales y regionales, por lo que la tipología ha ido cambiando a la par que las preocupaciones internacionales<sup>840</sup>. Este es el sistema seguido por los Estados Unidos, Portugal, República Checa o Italia.

Las Directrices de Sentencias de Estados Unidos incluyen una lista detallada de los delitos comprendidos en la regulación de la responsabilidad corporativa. Esta lista incluye la mayoría de los delitos cometidos en el entorno corporativo, como el robo, lavado de dinero, el soborno, el fraude, los delitos de competencia y los delitos fiscales. DE MAGLIE estima que el método estadounidense representa una opción bastante racional y práctica, por cuanto sería la solución que ofrece las mejores garantías de precisión<sup>841</sup>.

Con este mismo enfoque Italia contempla una lista de delitos a los que resulta aplicable la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Aunque comenzó con un número limitado de delitos -contra la administración del Estado y contra el patrimonio de éste-, han sido ampliados considerablemente hasta transformarse en una lista bastante extensa<sup>842</sup>. De acuerdo con los arts. 24 y 25 del Decreto Legislativo n° 231, las entidades colectivas pueden ser consideradas responsables de delitos específicos. Esto último se predica también de la ayuda e instigación a la comisión de tales delitos<sup>843</sup>. Se trata de ilícitos de naturaleza muy variada pero enfocados, en su mayoría, al contexto de las actividades empresariales, aunque algunos llaman la atención por salir de ese marco, como en el caso de la mutilación de órganos genitales<sup>844</sup>. La tendencia del legislador italiano a ir ampliando de manera gradual el abanico de posibles delitos a los que puede aplicarse la responsabilidad corporativa, parece adecuada, no sólo por su capacidad de sintonizar con los desarrollos académicos y judiciales, sino porque permite ir descubriendo las nuevas necesidades que se presentan en cada uno de los ámbitos del

---

<sup>838</sup> DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., p. 158.

<sup>839</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., pp. 552s.

<sup>840</sup> PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 20.

<sup>841</sup> DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., pp. 552s.

<sup>842</sup> MAZZACUVA, N. y AMATI, E., *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, op.cit., pp. 29ss.

<sup>843</sup> CLIFFORD CHANCE, "Corporate Criminal Liability in Europe", op. cit., p. 16.

<sup>844</sup> De acuerdo al Decreto Legislativo n° 231, se trata de malversación de fondos, fraude contra el Estado o un organismo público o para la obtención de fondos públicos y fraude contra el Estado u organismo público (art. 24); delitos informáticos y tratamiento ilícito de datos (art. 24-bis); criminalidad organizada (art. 24-ter); soborno y corrupción (art. 25); Falsedad en monedas, tarjetas de crédito públicas, valores de sello e instrumentos o signos de reconocimiento (art. 25 bis); delitos contra la industria y el comercio (art. 25- bis1); delito societario (art. 25-ter); delitos de terrorismo o subversión de la democracia (art. 25-quater); prácticas de mutilación de los órganos genitales femeninos (art. 25 quater-1); delitos contra la persona ( art. 25-quinquies); abuso de mercado (art. 25 sexies); homicidio culposo o lesiones corporales graves o gravísimas, cometidas con violación de las normas sobre protección de la salud y seguridad en el trabajo (art. 25-septies); lavado y el uso de dinero, bienes o activos de origen ilícito (art. 25- octies); delitos relacionados con violaciones al derecho de autor (art. 25 novies); inducción a no rendir declaración o a hacer declaraciones mendaces a las autoridades judiciales (art. 25 decies); delito ambiental (art. 25 undecies).

Derecho penal.

Portugal, por su parte, establece también una lista bastante extensa de delitos a los que se aplica la RPPJ, siendo también de muy variada naturaleza los tipos penales contemplados. En este contexto, se consideran delitos típicamente objeto de incriminación en el ámbito internacional, como la trata de seres humanos o la esclavitud, junto con otros propios del desarrollo de las actividades empresariales, como los delitos relacionados con el ámbito alimentario o la violación de las normas técnicas de construcción o los delitos contra el medio ambiente. Pero, en general, se trata de delitos que clásicamente han generado debate en torno a la necesidad de responsabilidad corporativa, como ocurre con la corrupción y el soborno<sup>845</sup>. En todo caso, y como regla general, cada vez que una ley o disposición legal especial establezca la responsabilidad, la entidad podrá ser considerada penalmente responsable. Por ello, fuera del Código Penal, en algunos casos muy restringidos, y debido a las características especiales de los delitos pertinentes, se aplica la RPPJ<sup>846</sup>.

República Checa ha contemplado también una lista de delitos, aunque restringida. Una persona jurídica puede cometer sólo un número limitado de delitos (aproximadamente 80) que se enumeran en la ley, sobre todo los delitos relacionados con el blanqueo de dinero, la obstrucción a la justicia, la corrupción, el fraude, la contabilidad fraudulenta, la manipulación de licitaciones, los delitos ambientales, la delincuencia organizada, el tráfico de personas, los delitos informáticos y diversos delitos relacionados con los impuestos<sup>847</sup>.

Por último, dentro de los posibles enfoques que han asumido los distintos sistemas tanto del *Common Law* como del *Civil Law*, también es posible añadir el sistema dual, es decir, aquél en el que se opera sobre la base de una lista, pero también se consideran todos los delitos. Tal es la situación en la que se encontraría Suiza.

En efecto, sólo Suiza sigue el modelo mixto, que contempla la responsabilidad penal por delitos económicos previstos en instrumentos internacionales, y la que prescriben los números 1 y 2 del art. 102. Conforme al art. 102 (2) del Código Penal una

---

<sup>845</sup> Los delitos contemplados, son: la concepción y la reproducción no natural y no autorizado; la trata de seres humanos con fines de explotación laboral; comercio de seres humanos; esclavitud; secuestro; delitos contra la autodeterminación sexual; delitos contra la libertad sexual; discriminación racial o religioso; fraude informático y de las telecomunicaciones; delitos relacionados con los alimentos; violación de las normas técnicas de construcción; fraude en relación con el trabajo y el empleo; falsificación de documentos; pornografía infantil; falsificación de dinero y valores; falsificación de pesos y sellos; delitos contra el medio ambiente; conspiración criminal; tráfico de influencias (presión ilegal); corrupción; soborno; trato de favor personal; desacato de una orden de una autoridad; lavado de dinero.

<sup>846</sup> MORAIS LEITÃO, GALVÃO TEELS, SOARES DA SILVA & ASSOCIADOS, "Criminal Liability of Companies. Portugal", op. cit., pp. 209s. Por lo tanto, fuera del Código Penal, se contemplan como delitos a los que se aplica esta responsabilidad penal, delitos contra la economía, como el fraude en la atribución de subvenciones, fraude en la asignación del crédito bancario a una sociedad, previniendo el mercado y la manipulación ilegal de la calidad y composición de los productos alimenticios; delitos contra la salud pública, como la masacre ilegal de animales para el consumo público; delitos contra la seguridad de los datos informáticos, sistemas o redes de comunicación; delitos fiscales, como el contrabando, el fraude fiscal, malversación de fondos fiscales y de crímenes contra la seguridad social; delitos laborales, tales como el empleo ilegal de menores y desacato de una orden de la Inspección General del Trabajo.

<sup>847</sup> CLIFFORD CHANCE, "Corporate Criminal Liability in Europe", op. cit., p. 7.

empresa puede ser responsable por crimen organizado, financiación del terrorismo, lavado de dinero y diversas formas de corrupción, por no haber evitado que el delito se cometiera, implementando medidas organizativas necesarias y razonables. Para otros delitos, el art. 102 (1) establece que la empresa puede ser responsable cuando el delincuente individual no pueda ser identificado y, por lo tanto, procesado debido al estado de desorganización de la empresa y, respecto del mismo, no se restringe el ámbito de delitos que pueden atribuirse a la empresa<sup>848</sup>.

---

<sup>848</sup> PIETH, M. e IVORY, R, "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 34.

## TERCERA PARTE

### EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE

#### CAPÍTULO I. EL BLOQUE DE NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE

Además de las normas específicas que regulan la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica existen, en los sistemas español y chileno, un abanico de disposiciones que se ocupan de distintos aspectos necesarios para la atribución de un delito a la colectividad. En ese sentido, aunque brevemente, toca ahora conocer el contexto normativo que rodea el modelo de atribución de responsabilidad penal de ambos sistemas y que, en términos generales, tiene elementos comunes.

Existen, en ambas legislaciones, junto a las normas que establecen los criterios para la atribución de responsabilidad penal, otras destinadas a fijar la penalidad y la forma de determinación y aplicación de la misma; las que regulan la atenuación y agravación de las penas y, por último, aquellas que establecen la forma de proceder ante posibles cambios o transformaciones que pueda experimentar la persona jurídica comprometida en la comisión de un delito.

Como podrá apreciarse, la regulación de tales aspectos se nutre de experiencias internacionales y comparadas que introducen criterios de atribución de responsabilidad distintos de los aplicables a las personas físicas, por lo que son pocos los ámbitos en los que se observan novedades relevantes. Lo importante es que se constata una regulación pormenorizada que, más allá de críticas puntuales, tiende a crear un subsistema autónomo que sólo en ciertos aspectos puede remitirse a las normas penales que regulan la responsabilidad penal individual. En ambas legislaciones podría, en consecuencia, sostenerse que existe una Parte General y una Parte Especial<sup>849</sup> de la RPPJ, más allá de que en uno u otro caso las normas estén contenidas en el propio Código Penal o en una legislación especial.

#### **1. El bloque de normas reguladoras de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español**

Una vez expuestos los antecedentes normativos de RPPJ -las consecuencias accesorias<sup>850</sup>- podemos pasar a analizar el modelo vigente de responsabilidad penal de las

---

<sup>849</sup> Era lo que afirmaba ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., pp. 268s., ya respecto del Proyecto de 2007 español que antecedió al que cristalizó en la LO 5/2010.

<sup>850</sup> Véase la Segunda Parte de este trabajo. Desde un punto de vista histórico, respecto de los diversos y graduales pasos dados en la legislación española antes de la introducción de la RPPJ a través de la LO 5/2010, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el

organizaciones, compuesto de Parte general y especial.

En la Parte general se contemplan: a) el sistema de imputación mismo; b) los destinatarios de la norma o sujetos susceptibles de incurrir en esta clase de responsabilidad<sup>851</sup>; c) las circunstancias modificativas de la misma; d) las penas aplicables a las organizaciones con personalidad jurídica y el resto de consecuencias penales para las que carezcan de ella; e) los criterios de determinación de la pena; f) las normas sobre responsabilidad civil derivada del delito, g) y las normas relativas a las posibles transformaciones que pueden experimentar las personas jurídicas con posterioridad a la comisión del delito. La Parte especial, se compone de un catálogo de delitos de los que pueden responder las personas jurídicas, en los casos en que así lo prevé la regulación específica de cada uno de ellos<sup>852</sup>.

Junto al anterior paquete de disposiciones específicamente aplicables a las personas jurídicas, perviven otras que, hasta la fecha, habían servido para dar algún tipo de respuesta penal a la delincuencia de las organizaciones. Me refiero, en primer lugar, a las consecuencias accesorias contempladas en el art. 129 CP<sup>853</sup>, ahora sometidas a un ámbito aplicativo más restringido que el de su redacción original. Consecuencias que, como se explica a continuación, sólo se aplican a las agrupaciones sin personalidad jurídica. En segundo lugar, el art. 31 CP, que regula la responsabilidad por la actuación de otro -del que se ha eliminado su apartado 2-, y que hasta la Reforma de 2010 había previsto la posibilidad de aplicación solidaria de la pena de multa a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta hubiera actuado el autor del delito. Por fin, las disposiciones relativas a la responsabilidad civil derivada del delito, que se mantienen con modificaciones atendido el nuevo sujeto activo que se ha incorporado en el ámbito penal.

A continuación se analizan las normas que directa o indirectamente rigen la responsabilidad penal de la persona jurídica:

### 1.1. La regla del actuar por otro

La regla del actuar por otro no regula la RPPJ, directa ni indirectamente. Sin embargo, hasta su introducción, ha servido para evitar vacíos de punibilidad en el contexto empresarial<sup>854</sup>.

---

Derecho español", *Revista Electrónica de la AIDP*, A-05, 2011, pp. 2ss., quien además de analizar las consecuencias accesorias, en su versión anterior a la modificación introducida por la LO 5/2010, analiza las reformas que aludían a las personas jurídicas en la LO 15/2003 por la que se introdujo la multa directa y solidaria impuesta a la persona jurídica en el marco de la actuación en el nombre de otro.

<sup>851</sup> Véase, respecto de los sujetos de RPPJ, en los sistemas comparados la Segunda Parte de este trabajo.

<sup>852</sup> Véase, respecto de las distintas opciones que han tomados otros países respecto de los delitos a los que se aplica la RPPJ, la Segunda Parte de este trabajo.

<sup>853</sup> Sobre su naturaleza, alcances y desarrollo doctrinal, en su versión anterior a la Reforma 2010, véase la Segunda Parte de este trabajo.

<sup>854</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 652; también QUINTERO OLIVARES, G., "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., p. 336. Para más referencias bibliográficas, véanse las citadas *supra* con ocasión del tratamiento de esta materia en la Segunda Parte de este trabajo.



Como ya se ha analizado en la Primera parte de este trabajo, a través de esta norma se intentan superar los problemas de tipicidad que se plantean en aquellos supuestos en que quien realiza el hecho típico (persona física) no reúne las *cualidades subjetivas* precisas para ser autor del delito especial (que puede ser la persona jurídica)<sup>855</sup>. Para tales supuestos el art. 31.1 CP prevé que quien actúe en nombre de otro pueda responder del delito especial, no obstante no reunir las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiere para poder ser sujeto activo del delito, cuando éstas concurren en el representado y, por consiguiente, pueda ser sancionado con la pena prevista por ley para el delito cometido<sup>856</sup>.

Con la introducción de la RPPJ en 2010 fue derogado el *apartado 2 del art. 31*, que contemplaba la posibilidad de imponer *una multa directa y solidaria a la persona jurídica* en los supuestos del apartado 1 del mismo artículo. La razón de dicha derogación es expuesta en el Preámbulo de la LO 5/2010 que señala que habiéndose establecido por fin la RPPJ en el art. 31 bis CP, tanto para los casos en que se haya podido como para los que no individualizar al agente delictivo concreto y físico, no hay razón para su subsistencia<sup>857</sup>.

A pesar de su derogación, conocer el sentido de la norma puede servirnos para aproximarnos al actual sistema de RPPJ.

Recordemos que tal disposición tenía un ámbito aplicativo restringido, por cuanto abarcaba aquellos supuestos en los que no concurrían los requisitos, condiciones o relaciones típicas de los delitos especiales en el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica, pero sí en esta última. En tal caso, de la multa impuesta al administrador que hubiera actuado por cuenta o en nombre de la persona jurídica, era considerada responsable directa y solidaria del pago esta última.

Los autores coinciden en lo defectuoso de la disposición, y los problemas de definición de la naturaleza jurídica de la sanción impuesta a la persona jurídica -es decir, a si se trataba o no de una auténtica RPPJ- al tiempo de la derogación de la norma no había llegado a zanjarse. Algunos se inclinaron por su naturaleza civil, otros por una posible naturaleza jurídico-penal y otros aun por una naturaleza *sui generis*, que veía en la norma una especie de aseguramiento de pago<sup>858</sup>. En mi opinión, como ya se ha adelantado, no se trataba de una forma de RPPJ, sino más bien de una responsabilidad de naturaleza

---

<sup>855</sup> Un estudio pormenorizado de este instituto y su relación con la responsabilidad de la persona jurídica en la Primera Parte de este trabajo.

<sup>856</sup> QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 652s. y QUINTERO OLIVARES, G., "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., p. 336. Por otro lado, una interesante y completa visión, tanto histórica como dogmática, incluyendo las virtudes y defectos de la actual redacción contenida en el artículo 31.1, la ofrece FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas 'actuaciones en lugar de otro' a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", op. cit., *passim*.

<sup>857</sup> Así señala el Preámbulo de la LO 5/2010 que: "Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31."

<sup>858</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, 2011, p. 53. Al respecto el autor señala además, que la jurisprudencia se pronunció porque no se trataba de una naturaleza civil *ex delicto*.

especial más cercana a un aseguramiento de deuda, como parte de la doctrina sostuvo en su momento. De todas formas lo que parece indudable es que, en su imposición, se infringían todas las garantías y los principios propios de la aplicación de sanciones penales<sup>859</sup>.

En razón de lo anterior, resultaba lógico que, una vez introducida la RPPJ, el legislador decidiera eliminar una norma que, además de permitir que el autor del delito quedara libre de pena cuando la satisficiera la persona jurídica en cuyo nombre hubiera actuado<sup>860</sup>, generaba todo tipo de dudas en torno a su naturaleza jurídica<sup>861</sup>.

## 1.2. La responsabilidad civil derivada de delito

En lo referido a la *responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito*<sup>862</sup>, la LO 5/2010 también introdujo modificaciones, como consecuencia de la inclusión de un nuevo sujeto activo penalmente. En razón de ello, se incorpora un nuevo apartado 3 al art. 116 CP.

La nueva norma prevé que la persona jurídica responsable penalmente también lo sea en el ámbito civil, de forma solidaria con las personas físicas que hayan sido condenadas por el mismo hecho, por cualquiera de los tres conceptos recogidos en el art. 110 CP: a) la restitución de la cosa objeto del delito, b) la reparación del daño y c) la indemnización de perjuicios materiales y morales<sup>863</sup>.

La forma como se estructuró el apartado 3 del art. 116 CP genera, sin embargo,

---

<sup>859</sup> En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", op. cit., p. 5, y NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras de la LO 5/2010", op. cit., pp. 48s.

<sup>860</sup> Agrega a este respecto NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras de la LO 5/2010", op. cit., pp. 2s., que con ella se anulaban los fines preventivos generales de la pena, al traspasarse al tercero la imposición de la multa la que, además, era cuantificada en relación con el patrimonio del administrador y no de la persona jurídica, por lo que resultaba nimia para esta última.

<sup>861</sup> En otro ámbito, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., pp. 52s., que la supresión de la norma conlleva dos clases de problemas. Por una parte, determinar qué pasará con aquellos procedimientos en los que se sostiene una imputación basada en ese precepto y, por otra, cómo debería procederse respecto de aquellas condenas que se hubieren basado en el mismo. Señala que la solución depende de la posición que se adopte, las que, como se ha señalado, son variadas. Por su lado, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 51, señala que la mantención de la norma carecía de sentido con la introducción de la RPPJ pero agrega que respecto de las cuestiones prácticas, la derogación impide la aplicación del precepto, ya que esa derogación da paso a una legislación posterior más favorable que debe ser aplicada retroactivamente.

<sup>862</sup> Respecto de la situación anterior a la modificación de la responsabilidad vicaria que le cabe a la persona jurídica responsable civilmente por el delito, véase RAMON RIBAS, E., *La Persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, op. cit., pp. 25ss.

<sup>863</sup> Así en la modificación vigésima novena, la LO 5/2010, expresa que: "Se añade un apartado 3 al artículo 116, que tendrá la siguiente redacción: 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos".

ciertas dudas. Por un lado, el art. 31 bis CP en su apartado segundo, contiene una regla por la que se hace responsable penalmente a la persona jurídica incluso en aquellos casos en que no sea posible individualizar a la persona física que ha cometido materialmente el delito o cuando no haya sido posible continuar con el procedimiento en su contra<sup>864</sup>. Por otro lado, la norma que se agrega en el art. 116 CP sólo hace referencia a los supuestos en que sí está determinado ese autor material haciendo que, en tales casos, la responsabilidad civil opere de manera solidaria entre este último y la persona jurídica responsable penalmente.

De acuerdo a lo anterior, ¿cabría, entonces, concluir que no existe responsabilidad civil para la persona jurídica en todos aquellos casos en que opere el apartado segundo del art. 31 bis CP, es decir, cuando no esté determinado el autor físico del delito?. La respuesta afirmativa plantearía una solución además de inícua, ilógica, por lo que estimo que en tales casos debe optarse por la aplicación del apartado primero del art. 116 CP. Dicha norma hace extensible la responsabilidad civil a toda persona criminalmente responsable por un delito del que se deriven daños o perjuicios<sup>865</sup>, por lo tanto, siendo la persona jurídica responsable penalmente deberá aplicársele tal supuesto.

Lo dicho anteriormente es una solución a la que sólo puede arribarse a través de una interpretación armónica de las normas, pues el apartado 3 que se agrega al art. 116 CP, parece querer incluir un nuevo sujeto responsable penal al ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, al señalar que: "*La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil...*", regulando su responsabilidad civil, por tanto, sólo en dicho apartado. A pesar de lo anterior, su inclusión en el apartado primero del art. 116 CP parece obligada, a fin de no generar una laguna de responsabilidad cuando se trate de casos como los contemplados en el apartado 2 del art. 31 bis CP<sup>866</sup>.

---

<sup>864</sup> Dicha disposición, en lo que interesa, expresa: "2. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, **aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.**" (sin negrita en el original).

<sup>865</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 680

<sup>866</sup> Respecto de esta cuestión MAGALDI PATERNOSTRO, M., "Título V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 909, señala que, dado el número 2 del art. 31 bis CP, no supone la necesidad de un responsable penal individual en sentido estricto, es decir perfectamente determinado y condenado por los mismos hechos, la declaración legal de solidaridad no supone, por tanto, tampoco esa determinación de la persona física. Aunque no se refiere específicamente a la norma que regula este aspecto, es de suponer que tal responsabilidad directa se aplicaría por la misma norma que establece la responsabilidad civil de la persona jurídica, es decir, el apartado 3 del art. 116 CP. Por otro lado, BACH FABREGÓ, R., y GIMENO CUBERO, M., "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas, arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66bis, 83, 100, 103 y 116 CP", en Quintero Olivares G. (dir.), *La Reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 90, señala que la responsabilidad de la persona jurídica que se deriva de la comisión del delito por la omisión del debido control sobre sus empleados se asemeja a la responsabilidad establecida en el art. 120 CP, pero la distinción entre una y otra responsabilidad civil se encuentra en que en el caso de la contenida en el art. 116.3 CP se precisa de la declaración de responsabilidad penal, en cambio de acuerdo al art. 120 CP, no. Por último, sostiene GALLEGO SOLER, J., (Comentario a los) "Arts. 109 a 129", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 278, que existe solidaridad en la responsabilidad civil entre la persona jurídica y la física, por lo que entiendo que, en este caso, el autor también opera sobre la lógica de la individualización de la persona física.

Por último, cabe precisar que esta responsabilidad a la que se alude en el apartado 3 del art. 116 CP, tendrá carácter *solidario* respecto del sujeto físico que hubiere sido condenado por el mismo hecho delictivo. Al respecto, es necesario aclarar que dicha persona física se corresponde -pues no podría ser de otro modo- con aquellas que se encuentran señaladas en los apartados 1 y 2 del art. 31 bis CP<sup>867</sup> y no cualquier otra que haya sido condenada por los mismos hechos que la persona jurídica, con independencia que la persona física pueda, además, responder civilmente por el hecho ajeno cuando se den los requisitos de los arts. 117 o 120 CP.

### 1.3. Las consecuencias accesorias

Por otro lado, como ya se planteara en la introducción de este apartado, se mantiene, aunque reformulado, el art. 129 CP relativo a las *consecuencias accesorias*.

Su ámbito de aplicación subjetivo es distinto de aquél que se contemplaba en la disposición anterior a la Reforma de 2010<sup>868</sup>, por cuanto ahora se prevé su aplicación a empresas, agrupaciones y organizaciones que carezcan de personalidad jurídica<sup>869</sup>. El ámbito subjetivo queda definido por exclusión, pues incluye a todas aquellas organizaciones que no queden comprendidas en el art. 31 bis CP<sup>870</sup>.

Además, siguen teniendo para el Juez o Tribunal el mismo carácter facultativo que las viejas consecuencias accesorias y continúan sujetas a un sistema de incriminación específica o de lista cerrada. Es decir, sólo son aplicables en aquellos casos en que el Código expresamente lo contemple, como sucede con las penas aplicables a las personas jurídicas. Sin embargo, aquí el legislador flexibiliza la condición de la previsión expresa de

---

<sup>867</sup> Véase en este mismo sentido, pero en referencia a la propuesta legislativa del año 2007, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit. p. 303.

<sup>868</sup> La norma anterior no señalaba el destinatario de la sanción penal, limitándose a establecer el abanico de consecuencias aplicables las que, básicamente de acuerdo al propio texto de la norma anterior, se aplicaban a sociedades y empresas, se entiende, utilizados estos términos de manera indistinta.

<sup>869</sup> En este sentido, señala la modificación trigésima primera referida al art. 129 CP en lo que nos interesa, que: "1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código...".

<sup>870</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., p. 59. Un análisis general de los destinatarios del art. 129 CP, *supra*, Parte II de este trabajo. Por su lado, GALLEGO SOLER, J., "(Comentario a los) "Arts. 109 a 129", op. cit., p. 302, señala que el "elemento básico que define actualmente la formulación legal de estas consecuencias es la exclusiva imposición a entidades colectivas sin personalidad jurídica, esto es, <<sujetos>> que no tienen encaje en el ámbito de aplicación del art. 31 bis". Distinta es la opinión de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", en *Íd.* (coord.), *Memento Práctico. Penal económico y de la empresa, 2011-2012*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 159, quien señala que el objetivo de la disposición es la de abarcar "formas asociativas peligrosas" que no pueden obtener personalidad jurídica porque sus medios o sus fines están al margen del Derecho (grupos mafiosos, organizaciones terroristas, organizaciones delictivas en general), así como formas asociativas que pudiendo alcanzar personalidad jurídica deciden voluntariamente no obtenerla para eludir eventuales responsabilidades (como las que no desean tener visibilidad ante las autoridades y abaratar los costes del cumplimiento de la normativa y de los impuestos). Cabrían aquí, por tanto, los grupos de empresas y las uniones temporales de empresas.

una manera bastante extraña y confusa al señalar “o, cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, con lo que parece querer indicar que procederán las consecuencias accesorias también cuando resulte aplicable la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero no se haga mención expresa en el delito en cuestión a tal posibilidad.

Luego, el legislador ha señalado que las consecuencias accesorias lo son respecto de la pena, pero dicha mención plantea importantes dudas respecto de aquello de lo que son accesorias y respecto de quién o de qué lo son. Una vez más, no se ha aclarado adecuadamente la naturaleza que adquieren estas consecuencias, lo que plantean importantes cuestiones que tienen trascendencia, principalmente, en lo que respecta al umbral de garantías en la aplicación de las mismas.

Por citar sólo algunas observaciones de la doctrina, GÓMEZ-JARA<sup>871</sup> sostiene que las nuevas consecuencias accesorias han introducido una importante dosis de inseguridad jurídica, por cuanto a pesar de ser “accesorias” a la pena -como expresamente señalan la rúbrica del Título VI y el precepto en análisis- tienen el mismo contenido que las penas contempladas para las personas jurídicas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, de las que sólo se distinguen por el *nomen iuris*. Por otro lado, el mismo autor agrega que las mismas deben ser impuestas “motivadamente” y, sin embargo, no se proporciona al juez criterio alguno para motivar la imposición de tales consecuencias jurídicas. Ante el silencio legal, concluye que la aplicación de las mismas a las entidades señaladas en el art. 129 CP debe seguir los mismos criterios de imputación y de determinación de la sanción que los contemplados para las personas jurídicas (principalmente el art. 66 bis CP). La sola existencia o carencia de personalidad jurídica no parece motivo suficiente para un tratamiento diferenciado y con menores garantías que las contempladas para las organizaciones que sí la poseen.

Pero, el régimen de las consecuencias accesorias no puede reputarse análogo al de las entidades con personalidad jurídica. Para ello habría bastado con la mención pura y simple a las organizaciones colectivas en el art. 31 bis CP, sin adjetivo alguno. Por ello parece más atendible la forma en que aborda la cuestión GARCÍA ARÁN<sup>872</sup>, quien plantea que mejor que entender a las consecuencias accesorias como un sistema supletorio al de las personas jurídicas, es considerarlas como una modalidad próxima al comiso.

De acuerdo con la posición sostenida por esta autora, a la que me adhiero, se trata de consecuencias de naturaleza similar al comiso, pero que se diferencian del mismo en que mientras éste recae sobre objetos materiales, las consecuencias accesorias afectan a grupos de personas. Lo anterior obliga, en consecuencia, a establecer ciertas garantías en la imposición de tales medidas.

En suma, debe negarse su condición de penas, cuya aplicación se ha limitado a las personas jurídicas<sup>873</sup>; tampoco puede tratarse medidas de seguridad por cuánto éstas se

---

<sup>871</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., p. 59.

<sup>872</sup> GARCÍA ARÁN, M., "Título VI. De las consecuencias accesorias", en *Comentarios al Código Penal. Parte general*, op. cit., pp. 979s.

<sup>873</sup> Lo cual, en todo caso, obliga a enfrentar el problema de que se trata exactamente de las mismas

aplican a personas que presentan una peligrosidad subjetiva y además vinculada a determinadas anomalías personales; ni, en fin, un *tertium genus* de responsabilidad, ya que las nuevas consecuencias accesorias no recaen sobre persona alguna, ni física ni jurídica, en la medida en que la sanción se asocia a responsabilidad y ésta a la personalidad, y en este supuesto el sancionado no es la entidad sin personalidad jurídica.

Dado que la persona carente de personalidad jurídica no es quien es declarada responsable, aunque sobre ella se aplica la consecuencia accesoria<sup>874</sup>, no puede tratarse de una sanción. Por consiguiente, debe ser estimada como una medida asegurativa, pero que a diferencia del comiso no se aplica necesariamente sobre los derechos del propio responsable penal, sino que pueden afectar a otras personas. En lo relativo al establecimiento de los límites propios de las sanciones y que se deducen de su aplicación a personas y no a objetos materiales, la autora estima que ellos se cumplen al exigir que se trate de una sentencia "motivada", en la que el juez deberá pronunciarse acerca de la oportunidad y proporcionalidad de las consecuencias accesorias.

En conclusión, la forma en que han sido contempladas las consecuencias accesorias, obliga a su consideración de manera separada e independiente del sistema que se ha conformado para las personas jurídicas, a las que realmente se les reconoce capacidad delictiva debiendo dichas consecuencias, por tanto, ser consideradas como algo distinto de penas<sup>875</sup>. Pero esta necesidad impuesta por la forma en que han sido configuradas da lugar a críticas, por cuanto se distingue única y exclusivamente en función de la existencia o carencia de personalidad jurídica lo que, como ya hemos visto *supra*, resulta ser una diferenciación formal que no atiende a los verdaderos elementos que otorgan realidad a las organizaciones colectivas.

Por ello, de *lege ferenda*, las consecuencias accesorias deberían ser reformadas o eliminadas en la búsqueda de criterios que resulten equitativos, atendiendo a los factores materiales que realmente inciden en la configuración de las organizaciones<sup>876</sup>.

---

consecuencias que las contempladas para las personas jurídicas, en cuanto a las letras c) a g) del art.33.7 CP, lo que no puede ser soslayado. Por otro lado, la sola existencia de la personalidad jurídica para la determinación del tipo de medidas jurídicopenales que se aplicarán a la entidad, no se aviene bien a la realidad de las entidades colectivas, estableciendo una pura diferenciación formal entre una y otra organización. Su existencia, por lo tanto, plantea problemas de difícil solución.

<sup>874</sup> GARCÍA ARÁN, M., "Título VI. De las consecuencias accesorias", op. cit., p. 978. Como bien señala la autora el delito puede ser cometido en el seno de la persona jurídica, por lo que en tal caso entre las que se incluye las agrupaciones de personas, como las comunidades de propietarios, y en tales supuestos sería inadecuado estimar que se aplica una sanción al responsable penal.

<sup>875</sup> En el mismo sentido, RAMÓN RIBAS E., "Artículo 129", en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 792ss., quien señala que, dado que la capacidad criminal ha sido otorgada única y exclusivamente a las personas jurídicas, la entidad a la que se imponen las consecuencias accesorias aparece en realidad como un instrumento de éstas o como una colaboradora, por lo que responden por hechos ajenos, realizados por personas que tal vez no formen parte de su cuadro dirigente o que incluso no sean parte de su estructura, sin que sea preciso, además, que hayan resultado beneficiadas por las infracciones de los sujetos responsables.

<sup>876</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 160, estima, como Gómez-Jara Díez, que las consecuencias accesorias en su actual versión deben ser interpretadas de manera similar a la normativa vigente para las personas jurídicas, dado que otra interpretación sería "contraria a las exigencias constitucionales" respecto de la imposición de sanciones, ya se llamen penas o consecuencias. La cuestión, sin embargo, resulta discutible pues de seguirse su interpretación sobre los sujetos de responsabilidad penal, también cabría aplicar las consecuencias

Especialmente, si se tiene en cuenta la posible inclusión dentro de esta categoría de los grupos de sociedades que, de otro modo, podrían ver seriamente afectadas sus garantías en la aplicación de las consecuencias accesorias.

Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, en la determinación y extensión de la consecuencia accesoria concreta, podrían resultar aplicables las normas que rigen la imposición de las penas del art. 33.7 CP, sobre todo si se considera que a excepción de la disolución y la multa, se trata exactamente de las mismas sanciones, aunque su naturaleza es, claramente, distinta. Por tanto, resultarían de aplicación los criterios contenidos en el art. 66 bis CP<sup>877</sup>.

En otro aspecto, surge la duda acerca de si, el concepto de "*consecuencias accesorias a la pena*", presupone la existencia no sólo de una sentencia condenatoria sino además efectiva. La respuesta a este interrogante debe resolverse en el sentido de sólo exigirse una condena penal, pues la letra de la ley señala "*la pena que corresponda*". Otra interpretación podría presentar serios obstáculos para el fin preventivo perseguido, si dejaran de aplicarse las consecuencias accesorias cuando la persona o personas responsables no cumplieran efectivamente la pena.

En cuanto al contenido de las consecuencias accesorias, como ya se anunciara, se corresponden con las contempladas en las letras c), d), e), f) y g) del art. 33.7 CP, es decir, con parte de las concebidas para las personas jurídicas responsables penalmente: la suspensión de actividades; la clausura de locales y establecimientos; la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o para contratar con el Estado y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, y la intervención judicial, todas con carácter temporal, a excepción de la prohibición de realizar actividades, que también podría ser definitiva<sup>878</sup>.

En lo relativo la clausura temporal de locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial y su posible aplicación como *medidas cautelares*, el legislador ha establecido que "*podrán ser acordadas también por el Juez Instructor durante la tramitación de la causa*" (último párrafo del art. 33.7 CP). Por tanto, podrán tener tal carácter durante la instrucción, pero dentro de los límites establecidos en los últimos párrafos del art. 33.7 CP<sup>879</sup>. En cuanto a su aplicación práctica, se ha planteado que resulta

---

accesorias a las organizaciones ilegales. De estar comprendidas no resultaría lógico aplicar un sistema ideado para entes amparados por el Derecho, por desarrollar también una actividad que recibe amparo legal, a entes que *ab initio* se conforman para el desarrollo de fines ilegales.

<sup>877</sup> En tal sentido, coincido con ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *ibidem*, p. 186 y GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., p. 61.

<sup>878</sup> Como bien señala GARCÍA ARÁN, M., "Título VI. De las consecuencias accesorias", op. cit., pp. 978s., ni la disolución ni la multa han sido contempladas como consecuencias accesorias para los entes carentes de personalidad jurídica, por cuanto, ambas están asociadas a la personalidad jurídica.

<sup>879</sup> Los dos últimos párrafos del artículo 33.7, señalan: "*La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir*

difícil, dado que la norma señala que se aplicarán "a los efectos establecidos en este artículo" (art. 129.3 CP), sin señalarse cuál es ese ámbito<sup>880</sup>.

#### 1.4. Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal

Volviendo ahora al sistema de RPPJ, también se ha considerado un *catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en el apartado 4 del art. 31 bis CP. En efecto, el Juez o Tribunal al momento de la determinación de la pena aplicable a la persona jurídica, podrá considerar un catálogo de circunstancias atenuantes, específicamente concebidas para las personas jurídicas.

La Reforma de 2010 no incluyó en el art. 31 bis CP, circunstancias agravantes<sup>881</sup>. Sólo el art. 66 bis CP contempla la posibilidad de agravar la pena por reincidencia.

Las circunstancias atenuantes de la RPPJ se recogen en un *catálogo cerrado*<sup>882</sup>, por cuanto el apartado 4 señala: "Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" las que se indican en el mismo apartado. La consideración restrictiva de las atenuantes contempladas en dicho apartado o *numerus clausus* ha sido criticada con razón, pues no se comprende por qué algunas que, siendo plenamente aplicables a las personas jurídicas, no puedan serlo por la expresa limitación del legislador<sup>883</sup>. Tal deficiencia de la normativa podría ser solucionada con una interpretación *in bonam partem*, por parte del juzgador<sup>884</sup>.

Las mismas, además, sólo podrán ser consideradas cuando sean realizadas con

---

*cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria./ La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa".*

<sup>880</sup> Tales "efectos" no han sido previstos por el legislador. RAMÓN RIBAS, E., "Artículo 129", op. cit., pp. 795s., quien agrega que tal como ocurría con la versión anterior del art. 129 CP, resulta que tendrá "casi nula trascendencia práctica".

<sup>881</sup> En el mismo sentido se plantea MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en Quintero Olivares, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 59, al señalar que: "Tampoco parece explicable la ausencia de provisiones específicas en materia de circunstancias agravantes para la responsabilidad penal de las personas jurídicas", pero agrega que esta ausencia habría sido paliada con la previsión del artículo 66 bis, que incluiría algunas de ellas como criterios para la determinación de las penas a imponer, aunque, para el autor, "(d)esde luego la técnica era mejorable".

<sup>882</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, V., "Art. 31 bis", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011, p. 135.

<sup>883</sup> Así lo señala la propia CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, que indica que resulta "llamativo y difícilmente justificable" que, por ejemplo, la atenuante de dilaciones indebidas no pueda ser aplicable a las personas jurídicas, o la circunstancia 7ª del art. 21 CP de análoga significación. Por su lado, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 132, señala que se trata de un trato discriminatorio no justificado en el que la persona jurídica resulta perjudicada en relación con la física, al no poder alegar dilaciones indebidas o el error de prohibición vencible.

<sup>884</sup> CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p. 52.



posterioridad a la comisión del delito<sup>885</sup> y a través del representante legal de la persona jurídica. Al respecto, se ha señalado que no cabría sólo considerar al representante sino también al administrador, salvo que los representantes legales no sean simultáneamente administradores de hecho o de derecho<sup>886</sup>.

Se tratan pues, de: a) la confesión de la infracción, que deberá efectuarse antes de conocer el procedimiento que se dirige contra la misma; b) la colaboración con la investigación, a través de la aportación de pruebas en cualquier momento del proceso, siempre que las mismas sean nuevas y decisivas para el esclarecimiento de las responsabilidades a que pueda dar lugar el delito; c) la reparación o disminución del daño causado con el delito, en cualquier momento del procedimiento, pero siempre que se realice antes del juicio oral, y d) la adopción de medidas eficaces para prevenir y descubrir posibles delitos futuros, con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica<sup>887</sup>.

El sentido general de las atenuantes parece ser, como bien se ha señalado<sup>888</sup>, involucrar a la organización en la investigación y esclarecimiento de los hechos constitutivos de delito y evitar la continuidad delictiva, de manera tal que si esta colaboración resulta efectiva, la persona jurídica pueda beneficiarse de un trato penal más favorable. Hay, por tanto, a todas luces, un fin preventivo en ellas.

La *circunstancia a) del apartado 4*, esto es, la confesión del delito, se corresponde con la contenida en la circunstancia 4ª del art. 21 CP aplicable a las personas físicas por lo que, en cuanto a los requisitos para la procedencia de la primera, deberemos remitirnos a esta última. Deberá, por tanto, el propio sujeto responsable confesar el delito, es decir, para el caso de la persona jurídica, el representante legal, tal como se señala el texto legal. Pero a él, debería agregarse también al administrador. Sin embargo, la atenuación no alcanzaría a los trabajadores, por cuanto no son voz autorizada de la entidad<sup>889</sup>.

Esa confesión deberá realizarse ante las autoridades competentes, es decir ante la autoridad judicial o ante los organismos encargados de la investigación del delito, con anterioridad a que la persona jurídica conozca del procedimiento que se dirige en su

---

<sup>885</sup> Respecto del hecho de que las atenuantes sólo sean procedentes *ex post factum* al delito cometido por la persona física, MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", op. cit., p. 59, señala que no habrían razones "*dogmáticas o político criminales que fundamenten, legitimen o justifiquen la ausencia de previsión de atenuantes coetáneas a la comisión del delito*".

<sup>886</sup> Tal es la posición de GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 77. El autor, por cierto, parte de la base de un concepto absolutamente funcional y material de administrador, por lo que estima que el legislador en esta norma ha dado por supuesto que existe un solapamiento entre los conceptos de administrador de derecho y el representante con el administrador de hecho. Por ello, resulta lógico que el legislador hubiera nombrado sólo a los representantes, entendiendo que se trata de la misma posición dentro de la organización.

<sup>887</sup> La Ley nº 20.393 chilena también contempla un catálogo de atenuantes específicamente referidas a las personas jurídicas, entre las que se encuentran, al igual que en la nueva legislación española, la colaboración con el procedimiento judicial y la adopción de medidas que eviten la ocurrencia de hechos delictivos en el futuro.

<sup>888</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., "Art. 31 bis", op. cit., p. 135.

<sup>889</sup> También concuerda con la exclusión de los trabajadores, aunque no con la inclusión de los administradores, GÓMEZ MARTÍN, V., *ibidem*, p. 136, aunque el mismo autor matiza la afirmación señalando que la expresión "a través" no implica que haya de ser necesariamente el representante legal.

contra, debiendo esa declaración ser veraz, esto es, sin que sean presentados elementos falsos que puedan dar lugar a una posible exclusión o aminoración de la responsabilidad corporativa<sup>890</sup>. MORALES PRATS agrega que la confesión debe ser anticipada, “*pues no se admite la misma con efectos atenuatorios, una vez notificado el procedimiento penal o adquirida la toma de conciencia del mismo por cualquier medio*”<sup>891</sup>.

Asimismo, señala dicho autor, existe un alto grado de exigencia para la procedencia de esta circunstancia, pues la misma no tendría validez si se confesaran alguno o algunos de los elementos del hecho, sino sólo en la medida en que se confesara la “*infracción misma*”. Por lo anterior, en su criterio, debió haberse previsto esta circunstancia como *excusa legal absolutoria* para la persona jurídica, “*por cuanto esa confesión va a facilitar la investigación instructoria penal respecto de la determinación y fijación de la responsabilidad de la persona física, autora del delito*”<sup>892</sup>.

No concuerdo con esta posición, por un lado, porque plantea que la sola confesión de la persona física puede excluir la responsabilidad de la persona jurídica, ignorando las condiciones internas de funcionamiento de la entidad que han propiciado el delito.

También se ha previsto en la *letra b) del apartado 4*, la atenuante consistente en haber colaborado la persona jurídica en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. Para que pueda ser considerada por el juez debe cumplir con un alto estándar de exigencia, por cuanto, no basta con la sola aportación de antecedentes por parte del representante legal de la persona jurídica, sino que los mismos deben ser decisivos para el esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades penales y no haber sido presentados con anterioridad en el procedimiento<sup>893</sup>.

Por su lado, se ha previsto también, en la *letra c) del apartado 4*, la atenuante de haber procedido, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral, a reparar o disminuir el daño causado por el delito. Se ha mantenido también en esta disposición una lógica paralela a la de la circunstancia 5ª del art. 21 CP, referida a las personas físicas. Su contenido y alcance, por tanto, deberá ser extraído de esta última norma, en lo que sea procedente, considerando el distinto sujeto al que va dirigida.

Se trata, en consecuencia, de una circunstancia cuya finalidad se orienta a la protección de la víctima. Lo anterior, podría resultar muy positivo en distintas hipótesis

---

<sup>890</sup> QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. y VALLE MUÑIZ, J. M., “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, en AA.VV., QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 220s.

<sup>891</sup> MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)”, op. cit., p. 60.

<sup>892</sup> *Loc. cit.*

<sup>893</sup> MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)”, op. cit., p. 60. Resulta discutible la redacción utilizada por el legislador dado que, como señala GÓMEZ MARTÍN, V., “Art. 31 bis”, op. cit., p. 136, los antecedentes pueden no ser nuevos por haber sido presentados por algún coacusado o alguna parte acusadora. Asimismo, pueden no ser decisivos pero nuevos, cuando pruebas aportadas por otra parte procesal sean consideradas suficientes para el esclarecimiento de los hechos.

delictivas, como la estafa, los daños informáticos o en delitos medioambientales, en los que la disminución de los efectos del delito puede justificar la disminución de la necesidad de pena.

Por último, la *atenuante contenida en la letra d) del apartado 4*, consistente en haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, da cuenta de la intención del legislador, aunque tímida, de reconocer de manera expresa<sup>894</sup> la existencia de un modelo de comportamientos propios de la organización e instar a la *autoorganización* como medida de prevención de conductas delictivas futuras. Lo anterior, sin embargo, no significa que los modelos de control y prevención de delitos no se tomen en consideración en la configuración del ilícito propio de la organización.

Dejando de lado los loables fines de la norma, la técnica empleada en la regulación de las atenuantes tiene aspectos cuestionables. En primer lugar, porque estas medidas sólo consideran las conductas postdelictivas, con lo que, de atenderse a una interpretación apegada al texto legal, deberían excluirse de su consideración los supuestos en que las medidas estuvieran vigente al tiempo del delito. Sin embargo, el hecho de que el legislador no mencionara esta posibilidad no significa que la atenuación no pueda aplicarse a los supuestos en que la empresa hubiera adoptado modelos de prevención y detección de delitos previos y vigentes todavía al tiempo de la comisión de delito. Existen motivos para sostener que podrían servir tanto para excluir la responsabilidad como para atenuarla cuando no tuvieran la idoneidad suficiente para eximir de pena. Su mención clara y expresa sí aparece en el Proyecto de 2013 de reforma del Código Penal, en donde se contempla tengan efectos excluyentes o atenuatorios de la responsabilidad, en función de la idoneidad de los programas para la prevención de delitos.

En su actual configuración esta circunstancia constituye un avance en lo que a la imputación por el *hecho propio* de la persona jurídica se refiere. Con todo, no es suficiente, pues no da cuenta de la necesidad de contemplar en el ámbito penal una atribución de responsabilidad desde los propios comportamientos corporativos. A pesar de lo anterior, su contenido preventivo es positivo, pues incentiva a las entidades corporativas a construir modelos de prevención de delitos. A través de los mismos las personas jurídicas podrán detectar tempranamente aquellas áreas más débiles en las que es posible que se cometan infracciones, con lo que los estándares de seguridad, se espera, sean mayores.

Los estándares de prevención de delitos, serán de difícil determinación para los tribunales, por cuanto, no se han previsto en la nueva ley, criterios y reglas mínimas que

---

<sup>894</sup>Digo expresa, porque resulta evidente que la existencia de un defecto organizativo debe ser parte del modelo de responsabilidad de la persona jurídica si no se quiere basar esa responsabilidad en la pura heterorresponsabilidad. Resulta necesario entender que el injusto de la persona jurídica es algo más que la conducta típica y antijurídica de la persona física la que, por mucho que se de en un contexto social, sigue siendo una conducta propia del sujeto individual. El defecto, por tanto, siendo parte del modelo de imputación penal de la persona jurídica, está presente y debe ser configurado por la doctrina y la jurisprudencia. Existe además, como severá *infra* en el cuerpo de este trabajo, razones de texto que permiten inferir su presencia. Sin embargo, es claro que la referencia textual más clara sigue siendo la atenuante en análisis.

permitan al Juez determinar cuándo está frente a un sistema preventivo de delitos que aconseje la atenuación de la pena. Considerando que la circunstancia de la letra d) es una novedad en el sistema penal interno, parece haberse entregado una carga al juez que no era propia de su ámbito de competencia<sup>895</sup>. Por otro lado, atendida la relevancia que tiene el *principio de legalidad* en sistemas jurídicos como el español, lo apropiado en este caso habría sido la fijación legal de tales criterios<sup>896</sup>. Si bien debe reconocerse que en materia de responsabilidad penal corporativa los criterios de imputación deben ser flexibilizados, en consideración a la gran gama de posibles sujetos que existen en el ámbito económico, lo cierto es que las *reglas de juego*, aunque mínimas, deberían estar determinadas en la ley.

Ante la ausencia de dichos criterios legales, las empresas no sabrán cuáles son esas *reglas de juego*, ni en qué medida sus esfuerzos preventivos y de reorganización de factores y recursos serán premiados cuando se cometa un delito a partir de las mismas. Otro tanto podría decirse, en el sentido contrario, es decir, en cuanto a los estándares mínimos que deben ser exigidos para que la atenuación tenga lugar. Por ello, podría suceder que en casos concretos, en los que puedan presentarse elementos más o menos similares para el Juez, las sentencias fueran, sin embargo, muy distintas.

### 1.5. Penas aplicables a las personas jurídicas

Se contempla además en la ley la penalidad aplicable a las personas jurídicas<sup>897</sup>. El nuevo apartado 7 del art. 33<sup>898</sup> CP clasifica las penas en graves, menos graves y leves<sup>899</sup>. Las

---

<sup>895</sup> En lo relativo a esta circunstancia atenuante MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP), op. cit., p. 61, señala que "*La incertidumbre preside esta atenuante, enraizada, como se ha dicho, en ideas preventivas de prognosis de futuro*" (sin negrita en el original), y agrega que la forma en que debería ser dimensionada la misma es a través de una prueba pericial auditora que acredite que ha habido una reorganización al interior de la empresa, sobre la base de las propias investigaciones internas a que ha dado lugar la comisión del delito.

<sup>896</sup> Lo que sí se hace, por ejemplo, en el sistema italiano que, en el artículo 6 del Decreto Legislativo n° 231, contempla los elementos mínimos que debe considerar el juez, para entender que existe el modelo organizativo y administrativo de prevención de delitos. Lo mismo ocurre en la Ley n° 20.393 chilena, en su artículo 4 que, en todo caso, es más exhaustivo en la determinación de los elementos que deberá contener ese modelo de prevención. En dichos países, sin embargo, la existencia de estos sistemas o modelos preventivos, en la medida en sean eficaces, posibilitan la exclusión de la responsabilidad penal de la entidad.

<sup>897</sup> Nótese que existen autores que no reconocen el carácter de penas que tendrían las sanciones contempladas en el art. 33.7 CP. Es el caso, con el rotundo título que emplea, de GRACIA MARTÍN, L., "Lección 11: Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica", en *Íd.* (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 201ss., quien sostiene que se trata en realidad de consecuencias accesorias, entendidas como medidas sin una finalidad punitiva, ni siquiera sancionadora, en sentido estricto.

<sup>898</sup> Señala dicho apartado 7 que: "*Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de*

penas aplicables a las personas jurídicas tendrán todas la consideración de graves por determinación legal<sup>900</sup>.

La equiparación en gravedad de las penas declarada *ex lege* resulta criticable, ya que existen penas de diferente entidad material, como es el caso de la disolución en relación con la intervención judicial o la suspensión de actividades. En el primer caso, hablamos de "la pena de muerte civil" de la persona jurídica<sup>901</sup>, mientras que en los otros, subsisten<sup>902</sup>. Esta cuestión, sin embargo, se verá atenuada por el hecho de que la pena de multa parece ser la gran protagonista de la penalidad contemplada para la persona jurídica responsable, la que se encuentra regulada de manera pormenorizada.

Por otro lado, se ha señalado también que podrían existir penas semejantes para conductas con distinta gravedad. Sin embargo, parte de la doctrina estima que, dado que la pena principal y común es la multa y encontrándose regulada en detalle, en parte el problema antes señalado podría ser solventado<sup>903</sup>.

En cuanto al catálogo de penas se han previsto nada más que dos sanciones distintas de las ya conocidas con ocasión de las consecuencias accesorias en su versión antigua<sup>904</sup>. El legislador no ha querido innovar incorporando otras como la publicación de

---

*quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»*

<sup>899</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 662

<sup>900</sup> BACH FABREGÓ, R., y GIMENO CUBERO, M., "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas, arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66bis, 83, 100, 103 y 116 CP", op. cit., p. 75.

<sup>901</sup> Entendiendo la extrema gravedad de esta sanción, la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, señala expresamente respecto de la solicitud de la pena de disolución que "la pena capital para la persona jurídica deberá reservarse para los casos extremos como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el artículo 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación".

<sup>902</sup> Sin perjuicio de la menor gravedad respecto de la disolución, la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, nuevamente entrega criterios específicos para la aplicación de otras penas especialmente severas, como la suspensión de actividades respecto de la que considera, que dada la redacción amplia del precepto que la contiene, podría entenderse como una suspensión total de actividades, por lo que tal cosa podría "equivaler *de facto* a su disolución", (sin negrita en el original) por lo que los fiscales deberán solicitarla sólo en casos graves o bien señalando expresamente el ámbito de actividad al que se limitará tal suspensión. Sobre la clausura de locales estima que la misma interpretación amplia podría darse a su respecto, por lo que deberá solicitarse expresamente el ámbito que se pretende aplicar de la sanción.

<sup>903</sup> BACH FABREGÓ, R., y GIMENO CUBERO, M., "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas, arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66bis, 83, 100, 103 y 116 CP", op. cit., p. 75.

<sup>904</sup> El Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2007, respecto del catálogo de penas que se repite en la LO 5/2010, señalaba que: "También ha de destacarse que este catálogo de sanciones coincide en términos generales con el de las disposiciones del Derecho Comunitario, en las que, además de la multa (penal o administrativa), a imponer

la sentencia o la adopción de medidas para eliminar las consecuencias del delito<sup>905</sup>. Se ha limitado a ajustar el catálogo a las penas más comunes en este ámbito<sup>906</sup>. Las nuevas dos sanciones incorporadas a las que ya conocía el Código punitivo, son la multa y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social<sup>907</sup>.

En general, al margen de la aplicación obligatoria de la multa, las demás penas resultan de aplicación discrecional por parte del juez. Éste puede elegir entre las penas contenidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP (es decir, todas menos la multa). Tal discrecionalidad resulta positiva atendidas las particularidades que presenta este sujeto activo aunque comparto, con algunos autores, que deberían ser considerados ciertos factores a la hora de fijar la pena aplicable al caso concreto. Así, por ejemplo, BAUCELLS LLADÓS<sup>908</sup> propone que se consideren dos principios: el principio de necesidad de la pena, en el que intervienen factores relacionados con la prevención de situaciones criminógenas futuras, y el principio de proporcionalidad de la pena. Así, la pena de disolución resulta ser la última de las sanciones a que puede apelar el juez, pudiendo elegir otras que pueden alcanzar los mismos fines que la disolución, pero que no acarrear consecuencias graves para el mercado y los trabajadores, por ejemplo. Estos principios, en todo caso, estimo que ya se encuentran presentes, de algún modo, en los criterios de determinación judicial de la pena del art. 66 bis CP.

En lo que concierne a la multa, el legislador, siguiendo la pauta europea, ha decidido incluirla pues se trata de la pena por excelencia en materia de RPPJ<sup>909</sup>. Lo ha hecho en modo que su aplicación, resulta obligatoria para el tribunal<sup>910</sup>. La razón de su

---

*con carácter preceptivo, se añaden otras sanciones que pueden ser incorporadas al derecho interno con carácter facultativo y cuya naturaleza, penal o no, no viene determinada por el Derecho Comunitario."*

<sup>905</sup> El caso de la publicación de la sentencia, me parece, habría tenido positivos efectos preventivos, pues alcanza a un aspecto especialmente importante para las empresas como es su imagen corporativa, por ello, se echa de menos dicha inclusión, sí prevista en otras normativas, como la italiana a través del Decreto Legislativo n° 231 o la Ley chilena n° 20.393.

<sup>906</sup> En este sentido se recogen las disposiciones comunitarias, como lo señalaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2007, visto en nota *supra*. En el mismo sentido, BAUCELLS LLADÓS, J., "Título III. (De las penas). Arts. 32 a 60", en Cordoba Roda J., y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 425. Aunque refiriéndose al contenido en el Proyecto de 2007, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., p. 293, también hace hincapié en el hecho de no haberse incluido otras sanciones, como la publicación de la sentencia, la amonestación, la caución de conducta o la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción, señalando que algunas de estas sanciones se encuentran contempladas en ciertas Decisiones Marco.

<sup>907</sup> Al respecto el Preámbulo de la LO 5/2010 señala que: "*En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)-, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social"*.

<sup>908</sup> BAUCELLS LLADÓS, J., "Título III. (De las penas). Arts. 32 a 60", op. cit., p. 427.

<sup>909</sup> Así señala el Preámbulo de la LO 5/2010 que: "*Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis"*. Coincide en cuanto a su relevancia en la materia que nos ocupa, BAUCELLS LLADÓS, J., "Título III. (De las penas). Arts. 32 a 60", op. cit., p. 425.

<sup>910</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas).

importancia radica en que a través de su imposición se lograría incentivar a la *autoorganización* de la persona jurídica y, por otro lado, no privar de la capacidad productiva a la entidad sujeta a la misma<sup>911</sup>. A lo anterior se añade el hecho de que los delitos cometidos a partir de las personas jurídicas -a diferencia de los cometidos fuera de tal contexto- "*obedecen a un fin racional, maximizar el beneficio. Por ello si a la empresa se le amenaza con una sanción que equivale al menos al beneficio que va a obtener se abstendrá de realizar cualquier hecho delictivo*"<sup>912</sup>. Su regulación exhaustiva en la nueva ley se trata de un acierto del legislador.

La fijación de la sanción pecuniaria puede ser por cuotas o proporcional. Por tanto, hay para la pena de multa dos regímenes, uno para las personas físicas y otro para las personas jurídicas, pues para las primeras la pena puede ser menos grave o leve, mientras que para la segunda, sólo grave<sup>913</sup>.

En la mayoría de los casos, se aplica la multa de carácter proporcional, vinculada al beneficio obtenido o al perjuicio causado con la conducta. En los casos en que la figura en concreto no conlleve un posible beneficio, se fija la multa conforme al sistema de días multa<sup>914</sup>. En el *apartado 4 del art. 52 CP*, referido a la determinación de la pena de multa, se prevén ciertas reglas para aquellos casos en los que el Juez o Tribunal no haya podido establecer la proporción de la multa en consideración al beneficio obtenido, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Dichas reglas señalan que si el delito de la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, la multa será de dos a cinco años (letra a); si la pena para el delito de la persona física consiste en una pena de prisión de más de dos años, la multa a aplicar a la persona jurídica será de uno a tres años (letra b), y por fin, en el resto de los casos se aplicará una multa de seis meses a dos años<sup>915</sup>.

En su determinación también se ha añadido un *apartado 5 al art. 53 CP*<sup>916</sup>, norma que establece los criterios que deberá el Juez o Tribunal tener en cuenta para su aplicación. Así, si la aplicación de la sanción pecuniaria implica un peligro para la subsistencia de la entidad o para los puestos de trabajo o cuando lo aconseje el interés general, se podrá

---

Cuestiones materiales", op. cit., p. 178.

<sup>911</sup> NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 267.

<sup>912</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>913</sup> BACH FABREGÓ, R., y GIMENO CUBERO, M., "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas, arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66bis, 83, 100, 103 y 116 CP", op. cit., p. 75.

<sup>914</sup> BACIGALUPO SAGESSE, S., "Artículo 33.7", en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

<sup>915</sup> Dicha norma expresa: "«4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:/ a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años./ b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior".

<sup>916</sup> El apartado 5 del art. 53 expresa: "5. Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.".

fraccionar su pago hasta un plazo de cinco años. Por su lado, de no ser pagada la multa por parte de la organización, el Juez puede ordenar su intervención hasta su pago total<sup>917</sup>.

Por último, de acuerdo con el apartado 2 del art. 31 bis CP, cuando la pena de multa sea impuesta a la vez a la persona física y a la jurídica, por los mismos hechos, el Juez o Tribunal deberá modular su cuantía de manera que la suma no resulte desproporcionada en relación con la gravedad de esos hechos. Esta norma podría parecer ilógica teniendo en cuenta que se trata de sujetos activos distintos<sup>918</sup>. Sin embargo, tiene especial sentido en los supuestos de empresas unipersonales o familiares o, en definitiva, de estructuras muy sencillas, en que la organización prácticamente se identifica con el dueño. El defecto de la norma se hallaría en que no se ciñe a esos supuestos<sup>919</sup>. Por ello considero que hubiera sido preferible prever que el Juez pudiera modular, de manera facultativa, la aplicación de la sanción.

## 1.6. Reglas para la determinación judicial de la pena

Para la aplicación de las sanciones penales contempladas en el art. 33.7 CP, el legislador ha previsto, en el art. 66 bis CP<sup>920</sup>, ciertas reglas aplicables para la determinación judicial de la pena en concreto.

En primer lugar, y como regla general, se prevé la remisión a las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del número 1 del art. 66 CP y, en segundo lugar, la remisión a las reglas específicas

---

<sup>917</sup> Respecto de la forma en que se regula la multa, en el Proyecto de 2007, véase ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La Responsabilidad Penal de Empresas, Fundaciones y Asociaciones*, op. cit., pp. 299ss.

<sup>918</sup> Sólo en este punto, no así respecto de lo que se señala a continuación en el cuerpo de este trabajo, en el mismo sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., p. 301.

<sup>919</sup> Véase sobre la posible infracción al principio *ne bis in idem* cuando el sujeto infractor se corresponde con empresas de escasa complejidad, NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal", en AA.VV., Serrano-Piedecasas, J. R. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp.141ss.

<sup>920</sup> El artículo en análisis establece: "En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos./ b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores./ c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control./ 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física./ Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente./ b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal./ Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66./ b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal".



aplicables a ciertas penas del art. 33.7 CP.

La remisión que realiza el art. 66 bis CP al art. 66.1 CP, se realiza a las reglas de determinación de judicial de la pena contempladas para los delitos dolosos, pero se excluye la agravante de reincidencia cualificada o multirreincidencia, pues ha sido considerada de manera especial para la determinación de la pena de las personas jurídicas, en la regla 2ª letra a) del mismo art. 66 bis CP, aunque no como una agravante en sentido estricto<sup>921</sup>, sino como criterio especial para la imposición de ciertas penas con una duración determinada. La multirreincidencia, es considerada como criterio que debe concurrir para la imposición por un determinado plazo de determinadas penas y con carácter permanente otras.

En efecto, como se verá a continuación, si el Juez o Tribunal, quisiera aplicar las penas contenidas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años; las contempladas en las letras e) y f) por un plazo superior a cinco años, o, con carácter permanente, las de las letras b) y e), sólo podrá hacerlo si concurren alguna de dos circunstancias, entre las cuales se encuentra justamente la reincidencia y multirreincidencia, respectivamente<sup>922</sup>.

En su tratamiento no se ha otorgado una definición específica para la reincidencia, cuando opere en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>923</sup> por ello, es dable estimar que dicha circunstancia tiene el mismo contenido y alcance que la contemplada respecto de las personas físicas. Lo anterior implica estar frente a una reincidencia específica, en el sentido de sólo poder aplicarse en los casos en que se trate de un delito contenido en el mismo título y de similar naturaleza que el cometido con anterioridad. Lo anterior es sin perjuicio de los casos en que dicha circunstancia deba tener el contenido y alcance establecido en la circunstancia 5ª del art. 66.1 CP al que se remite explícitamente el art. 66 bis CP.

---

<sup>921</sup> En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M., "(Título III. De las penas). Arts. 61 a 72", en *Comentarios al Código Penal. Parte general*, op. cit., p. 639.

<sup>922</sup> Es decir, que el juez para poder aplicar por un plazo superior a dos años las penas de suspensión de actividades (letra c), clausura de locales y establecimientos (letra d), prohibición de realizar las actividades en que se hubiera realizado el delito (letra e), inhabilitación para obtener subvenciones (letra f) o intervención judicial (letra g), deberá constatar que la entidad ha sido reincidente, como una de las dos opciones que le otorga el artículo 66 bis CP. Por otro lado, y además, si el juez quisiera aplicar con carácter permanente las penas de disolución de la persona jurídica (letra b) o la de la letra e), así como aplicar por un plazo superior a cinco años la misma pena de la letra e) o la de la letra f), deberá haber sido la persona jurídica reincidente en el delito, pero en los términos señalados en la regla 5ª del primer número del artículo 66 CP. Por tanto, tratándose de la pena contemplada en la letra e), habrán tres reglas distintas. La primera es que de aplicarse por un plazo superior a dos años pero inferior a cinco, deberá ser la entidad reincidente; la segunda es que de aplicarse por un plazo superior a cinco años, deberá ser la entidad también reincidente pero en los términos de la regla 5ª del primer número del artículo 66; y la tercera, es que lo recién señalado también se aplicará en el caso de que se aplicara esta letra e) con carácter permanente.

<sup>923</sup> En el esquema de propuesta legislativa presentada por NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 339, se hace alusión a la reincidencia para agravar la cuantía de las penas que él propone, y respecto de la misma entrega la siguiente definición: "Existe reincidencia cuando la persona jurídica haya sido condenada por el mismo delito o infracción administrativa o por un ilícito de naturaleza similar durante los cinco años anteriores a su comisión". Por su lado, la Ley chilena n° 20.393, considera la reincidencia como única circunstancia agravante de la responsabilidad penal corporativa en su artículo 7º, definiéndola de manera similar a la propuesta de NIETO MARTÍN, pues señala: "Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito".

La incorporación de esta circunstancia- aunque no se expresa en estos términos en la reforma legal, sino más bien como criterio para la determinación de la sanción- me parece acertada, pues da cuenta de que en el tratamiento de las personas jurídicas, hay factores que dicen relación con la *cultura* o el *ethos* de la corporación que deben ser considerados en la aplicación de la pena.

Existen dos reglas especiales que se aplican a todas las penas facultativas del catálogo del art. 33.7 CP, menos a la multa. La primera se aplica a todas las penas facultativas, mientras que la segunda regla se aplica a todas las facultativas menos la disolución, que queda excluida, excepto en lo referido a su aplicación con carácter permanente.

En el ámbito de la primera regla del art. 66 bis CP, para determinar la *imposición* y la *extensión* de la pena, el juez deberá atender a criterios preventivos especiales (evitar la continuidad delictiva) (letra a); a las consecuencias económicas y sociales de la imposición de la sanción (letra b) y al lugar que ocupaba dentro de la estructura jerárquica de la organización el responsable individual (letra c).

Se trata, por tanto, de criterios preventivos que, como señala GARCÍA ARÁN<sup>924</sup>, jugarán un rol relevante en la determinación de la necesidad y oportunidad de la pena, es decir, en la imposición de la misma pero, por otro lado, también actúan como criterios orientadores en cuanto a la determinación de su extensión concreta. Asimismo, se ha previsto que la duración de la pena impuesta a la persona jurídica no pueda ser superior a la privativa de libertad que, en su caso, se aplique a la persona física responsable por los mismos hechos.

La segunda regla del art. 66 bis CP, referida a la duración de las penas, establece distintos supuestos. Para las penas contenidas entre las letras c) y g) -es decir, excluidas la multa y la disolución- se establece que, de imponerse con una duración limitada, ellas no pueden exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista en la ley en caso de comisión por una persona física. Con razón, GARCÍA ARÁN<sup>925</sup>, alerta sobre lo particular que resulta que se fije la duración en relación a la pena de la persona física, en circunstancias que la responsabilidad de una otra persona son independientes.

Luego señala la disposición contemplada en la regla 2ª, también referida a las letras c) a g) del art. 31 bis CP que, para imponer la pena con una duración superior a dos años, deberán concurrir la circunstancia de reincidencia o bien la constatación de que la persona jurídica ha sido instrumentalizada para la comisión de delitos<sup>926</sup>. Por último, aún dentro del ámbito de la regla 2ª, se dispone que para la imposición con carácter permanente de la pena de disolución y la prohibición de realizar actividades en las que se hubiera cometido, favorecido o encubierto el delito, o bien cuando se trate de la imposición superior a cinco años de esta última pena o de la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, deberá concurrir la circunstancia 5º del art. 66.1 CP -es decir, la reincidencia

---

<sup>924</sup> GARCÍA ARÁN, M., "(Título III. De las penas). Arts. 61 a 72", op. cit., p. 640.

<sup>925</sup> *Ibidem*, p. 641.

<sup>926</sup> En cuanto a la expresión usada en la LO 5/2010 sobre la instrumentalización de la persona jurídica, la disposición legal señala que debe entenderse que aquella concurre cuando las actividades ilícitas son de mayor relevancia que las actividades lícitas de la misma.

cualificada-, o bien que la persona haya sido utilizada como instrumento para la comisión del delito.

### 1.7. Consecuencias de la transformación o disolución aparente de la persona jurídica

Por último, cabe señalar que también se ha previsto en la ley una norma para afrontar los casos en que la persona jurídica, con el fin de eludir las responsabilidades y consecuencias jurídicas de la comisión del delito, realice transformaciones o disoluciones aparentes<sup>927</sup>. Se trata del *art. 130 CP referido a la extinción de la responsabilidad penal, en el que se ha introducido un apartado 2*<sup>928</sup>. En términos generales, dispone que en caso de transformación, fusión, absorción o fusión de la persona jurídica, la responsabilidad penal por el delito pasará a la entidad resultante resguardando, eso sí, la debida proporcionalidad en función de la proporción entre la persona jurídica originaria y la resultante. Asimismo, en caso de disolución encubierta o aparente también se prevé que la responsabilidad pase a la entidad que mantenga su actividad económica, así como una identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.

Su ubicación en el mismo *art. 130 CP*, referido a las causas de extinción de la responsabilidad penal de las personas físicas, obedece al reconocimiento de que la disolución de la persona jurídica extingue su responsabilidad penal. Por ello la norma tiene como función establecer los límites de esa capacidad de extinguir la responsabilidad penal que tiene la disolución, evitando así que transformaciones aparentes que sólo tienen como fin eludir la responsabilidad puedan tener ese efecto extintivo<sup>929</sup>.

Por otro lado, la regulación aquí de la transformación de la persona jurídica -así como en el *art. 18* de la ley chilena donde también se regula esta materia-, tiende a moderar los efectos de la utilización del criterio de la personalidad jurídica para la fijación del destinatario de la responsabilidad penal, como ya se ha señalado más arriba.

Se ha buscado en esta norma la regulación de los supuestos en que existe una "sucesión total o parcial" de la responsabilidad desde el ente infractor a la entidad resultante, pero también la posible disolución aparente de dicho ente. Por contra, aquellas disoluciones que se ajusten a Derecho, extinguirán la responsabilidad penal de la entidad colectiva<sup>930</sup>. Lo anterior revela además que el legislador en este punto se ha alejado de

---

<sup>927</sup> En el mismo sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 182.

<sup>928</sup> Dicho apartado 2 del *art. 130* señala: "2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella./ No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos".

<sup>929</sup> QUINTERO OLIVARES, G., "La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 130 CP)", en AA.VV., Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, op. cit., p. 117.

<sup>930</sup> *Ibidem*, p. 118. También, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las

consideraciones meramente formales, centradas en la personalidad jurídica, para atender a los factores sustanciales que inciden en la configuración y desarrollo de las organizaciones colectivas y en especial las empresariales<sup>931</sup>.

El supuesto de transformación no presenta mayores obstáculos para la responsabilidad penal, por cuanto la persona jurídica sigue existiendo, pudiendo y debiendo hacer frente a las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito, aunque bajo otra forma. Sin embargo, si la persona jurídica cambiara de titularidad se trataría como un supuesto de fusión, absorción o escisión<sup>932</sup>.

En los casos de absorción y fusión -en que la empresa que ha cometido el delito es captada por otra que no ha tenido participación alguna en el ilícito-, se ha estimado que podría producirse una colisión con el principio de personalidad de las penas<sup>933</sup>. No comparto el criterio por cuanto en la empresa resultante sigue existiendo aquella que ha cometido el delito, es decir que se mantiene el sustrato organizativo en la nueva organización, que impide hablar de responsabilidad por hecho ajeno. Si existió un defecto de organización que permitió la comisión del delito, seguiría estando presente en la empresa resultante. Por ello el acento deberá centrarse en el análisis de la organización y en su funcionamiento interno, a fin de determinar si el defecto organizativo sigue estando presente<sup>934</sup>.

El caso de la escisión es distinto, por cuanto podría haberse apartado aquel sector en el que se hubiera localizado la anomalía en el funcionamiento que diera lugar a la comisión del delito. En tal caso, debería aplicarse la responsabilidad en aquella parte escindida que hubiera posibilitado el delito, dado que el propio legislador faculta, en la norma en análisis, al Juez o Tribunal para moderar la sanción "*en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella*"<sup>935</sup>. De este modo el juez podría modular la responsabilidad en función de dicho porcentaje<sup>936</sup>.

Una de las cuestiones no tratadas en el art. 130 CP es la posible disolución de la persona jurídica con posterioridad a la sentencia condenatoria. Al respecto señala QUINTERO OLIVARES<sup>937</sup> que tal cuestión no tendría por qué ser regulada, pues nada

---

personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, p. 76.

<sup>931</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *ibídem*, p. 76.

<sup>932</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., pp. 182s.

<sup>933</sup> *Ibídem*, p. 183.

<sup>934</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., p. 77, agrega que en este análisis interno de la persona jurídica, tendrán especial relevancia los programas de cumplimiento que existían en las entidades originales.

<sup>935</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 183, señala que tal solución tropieza con el hecho de que aunque el legislador autoriza al juez a "moderar" la sanción, no está claro que esa moderación permita la exclusión total de la aplicación de la sanción a alguna de las sociedades que han resultado de la escisión. Sin embargo, razones de justicia material, deberían ser atendibles toda vez que la empresa escindida que no ha posibilitado el delito, no puede responder por un hecho ajeno.

<sup>936</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., p. 77.

<sup>937</sup> QUINTERO OLIVARES, G., "La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 130 CP)",

impide que la persona jurídica a la vista de las consecuencias de la sanción impuesta sobre la solvencia y viabilidad de la entidad, decidiera terminar con su existencia legal. Sin embargo, podrían surgir problemas para verificar el cumplimiento de la pena de multa, de haber sido impuesta. De acuerdo al autor, los tribunales penales siempre tendrían abierta la vía del apremio pero podría ocurrir que, ante la desaparición de la persona jurídica sin sucesor legal de la misma, no existiera posibilidad alguna de embargar bienes y aplicarlos de acuerdo al art.126-1 CP. En razón de lo anterior, estima, hubiera sido más adecuado que el texto legal señalara de manera expresa “*cuál ha de ser la respuesta del derecho ante la posibilidad de que la multa no sea satisfecha por la vía de la disolución de la sociedad*”<sup>938</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en general, la norma adoptada parece haber tomado la senda correcta pues, por una parte, impide que la sanción penal resulte frustrada por modificaciones aparentes de la entidad y, por la otra, evita que dicha sanción sea aplicada de manera indebida a sujetos que no han participado en la comisión del delito, pues exige que existan ciertas condiciones que permitan establecer la debida identidad entre la persona jurídica originaria, responsable penalmente, y la resultante<sup>939</sup>.

## **2. El bloque de normas reguladoras de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema chileno**

Como en el sistema español de RPPJ, en la Ley n° 20.393 chilena, también se contemplan disposiciones que resultan necesarias para la aplicación de la responsabilidad penal a la entidad colectiva que ha cometido uno de los delitos que en la misma ley se contemplan.

Junto a los criterios de atribución de responsabilidad, las disposiciones sobre los delitos a los que resulta aplicable y los destinatarios de la ley que ya han sido tratado *supra*<sup>940</sup>, se han contemplado normas que regulan: a) la penalidad; b) la determinación legal y judicial de la pena, y c) las posibles transformaciones que pueda experimentar la persona jurídica responsable. Cabe señalar que, como el sistema español, la legislación chilena contempla consecuencias accesorias a la pena, aunque no tienen el carácter general que el primero ha dispuesto respecto de todo ente carente de personalidad jurídica, sino que sólo se ha previsto para determinados delitos. Por otro lado, y como cuestión previa, en la aplicación de las normas que regulan los distintos aspectos del sistema de RPPJ y en todo aquello que no haya sido regulado y resulte pertinente, se prevé la aplicación supletoria de las normas contenidas en el Libro I del Código Penal y las del Código

---

op. cit., pp. 118s.

<sup>938</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>939</sup> Respecto de estas transformaciones aparentes BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 377, señala que para que se pueda aplicar esta responsabilidad a la nueva organización, es necesario que se den dos presupuestos: “(...) por un lado, la sociedad anterior debe estar contemplada dentro del círculo de destinatarios de la ley penal, dado que por el contrario hubiese sido imposible la aplicación de una sanción incluso a la sociedad anterior. Por otro lado, la nueva sociedad debe ser idéntica con la nueva sociedad”. Con la primera regla, la autora, hace alusión al momento en que se realiza la acción punible, mientras que respecto de la última regla, señala, que ella deberá analizarse en cada caso concreto, para establecer si efectivamente hay identidad entre una sociedad y otra

<sup>940</sup> En la Segunda Parte de este trabajo.

## 2.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal el legislador chileno ha contemplado algunas atenuantes y una agravante de la responsabilidad:

### a) Circunstancias atenuantes

El art. 6 de la Ley contempla sólo tres *atenuantes* de la responsabilidad penal de la persona jurídica y dos de ellas (números 1 y 2) se establecen por remisión a las contempladas para la persona física. Éstas, así como la contemplada en el número 3), se fundan en el comportamiento postdelictivo del autor.

La circunstancia contenida en el número 1) del art. 6 consiste en la *reparación con celo del mal causado* o la evitación de sus consecuencias ulteriores. Como ya se ha mencionado, su contenido se remite al art. 11, circunstancia 7ª del Código Penal. La técnica legislativa era mejorable dado que, tratándose de un sistema de responsabilidad autónoma de la responsabilidad individual, lo más correcto hubiera sido su redacción en el propio texto de la Ley n° 20.393. Esa es la opción que ha tomado el legislador español, aún cuando las atenuantes se encuentran contenidas en el mismo cuerpo normativo, lo que revela su intención de darle a este sistema de atribución de responsabilidad penal una autonomía que no se observa, por lo menos en este punto, en la legislación chilena. Lo anterior, sin embargo no es óbice para estimar que el contenido que la doctrina ha dado a esta atenuante no pueda ser adoptado respecto del comportamiento exigido para que la responsabilidad de la persona jurídica sea morigerada.

Como en el caso español, se trata de una atenuante basada en consideraciones político-criminales<sup>941</sup>, tendente a evitar que el daño se expanda o a repararlo cuando ello ya no es posible<sup>942</sup>. Para la configuración de la misma, resulta necesario que la conducta de la persona jurídica se realice con *celo*, es decir, que la misma de cuenta de un esfuerzo considerable<sup>943</sup> por lograr los objetivos impuestos por la norma. Asimismo, la reparación

---

<sup>941</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 510.

<sup>942</sup> El OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público ha señalado que siguiendo el criterio de los tribunales chilenos, si bien antiguamente la reparación sólo podía tener carácter económico, en la actualidad con el nuevo sistema procesal penal, se han considerado novedosas formas de reparación, por lo que en el ámbito de esta responsabilidad penal, también debería otorgársele una interpretación amplia.

<sup>943</sup> GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 193s., señala que debe expresar "*una especial preocupación por reparar el mal o evitar las consecuencias del hecho; debe demostrar que se ha esforzado por lograrlo. Esto no involucra que verdaderamente la reparación se alcance o que los efectos se impidan; la exigencia se satisface con desarrollar una actividad en tal sentido que manifieste su especial inquietud. La reparación puede ser cumplida por el sujeto activo personalmente, o por medio de un tercero que obra en interés de aquél*".

del mal causado debería ser voluntaria, es decir, sin coacciones de terceros, lo cual no impediría que se hiciera a insinuación, por ejemplo del abogado, y los motivos para realizar la conducta no tienen relevancia alguna<sup>944</sup>.

Por otro lado, esta circunstancia se corresponde con la contemplada en la letra c) del apartado 4 del art. 31 bis CP español y, como ha podido apreciarse, tienen una similar inspiración por tener un contenido paralelo al que se prevé para las personas físicas.

La reparación podrá realizarse personalmente o a través de un tercero que obre en interés del responsable, por lo que, aplicado al ámbito de la persona jurídica, deberá ser el representante o el administrador de la sociedad<sup>945</sup>. Además puede alegarse incluso después de iniciado el procedimiento en contra de la persona jurídica hasta antes de la dictación de la sentencia cumpliéndose, en tal caso, las exigencias de la norma<sup>946</sup>.

La circunstancia contemplada en el número 2) también opera por remisión al art. 11, circunstancia 9ª del Código Penal, referida a la *colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos*. Lo dicho respecto de los problemas de técnica legislativa a propósito de la atenuante anterior, es trasladable también aquí.

Sin perjuicio de ello, la propia ley señala el alcance de la referida atenuante, al prescribir que se entenderá "especialmente" que se ha colaborado sustancialmente "*cuando en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados*". Lo dicho respecto de la atenuante de confesión del delito prevista en la legislación española, es extrapolable a esta atenuante en lo que concierne a la mención del representante legal. En consecuencia, tanto los representantes como los administradores podrían poner en conocimiento de las autoridades el delito.

Aunque el art. 6 de la ley se remite a la colaboración sustancial del Código Penal, el alcance que se ha dado a esta atenuante es similar al que se ha otorgado a la circunstancia 8ª del art. 11 del Código Penal chileno<sup>947</sup>, sobre confesión del hecho a la justicia. Sin

---

<sup>944</sup> *Ibidem*, p. 194. Agregan POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ, M. C, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, op. cit., p. 510, que el delito debería encontrarse completamente ejecutado, pues se exige reparar un mal que ya ha sido causado con el delito. Asimismo, señala que la existencia del mal causado, habría dado origen a una discusión en torno a la clase de delitos a los que sería aplicable esta atenuante. Sin embargo, la jurisprudencia habría zanjado el debate indicando que la atenuante tiene un carácter general para todos los delitos donde ella resulta aplicable, por cuanto en la misma no se ha señalado restricción alguna respecto del ámbito delictivo.

<sup>945</sup> GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal, Tomo I*, op. cit., p. 194.

<sup>946</sup> CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 494. En otro ámbito, POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ, M. C, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, op. cit., p. 511, señalan que la institución de carácter procesal del acuerdo reparatorio ha sido acogida por la jurisprudencia en determinados delitos (patrimoniales, lesiones menos graves y delitos culposos) no sólo para atenuar la pena, sino para extinguir la responsabilidad penal, por lo que por analogía *in bonam partem* debería también ser extensible su apreciación a esta atenuante. Lo anterior, resulta especialmente interesante en el ámbito de las personas jurídicas, aunque, atendido los delitos que se comprenden (sólo tres), su consideración quedará reservada para una futura ampliación del catálogo.

<sup>947</sup> El texto de dicha circunstancia señala: "*Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito*".

embargo, el art. 6 ha comprendido dentro de la colaboración para el esclarecimiento de los hechos, poner el hecho punible en conocimiento de las autoridades, lo que indudablemente implica un estándar de exigencia bastante menor que la confesión. En efecto, para que la atenuante proceda basta con que la persona jurídica, pudiendo incluso conocer que el delito se le atribuye, lo ponga en conocimiento de la justicia, con lo cual se estaría rebajando la exigencia para la procedencia de la atenuante.

En tal entendido, habría cierta correlación entre el número 2 del art. 6 con la atenuante de confesión que se contempla para las personas jurídicas en el apartado 4 del art. 31 bis CP, pero con un estándar de exigencia mucho menor. Además también habría correlación con la de colaboración contemplada en la letra b) del mismo apartado, de la que se distingue en cuanto a que en este último caso se requiere que esa colaboración se dirija a la determinación de las responsabilidades que dimanen de los hechos, mientras que en el caso de la legislación chilena la atenuante se dirige al esclarecimiento de los hechos investigados.

Como señala el OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público<sup>948</sup>, se concede un amplio margen a la persona jurídica para que ponga en conocimiento de la autoridad el hecho punible, por cuanto el único requisito establecido es que se haga antes de que la entidad tome conocimiento del inicio del procedimiento en su contra. En la valoración de los antecedentes aportados, el mencionado Oficio n° 440 ha señalado que los fiscales deberán tener en consideración si la persona jurídica ha manifestado su disponibilidad para permitir que se acceda a la información que maneja la empresa así como que se realicen medidas intrusivas sin necesidad de orden judicial. Lo señalado en cuanto a la valoración de esta atenuante por parte del Ministerio Público chileno tiene relevancia por cuanto éste es el órgano encargado por la Constitución para realizar la investigación de los hechos que pudieran constituir delito y, en esa condición, será quien podrá realmente valorar si la empresa ha realizado los comportamientos que pudieran dar lugar a la aplicación de la atenuante.

Por último, se contempla en el número 3) del art. 6 la atenuante de *adopción de medidas de prevención de delito*. La norma señala al respecto que se considerará atenuante de responsabilidad "(l)a adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación". Su ámbito de aplicación, paralela a la contemplada en la letra d) del apartado 4 del art. 31 bis CP español, es mayor que el de esta última, por cuanto no se limita su valoración a la existencia de las medidas posteriores a la comisión del delito. En el caso de la atenuante chilena, se incluyen las previas a la comisión del hecho delictivo y sirven, por tanto, para atenuar su responsabilidad cuando no alcancen a excluir la responsabilidad penal.

Por otro lado, el nivel de exigencia de las referidas medidas está bien acotado. Sólo se exige que tiendan a prevenir la ocurrencia de delitos que estén en la misma órbita de aquél que se enjuicia. Esta referencia- además de la expresión "reiteración"-, sin embargo, parece dar cuenta de que el delito ya se encuentra en conocimiento de la empresa y que la misma no cuenta con programas de cumplimiento normativo, por lo que las medidas se

---

<sup>948</sup> OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, pp. 13s.



tomarán con posterioridad a fin de eliminar la existencia de los defectos que han propiciado el hecho por la entidad<sup>949</sup>. Pese a ello, estimo que no existe limitación en la disposición legal en el sentido de tratarse de medidas posteriores al hecho punible, por cuanto sería ilógico contemplar todo un sistema que regula los deberes de prevención y control de delitos con capacidad para excluir la responsabilidad penal para luego eliminar la posibilidad de que la existencia del mismo, pero no suficiente para excluirla, no pueda, sin embargo, atenuarla si reúne los requisitos para ello.

El OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público<sup>950</sup> señala que el plazo para la adopción de las medidas preventivas, y por tanto, para la configuración de la atenuante, es bastante amplio, pudiendo hacerse valer hasta antes "*del comienzo del respectivo juicio*"<sup>951</sup>. Asimismo, agrega que para determinar el grado de seriedad del "compromiso" adoptado por la empresa, se observará si el "*modelo preventivo*" ha sido objeto de certificación por las entidades acreditadas ante los organismos públicos que, conforme a la Ley, pueden otorgar las referidas certificaciones. Lo dicho en el Oficio n° 440 da cuenta de que el contenido de las medidas que podrán configurar la atenuante será analizado a la luz del art. 4 de la ley, que –a diferencia de la regulación española– aborda todos los elementos y factores que deben contener los programas de cumplimiento y prevención de delitos.

De todas formas, aunque la Fiscalía ha instruido a los fiscales para considerar la certificación como un indicio de "seriedad" en el compromiso de evitar futuros delitos, lo cierto es que, y en ello concuerdo con PIÑA ROCHEFORT<sup>952</sup>, la norma no impone la adopción del modelo de prevención de delitos contemplado en el art. 4 de la Ley ni que el mismo se encuentre certificado. En realidad, desde mi punto de vista, el umbral de exigencia de la norma es bastante más bajo, y no podría ser de otra manera pues se trata de una posibilidad de atenuación de la sanción y no de la exclusión de la misma. Por lo mismo, como señala este autor, basta con que se adopten medidas suficientes para evitar una eventual reiteración.

#### b) Circunstancias agravantes

En cuanto a las *circunstancias agravantes* de la responsabilidad penal en el ámbito de la persona jurídica, se ha contemplado en el art. 7 de la Ley la circunstancia de haber sido condenada la persona jurídica, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

Como en el caso español, se trata de una reincidencia específica, en tanto, si bien

---

<sup>949</sup> En ese sentido la redacción que se utiliza en el Anteproyecto de Código Penal 2013 de al regular el alcance de los "debidos controles" parece la más acertada. Al respecto señala que "*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, ello será valorado como circunstancia a los efectos de atenuación de la pena*".

<sup>950</sup> OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 14

<sup>951</sup> Incluso señala el OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, en p. 14, que si se trata de un juicio oral, se podrá configurar la atenuante hasta después de la audiencia de preparación del mismo.

<sup>952</sup> PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012, p. 72.

más restringida que en aquél, se exige que la condena anterior sea por el mismo delito que el que se enjuicia<sup>953</sup>. La norma fue objeto de críticas y algunos actores del sistema proponían que esta reincidencia tuviera carácter genérico, atendido que un mismo defecto organizativo puede dar lugar a infracciones reiteradas de distinto tipo y no sólo de la misma especie<sup>954</sup>. Cabe señalar, sin embargo, que los esfuerzos que implican configurar una sistema de prevención de delitos no pueden tener un ámbito infinito de detección y prevención de riesgos. Ciertamente debe tratarse de un ámbito de riesgos que estén en la órbita de desarrollo de la actividad empresarial, razón por la cual, la reincidencia específica es la que más se aviene con tal criterio, en tanto revela que la deficiencia no ha sido subsanada y por ello ha podido dar origen nuevamente a infracciones de la misma especie.

Por otro lado, como señala el Oficio n° 440, se establece un plazo de cinco años para que pueda alegarse la reincidencia, con lo que no se ha tenido en cuenta los plazos de prescripción diferenciados que existen en el sistema penal chileno, que otorga uno de prescripción de quince años para los crímenes, mientras que de cinco años para los simples delitos. Frente a ello, a efectos de la alegación de la reincidencia sólo se tendrá en cuenta el plazo de cinco años<sup>955</sup>.

---

<sup>953</sup> Respecto de lo que se entiende por reincidencia específica, la doctrina ha estimado que se trata de infracciones a un mismo bien jurídico. Sin embargo, se trata de una cuestión que ha dado lugar a debate. Ello se ha producido a nivel jurisprudencial, puesto que los tribunales le han dado una contradictoria interpretación a la reincidencia específica contenida en el art. 12 circunstancia 16ª, referida a las personas físicas. Así, ha considerado que muchos delitos no protegen un solo bien jurídico sino varios. En detalle véase, POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, op. cit., pp. 466ss. Sin perjuicio de lo anterior, dado el escaso número de delitos contemplados en la Ley n° 20.393, tal problema interpretativo debería ser menor.

<sup>954</sup> Así lo señaló el Ministerio Público, en el informe presentado durante la tramitación del proyecto de ley. En él sostuvo que el ámbito de acción en que se produce el riesgo o daño por parte de la persona jurídica, puede servir como fundamento para el establecimiento de dos tipos de agravantes: una agravante de reincidencia genérica, por haber sido anteriormente condenada la persona jurídica por cualquier delito, y una agravante de reincidencia específica, por haber sido condenada por el mismo delito, como prescribía el proyecto de ley. El Ministerio Público fundó su postura en el hecho de que el incumplimiento reiterado de los modelos de prevención de delitos, en beneficio de la propia empresa, constituye una misma conducta que se reitera independiente del delito que se hubiere cometido y, en consecuencia, no se vislumbra una razón para limitar la agravante sólo a aquellos casos en los que se hubiere cometido el mismo delito anteriormente. Afirmó también que el título en virtud del cual se imputa un delito determinado a la persona jurídica, es el mismo, sea cual sea la figura penal. Al respecto cabe señalar que reconociendo que la conducta es la misma, esto es, el defecto que propicia el delito en cuestión, esa falta de control no puede extenderse infinitamente, sino que debe estar delimitada al ámbito en que desarrolla su actividad la empresa. En consecuencia, no se trata de cualquier riesgo que acontezca sino de aquéllos que se encuentran dentro del ámbito de cobertura de la empresa. La norma, sin embargo, no dio lugar a mayor debate durante su tramitación, por lo que, aparte de modificaciones formales, se mantuvo en los mismos términos en que fue presentada.

<sup>955</sup> Respecto de la forma en que operará la reincidencia en la agravación de la pena, el legislador ha dispuesto en el art. 16 de la ley que, de concurrir la agravante y ninguna atenuante, las penas de los simples delitos se aplicarán en su grado máximo y en el caso de los crímenes se aplicará la pena en su máximo o bien la disolución de la entidad o cancelación de la personalidad jurídica. Y si concurrieren varias atenuantes con la agravante, entonces el juez procederá a su compensación racional con alguna de las atenuantes

## 2.2. Penalidad

La Ley n° 20.393, en las disposiciones siguientes se encarga de establecer la penalidad que corresponde aplicar a las personas jurídicas en caso de ser declaradas responsables de alguno de los delitos expresamente previstos en la misma.

Al respecto se han contemplado en el art. 8 las siguientes *penas principales*: a) la disolución, cuya aplicación es restrictiva; b) la prohibición de celebrar contratos con el Estado; c) la pérdida de beneficios fiscales y la multa. A ellas se agregan tres *penas accesorias*, que son tratadas en el art. 13 de la ley: a) la publicación de la sentencia, b) el comiso y c) el entero en arcas fiscales –esto es, pago al fisco- de las cantidades equivalentes a la inversión realizada. El legislador ha dispuesto que el juez podrá aplicar una o más de las referidas penas principales y siempre irán acompañadas de las penas accesorias.

En cuanto a su relación con la penalidad contemplada en la legislación española, es claro que la contenida en la legislación chilena es mucho más limitada. Así, por ejemplo, en la legislación chilena no se han contemplado sanciones como las contenidas en las letras c), d), e) y g) del art. 33.7 CP, relativas a la suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición futura de realización de actividades en las que se hubiera cometido el delito e intervención judicial, respectivamente. Tal cuestión, estimo, limita también la posibilidad del juez chileno de elegir entre aquellas sanciones que resultan más adecuadas a la realidad organizativa, de funcionamiento, giro, etc., de la empresa. El principio de igualdad, entendido en sentido material, obliga a tener en cuenta las particularidades del sujeto que justifican una intervención penal diferenciada en función del caso, considerando especialmente la función distinta que jugará la pena en uno y otro caso, así como la necesidad de pena.

### a) La disolución o cancelación de la personalidad jurídica

Respecto de la *disolución o la cancelación de la personalidad jurídica*, el legislador ha establecido una doble limitación en su aplicación.

Primero, resulta restringida su aplicación en función de los sujetos responsables penalmente. Así, señala el art. 8 que la sanción de disolución no podrá ser aplicada a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas privadas que realicen una actividad de relevancia social o más propiamente, a "*las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad*". Una segunda limitación viene dada por el tipo de delito de que se trate y por la concurrencia de la agravante de reincidencia o de reiteración. Por tanto, la disolución sólo se aplicará a personas jurídicas que no sean empresas del Estado o aquéllas que cuya utilidad sea relevante socialmente, y sólo cuando se trate de crímenes (los más graves atendida la pena que tienen asignada, de acuerdo al art. 3 del Código Penal) reiterados<sup>956</sup>. Se aplicará, por tanto, únicamente al delito de

---

<sup>956</sup> Debe ser aclarado, en este punto, las diferencias que existen en el sistema chileno entre reiteración y

asociación ilícita para lavar dinero, contemplado en el art. 27 de la ley 19.913, por ser el único que tiene asociada una pena de crimen<sup>957</sup> en la Ley n° 20.393.

Una posibilidad análoga se prevé para las personas jurídicas sin fines de lucro -que también pueden ser declaradas responsables según esta ley-, cual es la *cancelación* de la personalidad jurídica. El legislador ha dispuesto que, ordenada la disolución, deba nombrarse un liquidador que se encargue de concluir con las actividades de la persona jurídica, cumplir con las obligaciones de la empresa y repartir el remanente entre los socios, accionistas, dueños o propietarios a prorrata de sus participaciones. Puede el juez también, de estimarlo necesario, y si ello resultara conveniente para los intereses sociales, vender todo o parte del activo de la empresa como "unidad económica" (esto es, como un todo indivisible) en subasta pública y al mejor postor<sup>958</sup>.

b) La prohibición de celebrar actos y contratos con los organismos<sup>959</sup> del Estado (art. 10)

Se corresponde ésta con una de las prohibiciones contempladas en el art. 33.7 CP español, letra f)<sup>960</sup>, que contiene un conjunto de penas de inhabilitación<sup>961</sup>: a) la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas; b) inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (que se condice con la pena contemplada en el número 3 del art. 8 de la ley chilena), y c) la de contratar con el sector público. De todas, sólo esta última pena coincide con la contemplada en el art. 8 y 10 de la Ley chilena.

---

reincidencia, pues mientras la reincidencia de la persona jurídica es concebida como agravante especial para todos aquellos casos en que ha existido una condena dentro de los cinco años anteriores por el mismo delito, la reiteración, en cambio, actúa a nivel meramente procesal, para aquellos casos en que existe repetición de delitos en un mismo juicio. Sobre el contenido y alcance de la reincidencia señala CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 504 "Existe reincidencia cuando el sujeto que ha sido condenado por uno o más delitos incurre, después de ello, en otra u otras conductas punibles. La interposición de la sentencia condenatoria entre el o los delitos cometidos antes de ella y el o los que se ejecutan con posterioridad, constituye la diferencia esencial entre la reincidencia y la reiteración...".

<sup>957</sup> Las penas de crimen en Chile, en lo que a privación de libertad se refiere, comienzan en 5 años y un día. Véase, en este sentido, el art. 56 del Código Penal.

<sup>958</sup> Estas modificaciones fueron introducidas durante la tramitación del proyecto de ley en el Senado y tuvieron como fin proteger los intereses de las partes más débiles de la empresa como, por ejemplo, los empleados, ante la preocupación manifestada por los parlamentarios en torno a la desprotección a la que podrían verse expuestos por una sanción de tal gravedad. Véase al respecto, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 273ss., en *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>959</sup> Cabe precisar que el Ejecutivo chileno presentó, en su oportunidad, un texto en el que se hablaba de "órganos de la Administración del Estado" y no organismos del Estado como aparece en la redacción final. Dicha modificación, introducida durante la tramitación, obedeció a la intención, manifestada por los parlamentarios, de ampliar la prohibición de actuar como proveedor de bienes y servicios a todos los órganos del Estado y no sólo a la Administración. Véase el Informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, en *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>960</sup> Referida, como señala la norma citada, a la "Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años".

<sup>961</sup> En el mismo sentido ZUGADÍA ESPINA, J. M, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 130, quien agrega que se trata de un grupo de penas de inhabilitación "administrativas".

En términos generales, lo que se impone a través de esta sanción es la pérdida de la posibilidad de erigirse en proveedor de bienes y servicios de Estado, por lo que las consecuencias económicas para aquellas empresas que se dediquen a ese giro serán importantes, y en algunos casos podrían comportar la muerte *de facto* de la empresa, si su único receptor fuera algún o algunos de los organismos del Estado. Aunque no se han impuesto restricciones como las previstas para la disolución, esta sanción puede ser aplicada de manera perpetua o temporal, contemplándose, en este último caso, su graduación en tres tramos<sup>962</sup>. La prohibición rige a partir de la fecha de la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia y deberá comunicarse a la Dirección de Compras y Contratación Pública, que deberá mantener un registro actualizado de las personas jurídicas condenadas a esta sanción.

Lo que se busca a través de esta pena, no es el detrimento económico -que se logra a través de sanciones como la multa-, sino una finalidad preventivo especial que alcance a la persona jurídica comprometida con la comisión de delitos, a la que se intenta alejar de la actividad o intereses estatales. En ese sentido, se desvincula a la persona jurídica que ha cometido delitos de las actividades estatales aunque, como ya he dicho, habrá casos en los que, por ser la única o principal actividad de la empresa, puede resultar una sanción altamente gravosa desde el punto de vista económico<sup>963</sup>.

c) La pérdida total o parcial de beneficios o prohibición absoluta de percepción de los mismos por un período determinado

Se gradúa también esta pena en función del porcentaje de los beneficios que perderá la persona jurídica por su imposición<sup>964</sup>.

Esta sanción se corresponde también con una de las contempladas en la letra f) del art. 33.7 CP español, en la parte referida a la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Regulada en el art. 11 de la Ley, se establece el alcance que deberá tener la sanción al señalar que: "*Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza*". Asimismo, se dispone que de no ser la persona jurídica receptora de tales beneficios, se podrá

---

<sup>962</sup> En su grado mínimo de dos a tres años, en su grado medio de tres años y un día a cuatro años; y en su grado máximo de cuatro años y un día a cinco años.

<sup>963</sup> En el mismo sentido, ZUGADÍA ESPINA, J.M, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 130.

<sup>964</sup> De esta forma el art. 11 señala que la pena se aplicará en su grado mínimo cuando se imponga la pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal; en su grado medio cuando la pérdida se imponga del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio y en su grado máximo cuando se imponga del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

imponer la pena hacia el futuro impidiendo que la misma los perciba durante un período de entre dos a cinco años desde que la sentencia se encuentre ejecutada. Como forma de asegurar su cumplimiento se dispone que deberá comunicarse la sentencia a los organismos estatales pertinentes a fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado<sup>965</sup>.

La sanción no contempla la restitución de los beneficios que ya hubiere obtenido la persona jurídica, ya que la misma sólo opera hacia el futuro, aunque si los mismos hubieran sido obtenidos serán restituidos a través de las penas accesorias que se contemplan en la Ley o bien, por vía de responsabilidad civil<sup>966</sup>.

#### d) La multa

Por último, al igual que en la legislación española, se ha contemplado la *multa*, regulada en el art. 12 de la Ley como pena principal. Se ha graduado también esta sanción atendiendo al monto a imponer, que podrá ir desde doscientas a veinte mil unidades tributarias mensuales (UTM) -unidad de cuenta utilizada para referenciar el pago de la multa-<sup>967</sup>.

Cabe señalar, respecto de los montos que, aunque los mismos parecen bajos fueron, durante la tramitación del proyecto de ley, aumentados tomando en consideración las sanciones pecuniarias que en el ámbito administrativo son impuestas a las entidades colectivas, a fin de que estuvieran en consonancia con éstas<sup>968</sup>. La razón del aumento, como bien señala MATUS<sup>969</sup>, se debió a la consideración de que la multa es la principal

---

<sup>965</sup> La norma dispone además que "El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley N° 19.862 les encomienda administrar".

<sup>966</sup> Véase, en este sentido, el Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 277s., en *Historia de la Ley n° 20.393*. Por ser extrapolable a la sanción aquí tratada resulta aplicable lo señalado por GALLEGO DÍAZ, M. "Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español" en *Revista Penal*, n° 31, enero 2013, p. 93, en el sentido de que se trata de una "pérdida de derechos". Ello, por cuanto, se limita al derecho a concurrir a determinados beneficios económicos y porque, al tratarse de una sanción que opera hacia el futuro, las cantidades obtenidas no serán restituidas y sólo podrán ser recuperadas en sede de responsabilidad civil *ex delicto*.

<sup>967</sup> La multa en su grado mínimo va desde 200 a 2000 UTM; en su grado medio de dos mil una a diez mil UTM, y en su grado máximo desde diez mil una a veinte mil UTM. Cabe señalar que la Unidad Tributaria Mensual es una unidad de cuenta utilizada para efectos tributarios y para fijar la multa, y que se actualiza en función de la inflación. De esta forma, la multa podría ir desde los catorce mil euros a un millón trescientos mil euros, aproximadamente.

<sup>968</sup> Véase al respecto el Informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, p. 279s., en *Historia de la Ley n° 20.393*. Por otro lado, debe hacerse presente que durante la tramitación del proyecto el profesor Jean Pierre Matus presentó un informe a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el primer trámite legislativo, en el que propuso una configuración de la sanción de multa que fue, posteriormente, considerada para la reformulación final de la disposición que la contenía. En detalle véase MATUS ACUÑA J. P., "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357", *Ius et Praxis*, n° 2, 2009, p. 303.

<sup>969</sup> *Loc. cit.*

sanción prevista en general en los instrumentos internacionales que se refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas, por lo que debe resultar eficaz y disuasiva para la persona jurídica, evitando con ello que pueda ser considerada un coste del funcionamiento ordinario de la empresa.

Se ha dispuesto además que pueda imponerse la pena de la multa por parcialidades en atención de dos factores: a) en los casos en que pueda peligrar la continuidad del giro de la persona jurídica condenada, o b) cuando lo aconseje el interés social. En tales casos el Juez puede fraccionar el pago de la multa en un plazo máximo de 24 meses<sup>970</sup>.

Cabe señalar que, a diferencia del sistema español y los sistemas comparados, la pena de multa no es la principal sanción a imponer. Sin perjuicio de ello, en el caso chileno, la multa, tal como ocurre con las demás sanciones a excepción de la disolución, es contemplada tanto para los crímenes como para los simples delitos, como se verá a continuación<sup>971</sup>.

#### d) Penas accesorias

Se han contemplado también *penas accesorias* en el art. 13 de la Ley. Tales son la publicación de un extracto de la sentencia, el comiso y el "entero" en arcas fiscales de la inversión realizada.

El *comiso*, cubre el producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo<sup>972</sup>. Además del comiso, se contempla también como pena accesoria el *entero en arcas fiscales* de una cantidad equivalente a la inversión realizada. La referida sanción tiene como objetivo que en aquellos casos en que el delito no haya generado beneficios directos sino gastos, igualmente deba, como señala MATUS, pagarse

---

<sup>970</sup> Como en otras sanciones se ha dispuesto también que la sentencia sea puesta en conocimiento de un organismo público, en este caso, la Tesorería General de la República, a fin de que ésta se encargue de su cobro y posterior pago.

<sup>971</sup> Agrega en ese sentido MATUS ACUÑA, J. P., "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357", op. cit., p. 303, que "Al mismo tiempo, su imposición debe favorecer la reparación del daño causado, cuando se produzca, y permitir la adecuada distinción entre delitos de diversa gravedad, sea en su calificación jurídica (crímenes o simples delitos, sea en su dañosidad social concreta)". Esa fue, justamente la opción que, finalmente, se adoptó en la regulación de la multa.

<sup>972</sup> Nótese que el comiso contemplado para las personas físicas en el art. 21 del Código Penal es un tanto más restringido, limitándose a los instrumentos y efectos del delito. Por otro lado, la fórmula que había sido presentada por el Ejecutivo en el Mensaje establecía que el comiso cubriera las ganancias del delito. Tomando en consideración los aportes de MATUS ACUÑA, J. P., "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357", op. cit., p. 304, se modificó la regulación de dicho comiso, pues como señalaba el autor, la expresión "ganancias" podría dar lugar a un debate en torno a su interpretación, esto es, como ingresos obtenidos menos gastos para obtenerlos, además de que la misma podría hacer entender "la actividad delictiva como una suerte de "inversión" de bajo riesgo, limitada exclusivamente por las "ganancias" que se obtengan". En este sentido agregaba que la fórmula escogida por el Ejecutivo parecía "permitir cometer delitos, sin mayor costo, siempre que uno "renuncie" a las "ganancias", es decir, sin siquiera perder lo "invertido" en ello, con lo cual el riesgo es mucho menor que en cualquier actividad económica normal".

el "costo de la inversión o gastos realizados para delinquir"<sup>973</sup>. Se trata, por tanto, de una sanción importante y novedosa. De esta forma la disposición señala que "(e)n los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada".

Por último, también se ha dispuesto como pena accesoria la *publicación de un extracto de la sentencia*, en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional, a costa del propio condenado. Esta pena, resulta de especial relevancia para las empresas, por cuanto si bien puede no significar una merma económica directa, existe una afectación de la imagen corporativa<sup>974</sup>, lo que podría significar daños significativos, tanto a nivel de intangibles de la empresa como económicos a mediano y largo plazo.

### 2.3. Criterios para la determinación de la pena

En los art. 14, 15, 16 y 17 de la Ley se recogen diversas normas que regulan la determinación legal de la pena, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, así como de determinación judicial de la pena.

Por una parte, se dispone una escala general en el art. 14 de la Ley. A los crímenes son aplicables: a ) la disolución de la persona jurídica o la cancelación de la personalidad jurídica; b) la prohibición de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado en su grado máximo -entre 4 años y un día a cinco años- a perpetuo; c) la pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo -sesenta y un a cien por ciento- o prohibición absoluta de recibirlos -si no los estuviera percibiendo ya- de tres años y un día a cinco años, y la multa en su grado máximo -de diez mil y una a veinte mil UTM-.

Para los simples delitos se contemplan: a) las penas de prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado en su grado mínimo a medio -entre dos a cuatro años-; b) la pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio -entre el veinte y el setenta por ciento del beneficio- o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años, y multa en su grado mínimo a medio -de doscientas a diez mil UTM-. Todas las penas ya sea de crímenes o de simples delitos, irán acompañadas de las accesorias antes analizadas.

En atención a lo anterior y de acuerdo con el art. 15 de la Ley, a los delitos de cohecho a funcionario público nacional (del art. 250 del Código Penal chileno); de cohecho a funcionario público extranjero (del art. 251 bis del Código Penal chileno) y de financiamiento del terrorismo (del art. 8 de la Ley 18.314 del Código Penal chileno) se les aplicarán las penas de los simples delitos, mientras que tratándose del delito contemplado en el art. 27 de la Ley n° 19.913 sobre conductas constitutivas de lavado de activos, se le aplicará la pena contemplada para los crímenes<sup>975</sup>.

---

<sup>973</sup> *Loc. cit.*

<sup>974</sup> En el mismo sentido, OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 17.

<sup>975</sup> El criterio seguido es la aplicación de penas que resulten proporcionadas en comparación con aquellas que se aplican a las personas físicas en relación con los mismos delitos, como manifestaron los



Por su parte, el art. 16 de la Ley se encarga de la determinación de la pena en función de la concurrencia de *circunstancias modificativas* de la RPPJ, que varía de acuerdo a si se trata de atenuantes y la agravante de reincidencia o sólo de unas u otra, de un modo similar a lo establecido en el art. 65 del Código Penal chileno respecto de las personas físicas<sup>976</sup>.

Por último, se han contemplado además en el art. 17 de la Ley ciertos factores que deberá el juez o tribunal tener en consideración para la *determinación judicial de la pena* a imponer a la persona jurídica, debiendo dejar constancia pormenorizada en la sentencia de la concurrencia de los mismos.

Los criterios que deberá atender el juez en la determinación de la cuantía y selección de la naturaleza de las penas a imponer atienden a: a) los montos de dinero involucrados en la comisión del delito; b) el tamaño y naturaleza de la persona jurídica; c) la capacidad económica de la persona jurídica; d) el grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual; e) la extensión del mal causado y, f) la gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Este último criterio relativo a las consecuencias sociales y económicas o los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, se condice con la contemplada en la letra b) del art. 66 bis CP español, que se refiere a las consecuencias económicas y sociales y, especialmente a los efectos para los trabajadores, de la imposición de la pena. Sin embargo, en el caso chileno, se extiende además del ámbito interno de la empresa, a los efectos de la pena para el conjunto de la comunidad, cuando se trate de

---

representantes del Ejecutivo durante la tramitación de la ley. Véase en este sentido, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 285, en *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>976</sup> De esta forma se establece que: de concurrir una sola circunstancia atenuante y no concurriendo la agravante se aplicará, en el caso de los simples delitos, sólo dos de las penas contempladas en el art. 14 y una de ellas debe imponerse en su grado mínimo, en el caso de los crímenes se aplicarán dos de las penas contempladas en el art. 14 en su *mínimum*, si procediere. La referencia que se hace en la ley al *mínimum* y al *máximum*, que se verá a continuación, se relaciona con la posibilidad de que una pena consista en un grado de una divisible, caso en el cual, de acuerdo al art. 67 del Código Penal aplicable a las personas físicas, deberá dividirse el grado, siendo la parte superior el *máximum* y la mitad inferior el *mínimum* de la pena. Por tanto, en el caso anterior una de las penas contempladas para los crímenes podría ser la pérdida de beneficios en su grado máximo. Así, la pena consiste en un grado de una pena divisible, por lo que deberá dividirse y aplicarse, en el caso en concreto, en su *mínimum*, es decir, en su mitad inferior. La no explicitación del significado y alcance de tales expresiones en la propia ley, hace necesario su entendimiento en conformidad a la referida norma del Código Penal. Por otro lado, la referencia que se hace a "si procediere", responde a que una de las penas que puede aplicarse será la de disolución, caso en el cual no será posible aplicar "dos de las penas" contempladas en el art. 14. Si concurre la agravante y ninguna atenuante, entonces en el caso de los simples delitos, se aplicarán todas las penas en su grado máximo y en el caso de los crímenes se aplicarán las penas en su *maximum* si procediere, o la disolución o cancelación de la personalidad jurídica. Para el caso de que concurrieren dos o más circunstancias atenuantes y no concurriera la agravante, para los simples delitos el tribunal aplicará sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Y si se tratare de un crimen aplicará dos penas de las contempladas para los simples delitos. Por último, si concurrieran varias atenuantes y también la agravante, entonces el tribunal deberá compensar racionalmente esta última con alguna de las atenuantes, debiendo ajustar las penas conforme a las reglas anteriores.

determinadas empresas del Estado o de aquellas que presten un servicio de utilidad pública, como por ejemplo, empresas privadas de distribución de agua. No pasa lo mismo con los otros dos criterios utilizados en el art. 66 bis CP español, por cuanto ni el puesto en la estructura jerárquica ni la necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva, están presentes en la legislación chilena.

En cambio, a diferencia de la legislación española, la Ley chilena, contempla los montos involucrados en la comisión del delito, cuestión no baladí cuando estemos en presencia de cohechos a funcionarios en los que las sumas de dinero destinadas al pago por ciertas contraprestaciones pueden ser astronómicas. Por otro lado, se contempla también el tamaño y la naturaleza de la persona jurídica. No resulta para nada clara la utilización de la expresión "naturaleza" de la persona jurídica. Al parecer la cuestión que se ha querido abordar es que el Juez o Tribunal considere ciertos aspectos que pudieran ser relevantes, como el tipo de empresa de que se trata, entendiéndose con ello también el giro o ámbito de desarrollo de su actividad. Todo ello, en el entendido de adecuar la sanción a la forma y ámbito al que se dedica la empresa, para lograr con ello un mayor rendimiento de la pena en relación a su fin preventivo especial.

Otras consideraciones parecen inspirar el criterio de la capacidad económica de la empresa, que parece dirigido a que el Juez o Tribunal tenga presente la necesidad de valorar las consecuencias para terceros de la imposición de la pena, incluyendo a los accionistas minoritarios y a los trabajadores.

El último criterio consistente en el grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual impone, en mi opinión, ciertas consideraciones. En efecto, estas reglas técnicas -normativas o de habitual observancia- que rigen en el ámbito al que se dedica la empresa, deberán ser consideradas por el Juez para valorar la idoneidad del modelo de prevención de delitos. Es claro que, para determinar cuáles son los deberes de control y vigilancia propios de la empresa, deberá tenerse a la vista si existen normativas o reglas que rigen la actividad. Dado que el sistema de atribución de responsabilidad chileno contempla expresamente la acreditación de la existencia de controles preventivos de comisión de delitos, el Juez sólo deberá valorar lo que ya ha debido ser acreditado.

Por último, también se ha contemplado la extensión del mal causado. La norma prevista en el proyecto de ley se refería a "daño causado", sin embargo, atendiendo las opiniones que señalaban que algunos de los delitos incluidos en el catálogo de la Ley eran delitos de peligro, de exigirse el daño no sería apreciable respecto de ellos. En razón de lo anterior, se optó por una expresión más amplia que no obligara a la determinación concreta del daño.

#### **2.4. Consecuencias de las posibles transformaciones de la persona jurídica**

Se ha incluido también una norma destinada a regular, en el art. 18 de la Ley, las posibles transformaciones que puedan afectar a la persona jurídica. La norma, sin embargo, ha

utilizado la inadecuada expresión "transmisión"<sup>977</sup> para referirse a la responsabilidad que pasa a las entidades resultantes, luego de efectuadas las modificaciones de la entidad.

Las legislaciones española y chilena se refieren a los mismos supuestos de modificación de la sociedad y en ambos casos se señala que la responsabilidad se trasladará a la entidad o entidades resultantes de la misma. Sin embargo, en el caso chileno nuevamente se utiliza incorrectamente la expresión "transmisión" para referirse a dicho traslado de responsabilidad. El proyecto de reforma establecía con mayor claridad ese traspaso de responsabilidad<sup>978</sup>. En él se señalaba que la responsabilidad "persistiría" respecto de las entidades resultantes.

La disposición chilena difiere de la española en cuanto esta última opera a partir de una regla general que deberá ser adaptada a cada caso concreto por el Juez o Tribunal, cuidando de guardar la debida proporcionalidad en la aplicación de la sanción en relación con la parte que le corresponde de la entidad original. En cambio en el caso chileno, se entregan pautas al juez para la aplicación de cada sanción, atendida su naturaleza.

De tratarse de la pena de multa, la persona jurídica resultante de la transformación, fusión o absorción responderá del total de la cuantía. Sin embargo, en caso de escisión o división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables.

En los casos de disolución de común acuerdo, tratándose de entidades con fines de lucro, la multa se trasladará a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado. Se trata éste de un supuesto no contemplado en la legislación española y que ha dado lugar a algún debate sobre las consecuencias de una disolución voluntaria. En el caso chileno, la cuestión es resuelta en el sentido de trasladar la responsabilidad por la multa a quienes hayan sido socios o partícipes de la entidad en el capital, pero imponiendo el límite más arriba señalado.

Tratándose de cualquier otra pena el Juez deberá valorar su conveniencia, atendiendo sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

Se agrega, además, que respecto de las entidades sin fines de lucro no podrá

---

<sup>977</sup> Cabe señalar que no era este el título que se utilizó en el Mensaje del Ejecutivo. El mismo se refería a la subsistencia de la responsabilidad penal ante situaciones que alteraban la existencia legal de la persona jurídica. El título utilizado fue, sin embargo, cambiada en el segundo trámite legislativo, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, como consta en el Informe de la referida Comisión, p. 289.

<sup>978</sup> Al respecto la norma presentada por el Ejecutivo señalaba: "*Subsistencia de la responsabilidad penal ante situaciones que modifican la existencia legal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción o división, persistirá la responsabilidad derivada de los delitos anteriores al momento de la modificación, en la persona jurídica o personas jurídicas resultantes si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. 1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes son responsables solidariamente del pago de la misma. 2) En los casos de disolución o cancelación, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera asignado. 3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia. Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.*"

solicitarse ni concederse la autorización para su disolución por la autoridad competente desde que se haya formalizado por el Juez la investigación penal en su contra hasta que la sentencia absolutoria se encuentre cumplida.

## 2.5. Consecuencias accesorias

Por último, también se ha contemplado la aplicación de *consecuencias accesorias* pero con un ámbito distinto de aplicación que el previsto en la legislación española.

En primer lugar, las consecuencias accesorias se aplican en la legislación chilena respecto de entidades que poseen personalidad jurídica, al contrario de la legislación española que, en la actualidad, sólo las prevé para los entes carentes de dicha personalidad jurídica. En segundo lugar, estas consecuencias acompañan sólo al tipo genérico de asociación ilícita contemplado en el art. 292 del Código Penal chileno y al tipo específico de asociación ilícita para el blanqueo de capitales del art. 28 de la Ley n° 19.913. Por tanto, se trata de una aplicación restrictiva en atención al tipo de delitos a los que se aplica la asociación ilícita, que opera en el ámbito social y económico.

En ambos casos la consecuencia accesoria aparece en la determinación legal de la penalidad fijada para la figura respectiva. Así, se introduce en el inciso 2° del art. 294 del Código Penal que fija reglas de penalidad en relación con el art. 292 del mismo cuerpo normativo que regula la asociación ilícita general; y en la figura especial de asociación ilícita para el blanqueo de capitales, en el art. 28 de la Ley n° 19.913.

Nótese que el legislador ha recurrido a la frase "*cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica*" con lo que se deja claro, de un modo similar a la forma en que opera el levantamiento del velo, que en realidad se ha utilizado la forma de la persona jurídica por parte de una entidad formada con el propósito de delinquir para operar en el ámbito social y económico y no guarda, en consecuencia, relación alguna con aquéllas que tienen una finalidad lícita y funcionan amparadas por el Derecho, aún cuando posea tal personalidad. Por ello, la sanción se aplica en realidad a los responsables individuales a los que se adiciona la medida accesoria de disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

Se trata, por tanto, de una sanción impuesta a los integrantes de una organización delictiva. En tal contexto, la consecuencia accesoria lo es de la pena impuesta a los responsables individuales, del mismo modo en que se han contemplado las consecuencias accesorias del art. 129 CP español. Lo que parece estar latente en la aplicación de consecuencias accesorias de la legislación chilena, es la instrumentalización que se hace por parte de una organización delictiva, es decir, por terceros para la infracción de las normas, lo que diferencia este régimen sustancialmente de la RPPJ, por cuanto en este último la infracción ocurre por un hecho inherente a la organización y funcionamiento mismo de la empresa. En consecuencia, no se puede hablar, en este último caso, de utilización por terceros<sup>979</sup>.

---

<sup>979</sup> Lo dicho parece ser mucho más manifiesto cuando se trata de organizaciones complejas, como señala

## CAPÍTULO II. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE

### 1. La común opción por el modelo de responsabilidad acumulativa

Tal y como lo establecen numerosos instrumentos internacionales y sistemas comparados, las legislaciones española y chilena han consagrado un sistema de RPPJ que se *acumula* a la responsabilidad penal de la persona física. Lo anterior implica que se ha buscado evitar que la responsabilidad de la persona jurídica conlleve una elusión de la averiguación y establecimiento de las responsabilidades individuales que correspondan a personas físicas que han actuado en el marco de la primera<sup>980</sup>.

Esta característica, que se da en ambas legislaciones, ha sido reiterada y reclamada, por ejemplo, en las Decisiones Marco que señalan, en general, que esta responsabilidad es *acumulativa* respecto de la de la persona física que hubiere cometido materialmente el delito<sup>981</sup>. Asimismo, el *Corpus Iuris* establece en su art. 13 que las responsabilidades de las personas físicas y las de la colectividad serán concurrentes o *acumulativas*, por lo que la concurrencia de una no podrá excluir a la otra<sup>982</sup>. El Proyecto de 2007 español contempló la responsabilidad acumulativa de forma explícita, siguiendo los parámetros comunitarios. También en el caso de Chile, se ha seguido la tendencia internacional plasmada en los respectivos instrumentos internacionales que le han servido de fuente para la consagración de dicha responsabilidad penal<sup>983</sup>.

La necesidad de explicitar esta cuestión, tanto en el sistema español como en el chileno, proviene a mi juicio de cierto grado de accesoriedad presente en la responsabilidad de la persona jurídica respecto del hecho de referencia cometido por la persona física.

---

NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 35.

<sup>980</sup> En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 97.

<sup>981</sup> Así, por ejemplo la Decisión Marco 2005/667 JAI, señala en el art. 5.3 que "*La responsabilidad de las personas jurídicas (...) se entenderá sin perjuicio de las actuaciones penales contra las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices en las infracciones...*". En el mismo sentido se plantea la Decisión Marco 2004/757 JAI que en su art. 6.3 señala "*La responsabilidad de las personas jurídicas (...) no excluye la incoación de actuaciones penales contra las personas físicas que hayan cometido o inducido a la comisión de alguno de los delitos (...) o que hayan participado en ellos en calidad de cómplices*". Una norma similar se contiene en el art. 6.3 de la Decisión Marco 2003/568 JAI; en el art. 6.3 de la Decisión Marco 2004/68 JAI; en el art. 7.3 de la Decisión Marco 2002/475/JAI y en el art. 8.3 de la Decisión Marco 2000/383/JAI.

<sup>982</sup> Así señala el art. 13.2 que "*La responsabilidad penal de las agrupaciones no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos*".

<sup>983</sup> Así, la Convención contra la Corrupción de la ONU establece en su art. 26.3 que "*(d)icha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos*". Una norma similar se contempla en el art. 10.3 en la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, por su parte, señala en su art. 5.2, refiriéndose a la responsabilidad que le pudiere haber a una persona jurídica que "*(s)e incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos*".

En efecto, en la medida en que ambos sistemas requieren de la comisión de un hecho a lo menos típico y antijurídico por parte de la persona física -lo que no se observa en sistemas de responsabilidad organizacional, como el suizo- existe también una determinada vinculación con la empresa. Ello da lugar a una vinculación entre ambas responsabilidades que, posteriormente, se va aclarando y distanciando en la medida en que se exige también un comportamiento de la persona jurídica para configurar su propia responsabilidad penal.

Y es este último argumento el que explica por qué ambas responsabilidades resultan acumulativas, en la medida en que el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica deriva de una conducta que ha propiciado el hecho de referencia cometido por la persona física y que, por tanto, fundamenta la pena. Se trata de deficiencias estructurales o de funcionamiento las que permiten el delito de la persona física, por lo que resulta lógico y, aún más, necesaria la pena de la persona jurídica. Pero, por otro lado, la individualización -en el caso de que ello fuera posible- y su posterior declaración de responsabilidad no podría salvar el defecto propio de la empresa que ha dado lugar al delito. De allí entonces que necesariamente deba perseguirse y determinarse si existen defectos de la propia persona jurídica que justifiquen de manera "propia" su responsabilidad.

En el caso del sistema español la *responsabilidad acumulativa* no ha sido contemplada, sin embargo, de manera expresa. Este punto, que era bastante claro en el art. 31 bis de la propuesta legislativa de 2007, en la que se señalaba expresamente que "*la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas*", no lo es tanto, en la legislación actual. La disposición anterior, que estaba en el apartado 2, fue sustituida por otra que se limita a declarar que será exigible la responsabilidad a la persona jurídica aun cuando la concreta persona física no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella<sup>984</sup>.

No obstante lo anterior, en la medida en que en el apartado 3 del art. 31 bis CP se señala que las circunstancias que afecten la culpabilidad o que agraven la responsabilidad penal de la persona física no excluirán ni modificarán la responsabilidad penal de la persona jurídica, puede concluirse que, indirectamente, se está partiendo de tal premisa de doble incriminación. Otra interpretación, dejaría en una situación absurda a los casos en que se ha identificado al autor físico. En todo caso, la falta de reconocimiento explícito del principio general de acumulación, en mi criterio, se ha debido a que se ha incluido la RPPJ, incluso en los casos en que no se identifique al culpable físico, por lo que la mención expresa a esa responsabilidad *acumulativa*, no resultaría necesaria, pues operaría como un supuesto exigible para que la responsabilidad *directa e independiente* proceda. La cuestión, por tanto, de la independencia de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la de la persona física está íntimamente ligada a la acumulación de esas responsabilidades, como podrá advertirse *infra* en los distintos elementos que configuran la RPPJ.

En el caso de la legislación chilena, la situación es similar, por cuanto no se ha

---

<sup>984</sup> Me refiero al siguiente apartado que estaba en la versión 2007 y que no se encuentra presente en ninguno de los apartados de la actual ley: "2. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas".

contemplado una norma que expresamente señale tal acumulación de responsabilidades, pero al igual que en el sistema español, se ha previsto en el art. 5 de la Ley que la responsabilidad de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar al responsable individual, aunque con condiciones bastante más estrictas, como se verá, que en la legislación española, por lo que lo dicho respecto de la norma del art. 31 bis CP resulta también aplicable en este caso.

En suma, la inclusión de la *responsabilidad acumulativa* resulta vital pues confirma la necesidad de entender que existen fundamentos distintos en la responsabilidad de la persona física y en la responsabilidad colectiva. De esta forma se asegura, además, un mayor reforzamiento de la responsabilidad de las personas físicas, salvando con ello la objeción típica dirigida a la responsabilidad de personas jurídicas en el sentido de desincentivar la responsabilidad individual<sup>985</sup>. En consecuencia, su existencia confirma que no existe intención alguna de evitar la detección y sanción de los responsables físicos, sino la de generar una forma paralela de sanción<sup>986</sup>, atendido que se trata de personas distintas que son juzgadas por su propio hecho<sup>987</sup>. En suma, no se trata de que la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas relaje a las físicas, sin que llegue a ambas el efecto motivador de la norma penal.

Lo anterior, sin embargo, puede matizarse pues, siguiendo a NIETO MARTÍN, cuando se trata de organizaciones muy pequeñas en las que se identifica el autor material con la organización misma -y en el entendido de que las organizaciones colectivas son, finalmente, creaciones humanas en las que el sustrato humano es al que realmente se dirigen las normas-, como es el caso de las empresas unipersonales o familiares, lo cierto es que tal *responsabilidad acumulativa* pudiera resultar excesiva y, en alguna medida, atentatoria contra el principio *ne bis in idem*. Por ello debió ser considerada alguna norma que dispusiera la imposibilidad de aplicar ambas penas en estos casos, o bien, tener en consideración la pena de la persona física a la hora de imponer la respectiva a la persona jurídica<sup>988</sup>.

---

<sup>985</sup> Véase, en este sentido, NIETO MARTÍN, A., *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 328.

<sup>986</sup> Así también lo plantea QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", op. cit. p. 196, aunque refiriéndose al Proyecto de 2007, aplicable, sin embargo, enteramente a la nueva legislación. Al respecto señala que: "*En el sistema ofrecido por el Proyecto siempre subsisten las responsabilidades penales personales de las personas físicas. Se ha dicho, con razón, que de ese modo se evita un riesgo no debidamente valorado por los partidarios de la autorresponsabilidad de las empresas, que es la tentación de **transferencia de responsabilidad a la persona jurídica en la convicción de que es mejor que sufra ésta, y no las personas físicas, las consecuencias penales***". (la negrita, en cursiva en el original).

<sup>987</sup> En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., pp. 281s. Respecto de esta responsabilidad acumulativa el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2009, señalaba que esta norma optaba por eliminar la posibilidad de que el responsable individual y físico resultara indemne por la comisión del delito, siguiendo con ello, las disposiciones del Derecho comunitario. En este sentido señalaba: "*En efecto, según el artículo 31 bis, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas es acumulativa, es decir, no excluye la responsabilidad criminal individual de las personas físicas que hayan delinquido en su seno. Esto concuerda con las disposiciones de derecho comunitario que entienden la responsabilidad de las personas jurídicas sin perjuicio de las actuaciones penales que procedan contra las personas físicas intervinientes en los hechos. En este sentido, **la responsabilidad penal de las personas jurídicas no está pensada para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas como las empresas***". (sin negrita en el original).

<sup>988</sup> Por ello, parece interesante la propuesta de NIETO MARTÍN, A., *La Responsabilidad penal de las personas*

En ese sentido en el sistema español, el segundo inciso del primer párrafo del apartado 2 del art. 31 bis CP –del que, respecto de su ubicación, no queda muy clara su relación con la primera parte del párrafo segundo<sup>989</sup>- regula un supuesto, al que ya se ha hecho mención con ocasión del tratamiento de las sanciones del art. 33.7 CP y que debería atenuar los efectos nocivos recién señalados. Dicha norma establece que, cuando se impusiere la pena de multa a la persona física y a la jurídica por los mismos hechos, deberá ser modulada, en cuanto a su cuantía, a fin de no resultar desproporcionada con la gravedad de los hechos. Esta norma, por tanto, debería ser aplicada por el Juez o Tribunal cuando se presenten casos en que, dada la escasa complejidad de la entidad, el responsable físico se identifique con ella. Frente ello, la modulación de ambas penas, evitará que el responsable físico soporte el peso de la imposición de ambas multas.

## **2. La común opción por el modelo mixto en atención al grado de dependencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto del hecho de la persona física**

### **2.1. Modelos de referencia en Derecho comparado**

En la Segunda Parte se habló de tres modelos básicos que pueden englobar las diversas formas de RPPJ: el modelo de identificación, las distintas formas del modelo vicarial y los modelos de responsabilidad por organización u holísticos. Pero, desde el punto de vista de la dependencia del sustrato humano -y aunque aquellos también lo explicitan- podríamos hablar básicamente de dos modelos: los de responsabilidad por atribución o de heteroresponsabilidad y los modelos de responsabilidad por hecho propio o de autorresponsabilidad<sup>990</sup>. A los anteriores, sin embargo, y siguiendo en este

---

*Jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 329, en torno a la proporcionalidad en la aplicación de sanciones. Así señala que: "1. Cuando la persona jurídica tenga menos de 250 trabajadores, si por la misma infracción ha sido sancionada una persona natural, que posea una parte significativa del accionariado de la empresa, el juez o tribunal podrán renunciar a imponer cualquier medida a la persona jurídica o tener en cuenta la medida impuesta en la medición de la pena del responsable individual".

<sup>989</sup> En efecto, como es posible advertir, en la redacción del actual apartado 2, se precisa que, en caso de no ser posible individualizar al responsable físico o cuando no pueda seguirse adelante con el procedimiento en su contra, igualmente se responsabilizará, si fuere procedente, a la persona jurídica. A continuación la segunda parte del apartado 2 señala la forma en que deberá modularse la cuantía de la multa, cuando existan condenas para la persona física y la jurídica, tal como se explica en el cuerpo de este trabajo. Esta norma, sin duda, no guarda relación con la primera, y es posible que la forma en que quedó redactado el apartado respondiera a que la disposición venía así desde el Proyecto de 2009, presentado por el Gobierno, que sí guardaba lógica con el primer inciso, pues en él se señalaba la responsabilidad acumulativa entre persona física y jurídica.

<sup>990</sup> Como puede apreciarse, se han tomado aquí dos clasificaciones adoptadas en la doctrina española. Por una parte, la realizada por SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Evolución ideológica de la discusión sobre la 'responsabilidad penal' de las personas jurídicas", *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, nº 86-87, 2008, quien distingue entre modelos de responsabilidad por atribución y modelos de responsabilidad por el hecho propio; y, por la otra, la realizada por GÓMEZ-JARA DÍEZ C., "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 08-05, 2006, quien distingue entre modelos de heteroresponsabilidad y de autorresponsabilidad. En los modelos de heteroresponsabilidad o por atribución se parte de la base de que el elemento central son los comportamientos humanos que bajo ciertas condiciones o criterios son atribuidos a la persona jurídica, mientras que en los segundos, esto es, los modelos de autorresponsabilidad o por



punto a NIETO MARTÍN podríamos agregar un tercer modelo *mixto*<sup>991</sup>, que sería aquél que han adoptado, en mi opinión, los ordenamientos español y chileno<sup>992</sup>.

#### a) El modelo de heterorresponsabilidad

Dentro del modelo de heterorresponsabilidad, hallamos las dos variantes ya analizadas: la de "identificación" y la "vicarial"<sup>993</sup>. Unas y otras, presentan como rasgo común la necesidad de verificar un delito de la persona física para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Sin perjuicio de tal similitud, el modelo de identificación resulta ser bastante más restrictivo que el vicarial, en tanto en el primero las únicas conductas que resultan atribuibles a la persona jurídica son las realizadas por los órganos de la misma. En consecuencia, en el sistema de identificación las posibilidades de establecer la responsabilidad de la entidad colectiva resultan más limitadas. Frente a ello, las formas vicariales, permiten la atribución de responsabilidad a la persona jurídica a través de un abanico más amplio de sujetos físicos que realizan funciones en la entidad, incluyendo a

---

hecho propio, no hay transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica. Silva, en todo caso, plantea que en el modelo de heterorresponsabilidad hay transferencia de un "hecho delictivo completo" desde la persona física a la jurídica, lo que en muchos sistemas legales ha sido suavizado con la incorporación de elementos que permiten atribuir a la persona jurídica responsabilidad penal aún cuando no pueda declararse la responsabilidad de la persona física que ha cometido el delito o no pueda identificarse a las mismas, con lo que la transferencia de responsabilidad es menos exigente.

<sup>991</sup> Véase en este sentido, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op.cit., pp. 177s., quien señala que se trata de modelos en los que se combinan el modelo de "imputación vicarial o de transferencia con la culpabilidad de empresa". Al respecto agrega, que habría tres ordenamientos en los que sería posible encontrar este modelo mixto, en Estados Unidos, en Italia y en el modelo español, aunque refiriéndose al presentando en el Proyecto de 2008. La diferencia entre estas legislaciones se basaría en que en Estados Unidos los elementos de responsabilidad propia de la empresa, sólo actuarían a nivel de las sanciones, es decir, que se plantearían sólo en la determinación de la pena, mientras que en legislaciones como la italiana los elementos propios de la empresa, serían capaces de excluir su responsabilidad penal. Como se verá, de una manera similar al sistema italiano, esta ha sido la opción de los sistemas chileno y español.

<sup>992</sup> Respecto de la opción entre la heterorresponsabilidad y la autorresponsabilidad de la legislación española, véase GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad", *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 15, 2011. El autor señala, en p. 189, que se trataría el sistema español de un modelo mixto. En el ámbito de la legislación chilena, también se encuentra en esta posición HERNÁNDEZ BASUALTO, H. "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", op. cit., quien, partiendo de que el contenido del principio constitucional de culpabilidad no puede ser el mismo para la persona física que para la persona jurídica, en tanto, respecto de esta última sólo puede estar referido a la proscripción de la responsabilidad objetiva, estima que el sistema chileno contiene comportamientos propios de la persona jurídica necesarios para el establecimiento de la pena a su respecto.

<sup>993</sup> Una exposición que demuestra su origen histórico y sus diferencias en la Segunda Parte de este trabajo. También pueden consultarse PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., pp. 22ss. En lengua castellana explican de manera general el desarrollo de los sistemas vicariales, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 330ss., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., pp. 43ss.; y NIETO MARTÍN A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 88ss.

aquellos que se desempeñan en niveles más bajos de la jerarquía de la empresa.

Si dirigimos nuestra atención a los países en que han sido implantados los modelos acabados de referir, observamos que el modelo de identificación puede apreciarse en legislaciones tanto del *Common Law* como del *Civil Law*. En el primer caso, se encuentra el sistema británico, cuna precisamente de la teoría de la identificación y de la doctrina del *alter ego*. Pero en el ámbito del *Civil Law* también podrían citarse algunos ejemplos. Es el caso de Francia que ha fundado la responsabilidad de la persona jurídica en el modelo de responsabilidad "*par ricochet*" o por rebote, en el que la presencia del sujeto físico y la comisión de un delito por su parte resulta vital para establecer la responsabilidad penal de la entidad colectiva. También se ha indicado que la OWIG (Ley de Contravenciones al Orden) alemana fundamenta la responsabilidad del ente colectivo para la imposición de la *geldbusse* o multa administrativa, en la teoría de la identificación<sup>994</sup>.

Lo anterior resulta bastante evidente si se analizan, en ambas legislaciones, los sujetos que han sido facultados para transferir la responsabilidad a la persona jurídica, todos los cuales llevan adelante la conducción de la entidad, y respecto de los mismos se expresa que deben haber cometido el delito para que pueda transferirse la responsabilidad a la entidad colectiva<sup>995</sup>.

Por otro lado, lo que puede decirse del modelo de responsabilidad vicarial es, en esencia lo mismo, aunque, como se verá, con ciertos matices. En la responsabilidad vicarial el sustrato humano sigue siendo relevante para la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, en ella se amplía el abanico de agentes que pueden dar lugar a la responsabilidad de la entidad colectiva, introduciendo además criterios que deben ser considerados para la atribución la misma. En concreto, se dan cabida a los fines, el provecho y la actuación dentro del ámbito social de la empresa, aunque el criterio fundamental continúa siendo la actuación de personas físicas. El aspecto más controvertido de este modelo ha sido, sin duda, la ausencia de mecanismos que permitan a la corporación oponer *defenses* frente a la atribución de responsabilidad<sup>996</sup>.

El sistema que mejor encarna este modelo es el federal estadounidense, si bien ha introducido en él ciertos elementos que lo alejan de la ortodoxia del esquema vicarial. Por

---

<sup>994</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Evolución ideológica de la discusión sobre la 'responsabilidad penal' de las personas jurídicas", op. cit., p. 131.

<sup>995</sup> El art. 30 OWIG señala los términos usados por el legislador alemán los que son bastante claros en cuanto a la exigencia de la comisión de un delito o infracción por parte de algunas de las personas que conducen la entidad, posea o no personalidad jurídica. En el caso francés, el art. 121-2 señala expresamente que son las infracciones cometidas por las personas las que dan lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, y ellas deben corresponder a los órganos o representantes de la misma. En el mismo sentido, respecto del sistema acogido por el legislador francés, entre otros, PRADEL, J., "La responsabilidad penal en el Derecho francés", op. cit., p. 665.

<sup>996</sup> En esta medida han intervenido las *Guidelines* o Directrices para imponer sentencias a organizaciones norteamericanas que han dado lugar a la posibilidad de introducir defensas que atenúen la responsabilidad de la empresa. No se trata, por tanto, de la exclusión de la sanción a la empresa, sino más bien de la posibilidad de atenuarla, a través del mecanismo de la "zanahoria y el palo", es decir, introduciendo mecanismos que incentiven a la empresa para introducir programas de prevención de delitos. Al respecto, señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU.*, op. cit., pp. 63ss., que si bien estas directrices no "inmunizan" a la empresa frente a un eventual procesamiento sí le permiten, a través de medidas preventivas, disminuir el "riesgo" de enjuiciamiento.

un lado, ha incorporado mecanismos de atenuación de la sanción<sup>997</sup>. Por otro lado, ha dado cabida a la doctrina de la "agregación" con el fin de posibilitar la sanción de la persona jurídica en todos aquellos casos en donde no es posible determinar el o los sujetos individuales que han realizado el delito.

En general, se han criticado los modelos de heterorresponsabilidad y en especial el de identificación, por cuanto presentan el obstáculo de la individualización de una persona física para la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica. De la posibilidad de proceder a tal individualización depende la viabilidad de la doctrina del *alter ego*, creada en el contexto del modelo de identificación para fundamentar la pena de la organización colectiva, que obra sobre la base de que es posible atribuir la responsabilidad a la organización sobre la base de la voluntad y la culpabilidad de la persona física, consideradas la voluntad y la culpabilidad de la propia persona jurídica, en la medida en que la primera actúa no en su propio nombre sino como instrumento de la entidad.

Otro tanto debe decirse de la doctrina de la "agregación", que si bien surge ante la imposibilidad de determinar el responsable individual, se remite a él en tanto obra sobre la base de una difícilmente imaginable suma de conocimientos y voluntades individuales parciales que vendrían a formar una voluntad y conocimiento supraindividual propio de la persona jurídica<sup>998</sup>.

Relacionadas con la anterior crítica, también se han sumado otras referidas, por un lado, a que dada la necesidad en estos modelos de individualizar al sujeto individual que ha cometido el delito, se produciría una sobreexplotación de las categorías individuales del Derecho penal a fin de dar con el responsable físico. Por la otra, al peligro de incurrir en una suerte de "responsabilidad objetiva", por cuanto, cuando se identifica a la persona física, se produce una ampliación y una atribución casi de manera automática de la responsabilidad a la persona jurídica<sup>999</sup>.

## b) El modelo de autorresponsabilidad

En segundo lugar, el modelo de responsabilidad por el hecho propio o de autorresponsabilidad se identifica con los modelos de responsabilidad organizacional, holísticos o integrales, en los que la atribución de responsabilidad se centra fundamentalmente en los elementos corporativos que han llevado o propiciado la comisión del delito por parte de alguna persona natural que desempeña funciones para la organización colectiva. En éste, conceptos como la "cultura empresarial" o las "deficiencias

---

<sup>997</sup> Tal es el sentido que adquieren las *Guidelines*. Véase la nota anterior.

<sup>998</sup> Esta doctrina es criticada, entre otros, por DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", op. cit., pp. 557s., quien plantea que tanto la doctrina de la identificación como la agregativa, en la medida en que tienen un sesgo antropomórfico, no se adecúan debidamente a la realidad empresarial.

<sup>999</sup> Así señala HEINE, G. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en AA. VV., Gómez-Jara Díez, C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas contemporáneas*, op. cit., p. 33.

organizativas" se transforman en criterios centrales para atribuir responsabilidad a la organización colectiva. Pero, como puede apreciarse, la presencia de las actuaciones individuales, en este modelo, no es obviada de manera absoluta<sup>1000</sup>. Hay, por supuesto, una menor importancia del sujeto individual, pero no se prescinde completamente de él.

En el modelo de responsabilidad por el hecho propio o de autorresponsabilidad, los factores propios de la empresa adquieren una importancia primordial, y son éstos los que se examinan para determinar si han conducido al delito o a lo menos no lo han evitado. No existe, por tanto, una transferencia de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica sino que ésta se funda en la capacidad o incapacidad de la propia entidad para evitar y detectar el delito, pero con ello no se elude que quienes actúan son personas físicas, es más, siempre se requiere un acto penalmente relevante de un sujeto individual<sup>1001</sup>. En tal contexto se encuentran países del *Common Law*, como Australia, y del *Civil Law*, como Suiza<sup>1002</sup>.

Los fundamentos de tal modelo se encontrarían en la necesidad de remediar los problemas que suscita el modelo de heterorresponsabilidad. Así, se adecúa la responsabilidad penal a la propia realidad empresarial a fin de enfrentar situaciones de *irresponsabilidad individual organizada*, en la que la investigación de los individuos responsables "se estrella contra la fachada empresarial", provocando un "déficit de prevención"<sup>1003</sup>, y para hacer frente también a la conformación de las grandes organizaciones empresariales en las que suele presentarse una escisión entre actividad operativa, tenencia de información y poder de decisión<sup>1004</sup>.

La cuestión pasa entonces por el mayor o menor grado de dependencia en los distintos sistemas entre los comportamientos humanos individuales y la responsabilidad de la entidad corporativa. Mientras que en el caso de los sistemas vicariales y de identificación se establece una dependencia total, en aquellos que avanzan hacia una responsabilidad por el hecho propio, la accesoria respecto de las actuaciones u omisiones de las personas físicas es comparativamente menor.

### c) El modelo mixto: especial referencia a los sistemas español y chileno

Una vez explicados los modelos de heterorresponsabilidad y de responsabilidad por hecho propio, toca ahora situar los sistemas español y chileno. Tras el análisis de los

---

<sup>1000</sup> En el mismo sentido, PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 21, quienes plantean que todos los modelos, dependen de la atribución de actos, omisiones, y estados de ánimo individuales a la corporación, pero agregan que los modelos más estrictos rara vez dan lugar a la responsabilidad penal de la empresa.

<sup>1001</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Evolución ideológica de la discusión sobre la 'responsabilidad penal' de las personas jurídicas", op. cit., pp. 133s.

<sup>1002</sup> En el caso de Australia el acento se pone en la "cultura corporativa" de la entidad que propicia o facilita la comisión del delito (arts. 12.2 y 12.3 del Código Penal), mientras que en Suiza el concepto de "deficiencias organizativas" juega como concepto central para la imputación de responsabilidad a la empresa (art. 102 del Código Penal).

<sup>1003</sup> HEINE, G., "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", op. cit., p. 26.

<sup>1004</sup> *Loc. cit.*

elementos que los caracterizan, se llega a la conclusión de que en ninguno de ellos puede hablarse de la consagración pura de uno u otro modelo. Ambos casos se tratan, más bien, de sistemas híbridos, catalogados por parte de la doctrina como sistemas *mixtos*, en la medida en que se advierte una fuerte presencia de los criterios vicariales, pero también con incorporación de elementos de la responsabilidad por hecho propio<sup>1005</sup>. Es decir que en ellos la presencia del sustrato humano tiene gran relevancia pero también se agregan elementos de la responsabilidad propia u organizacional.

En este contexto, la presencia del comportamiento humano es importante, y viene a configurarse como un presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica, pero no basta con eso, es necesario además que exista un "*cierto estado de cosas*"<sup>1006</sup> corporativo que contribuya a fundamentar la responsabilidad de la propia persona jurídica. En efecto, como se verá más adelante, existen elementos en los textos legales de ambos países que permiten deducir que se trata de sistemas intermedios que se mueven entre la heterorresponsabilidad y la autorresponsabilidad<sup>1007</sup>.

Esta aseveración implica reconocer, a la vez, que el comportamiento humano es necesario para fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica y que también lo es la deficiencia o "desorganización" que ha propiciado o facilitado el delito<sup>1008</sup>. Se trata de una versión intermedia que, como tal, integra elementos de uno y otro modelo, renunciando a posiciones extremas en las que la persona jurídica podría cometer delitos

---

<sup>1005</sup> También se los ha catalogado como sistemas vicariales, en los que se ha atenuado la dependencia del hecho de la persona física con la incorporación de elementos de responsabilidad por organización. Tal es la opinión de PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 30, respecto del sistema chileno y también respecto del Proyecto de 2009 español. Se afirma por los autores que estos dos casos se sitúan entre las posiciones extremas, exigiendo elementos que sitúen el hecho de la persona física en el contexto de la empresa.

<sup>1006</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H. "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", op. cit., pp. 218ss., respecto de la legislación chilena, plantea que se ha adoptado un modelo en el que se exige un delito cometido por una de las personas físicas señaladas en el art. 3 de la Ley n° 20.393, sin perjuicio de la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica que proclama el art. 5, el que más bien cumple el cometido de delimitar la exigencia del "delito" de la persona física a un hecho típico y antijurídico, e incluso, en ciertos casos de sólo la tipicidad objetiva. Por ello deberá siempre entenderse que estamos frente a un modelo de "accesoriedad media" respecto del hecho de la persona física.

<sup>1007</sup> GARCÍA ARÁN, M., "Artículo 31 bis", en *Comentarios al Código Penal. Parte general*, op. cit., p. 389, sostiene en este sentido que "*la responsabilidad de la persona jurídica no es plenamente propia ni directa, porque necesita apoyarse en el hecho de la persona física*"; GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétéro y la autorresponsabilidad", op. cit., pp. 188s., señala expresamente que nos encontramos en la legislación española frente a un sistema de responsabilidad mixto. También en este caso, como en el chileno, se introducen disposiciones que tienden a establecer que aunque se requiere de un delito de la persona física, no será necesario que exista condena para atribuir responsabilidad a la organización. Parece ser también la posición de QUINTERO OLIVARES, G., "La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal", op. cit., pp. 15ss., aunque señala que se trataría de un sistema de derivación, en el que se presentaría el elemento del "descontrol" corporativo sólo respecto de los subordinados. En el ámbito chileno, además del autor citado en nota *supra*, MATUS ACUÑA, J. P., "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", op. cit., pp. 64s., señala que la ley chilena es propiamente un modelo mixto de responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>1008</sup> Esta posición sustenta también GARCÍA ARÁN, M., "Artículo 31 bis", op. cit., p. 395, quien, refiriéndose a lo que se ha denominado como "culpabilidad" por defecto de organización, señala que se trata más bien de una "construcción (que) permite delimitar el *injusto* de la persona jurídica, en la medida en que no se permite con la categoría del defecto de organización construir un "sistema de cláusulas de exculpación".

por sí misma, de un modo semejante a la persona física. El modelo intermedio, que habría sido consagrado tanto en la legislación chilena como en la española, otorga relevancia a los comportamientos individuales, pero también permite el examen de la forma en que se configura y funciona la entidad colectiva.

De esta manera se da cumplimiento a las exigencias del Derecho penal moderno, que proscribe la responsabilidad objetiva, extendiendo tal garantía respecto de las personas jurídicas, que también deberían responder de sus propios hechos o conforme a un modelo de responsabilidad "propia".

Lo anterior implica también otorgar las garantías de defensa que frente a la acusación de que el delito, aunque cometido por una persona física, ha surgido de la propia persona jurídica y que del mismo modo que puede ser condenada también puede ser exonerada, en la medida en que exista una conformación interna de la misma que fundamente una cultura empresarial correcta y socialmente adecuada, destinada a prevenir la comisión de infracciones.

Otra cuestión es si, como se verá más adelante, resulta necesaria o no una plena identificación y declaración de responsabilidad de los sujetos individuales para atribuir la responsabilidad penal a la entidad, cuestión que *a priori* los sistemas español y chileno parecen descartar bajo ciertas condiciones. Lo anterior, sin embargo, no significa que se trate de una responsabilidad auténticamente autónoma -aunque así se señale en alguna disposición de la Ley chilena-, sino más bien una limitación de la exigencia de responsabilidad en la persona física para ser atribuida a la persona jurídica.

En suma, la consagración de un modelo *mixto* da relevancia al sustrato humano, lo que no es una cuestión baladí. Desde el punto de vista políticocriminal, los esfuerzos de persecución deben ir encaminados hacia la determinación de las responsabilidades individuales a la par que la responsabilidad penal colectiva. Ambas responsabilidades son paralelas y se refuerzan mutuamente. Ciertamente, en algunos casos, la conducta humana delictiva no puede ser determinada y los responsables individuales no podrán ser identificados, y frente a tales situaciones deben tomarse los resguardos legales pertinentes, los que, en todo caso, se encuentran presentes en las legislaciones chilena y española, salvando con ello los posibles problemas de impunidad que su carencia habría provocado. Sin embargo, ello no supone un especial problema en sociedades, como España o Chile, en que la mayor parte de las empresas tienen un tamaño que permite sin dificultades atribuir la responsabilidad por la vía de la identificación, por cuanto no todas se corresponden con organizaciones con un alto grado de complejidad<sup>1009</sup>.

---

<sup>1009</sup> Lo anterior, ha sido reconocido incluso por algún partidario de la autorresponsabilidad. Es el caso de FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 87, quien señala que las hipótesis en que el sujeto físico no pueda ser identificado es una "posibilidad que cabe pronosticar que será excepcional en la práctica".

## 2.2. Clasificación de los sistemas español y chileno a la luz de los modelos comparados

### 2.2.1. El modelo mixto en el Derecho español

Sin perjuicio del posterior análisis en profundidad de los elementos de los que se compone el régimen de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y Chile, me limito aquí a hacer mención a aquellos que permiten ubicar estos sistemas dentro del modelo mixto.

El grado de dependencia de la responsabilidad de la entidad colectiva respecto de los comportamientos de personas físicas, propio de los modelos mixtos, se encuentra señalado de manera expresa en los apartados 1 y 2 del art. 31 bis CP. Por un lado, el primer párrafo del apartado 1 señala que la persona jurídica será responsable penalmente por los "delitos" cometidos por sus representantes y administradores de hecho o de derecho. Por otro lado, el párrafo segundo señala que también será responsable la persona jurídica por los "delitos" cometidos por quienes se encuentren sometidos a la autoridad de los representantes y administradores. Ciertamente, en ambos casos, se adicionan otros criterios para hacer procedente la responsabilidad de la persona jurídica, pero el elemento principal en ambas disposiciones es el delito "cometido" por la persona física mencionada<sup>1010</sup>.

El delito cometido por la persona física es, por lo tanto, una condición necesaria, si bien no suficiente, de la responsabilidad penal de la entidad colectiva, con lo que se consagra la accesoriedad de la responsabilidad de una respecto del hecho delictivo de la otra<sup>1011</sup>, a la que se adiciona un componente de responsabilidad propia, como es característico de los modelos mixtos.

Tal componente se deduce del art. 31 bis CP que señala en su apartado 2 que la responsabilidad penal de la persona jurídica será exigible aun cuando la persona física no sea individualizable o no pueda seguirse el procedimiento en su contra<sup>1012</sup>. Por otro lado, el apartado 3 que señala que las circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal de la persona física que ha cometido el delito no serán comunicables a la persona jurídica.

---

<sup>1010</sup> Así, para QUINTERO OLIVARES, G., "La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal", op. cit., p. 5, es un sistema de *transferencia de responsabilidad* o de *contaminación* de la actuación de la persona física. En un sentido similar, aunque incorporando de manera expresa el elemento de la culpabilidad por defecto de organización en todos los supuestos contemplados en el art. 31 bis CP, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., pp. 62ss. También plantea la existencia de un modelo de responsabilidad por atribución, BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", op. cit., pp. 4s.

<sup>1011</sup> En tal sentido, GÓMEZ MARTÍN, V., "Art. 31 bis", op. cit., p. 131.

<sup>1012</sup> Estos supuestos han servido para que parte de la doctrina estime que estamos en realidad ante un sistema de autorresponsabilidad. Véase, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Capítulo II. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", op. cit., p. 72. Este autor agrega como argumento respecto de estar ante un modelo de autorresponsabilidad en la legislación española, el sistema de circunstancias atenuantes que opera de manera autónoma a la de la persona física, lo cual indicaría, según el autor, que la persona jurídica responde por su propio hecho.

Las reglas contenidas en los apartados 2 y 3 del art. 31 bis CP, acabados de mencionar, han sido tomadas como argumentos para defender la presencia de una responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica<sup>1013</sup>. En mi opinión, se trata de normas cuyo cometido principal no es tanto el de afirmar la autorresponsabilidad de la persona jurídica sino, más bien, evitar vacíos de punibilidad que pudieran surgir en caso de no poder afirmar la responsabilidad de la persona física, para lo que es preciso limitar la accesoriedad de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la física. Por tanto, no funda una responsabilidad autónoma, sino que limita la accesoriedad de las responsabilidades.

A las anteriores disposiciones se suma otra que contribuye a afirmar que se han introducido elementos de una responsabilidad propia de la persona jurídica. Así, el art. 31 bis CP señala que en el caso de actuaciones de las personas que se encuentran sometidas a la autoridad de quienes gobiernan la persona jurídica, será necesario que se hayan dejado de adoptar las medidas de control pertinentes y, que por esa falta de aplicación de medidas de control que incumben a la persona jurídica, se haya dado lugar al delito del subordinado.

Ciertamente, en la medida en que la literalidad de la ley sólo hace mención a la falta del debido control por parte de los superiores jerárquicos, podríamos llegar a la conclusión, seguramente precipitada, de que nos hallamos ante un modelo de heterorresponsabilidad para el que es crucial el hecho de la persona física. Sin embargo, los criterios de interpretación sistemática de la ley nos conducen a una conclusión distinta. En especial si, como señala NIETO MARTÍN<sup>1014</sup>, tenemos en cuenta que una de las atenuantes consagradas en el art. 31 bis CP se funda en la adopción de medidas organizativas sin distinción entre las vías de imputación propias de los apartados 1 y 2, de lo que puede deducirse que los sistemas de prevención y detección están pensados para todos los supuestos. Es decir, pueden servir tanto para prevenir las actuaciones de un subordinado como de las actuaciones de los administradores<sup>1015</sup> y, por lo tanto, su falta de adopción, sirve tanto para fundar la responsabilidad en uno como en otro caso<sup>1016</sup>.

---

<sup>1013</sup> Entre otros, por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 483ss. Aunque el autor parte señalando que se trataría de un modelo mixto de imputación, termina concluyendo que las actuaciones de las personas físicas sólo operan como presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica, pero no como fundamento de la misma. Por otro lado, BAJO FERNÁNDEZ, M, FEIJOO SÁNCHEZ B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., *passim*, plantean que en realidad el injusto de la persona jurídica, sólo estaría constituido por el defecto de organización, señalando que las actuaciones de las personas físicas sólo son presupuesto para el examen de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>1014</sup> En un sentido similar, NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", op. cit., pp. 52s.

<sup>1015</sup> ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., pp. 162s., opina de un modo similar, por cuanto estima que una interpretación apegada a la Constitución obliga a "requerir la infracción de algún tipo de deber por parte de la empresa", tanto si se trata de los subordinados, en donde expresamente se requiere, como respecto de los directivos, de los que no se exige tal elemento expresamente.

<sup>1016</sup> Si a lo anterior, se agrega el hecho de que el examen del debido control "es el dato que permite imputar la realización del hecho cometido por la persona física", como señala GARCÍA ARÁN, M., "Artículo 31 bis", op. cit., p. 395 a la entidad, se obtiene un elemento de descontrol que se adiciona a la comisión del delito por personas físicas. Con ello la presencia de los dos elementos configuran el modelo mixto de responsabilidad penal de la persona jurídica. Conforme a la posición de la autora, se trataría de un elemento de carácter



## 2.2.2. El modelo mixto en el Derecho chileno

Sin perjuicio del posterior examen en detalle de todos los elementos de los que se compone el sistema chileno de RPPJ, hago aquí únicamente referencia a los que permiten afirmar la presencia de rasgos propios del modelo mixto<sup>1017</sup>.

Por un lado, existen elementos reveladores de cierto grado de dependencia de la responsabilidad de la persona jurídica respecto del hecho de la persona física. Así, el art. 3 de la Ley n° 20.393, según el que la persona jurídica será responsable penalmente "*de los delitos (...) que fueren cometidos por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración o supervisión*" o "*por personas que estén bajo dirección o supervisión directa*" de alguna de las personas antes mencionadas.

Con ello, la legislación chilena introduce como elemento o criterio de atribución de responsabilidad de la persona jurídica, el delito cometido por alguna de las personas físicas que se mencionan en la disposición legal. Como se aprecia, de modo similar al Derecho español, son los hechos delictivos de las personas físicas los que permiten el examen de una eventual responsabilidad penal corporativa<sup>1018</sup>, aunque, como en el caso español, se exigen otros criterios adicionales, como el relativo al provecho, para entender que se trata de un delito corporativo.

La presencia y exigencia del *hecho de referencia* -o delito de la persona física-, podría incluso considerarse reforzado por la rúbrica del Título en el que se ubica el art. 3, "*atribución de responsabilidad penal*", que puede considerarse alusiva a la derivación de la responsabilidad de la persona jurídica del hecho de la persona física. Aunque no puede considerarse éste un argumento concluyente.

---

objetivo, que vendría a conformar lo que denomina "el injusto de la persona jurídica", es decir, que coloca el defecto de organización en el "ámbito del injusto". Lo anterior, de utilizarse las categorías tradicionales de la responsabilidad penal individual.

<sup>1017</sup> De la misma opinión, señalando que se trataría de una responsabilidad derivada atenuada, en el que se encuentra presente el hecho del individuo responsable, pero en el que además la persona jurídica contribuye al delito por la vía de una organización que ha favorecido o a la menos no ha impedido el delito, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", op. cit., p. 217. También de acuerdo con la consagración de la existencia de un modelo mixto, MATUS ACUÑA, J. P., "Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", op. cit., p. 67. No muy clara es la posición de SEGOVIA ARANCIBIA, A., "Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la ley n° 20.393", *Revista Jurídica del Ministerio Público*, n° 43, 2010, p. 231. Este último, en todo caso, parece partir señalando que se trata de heterorresponsabilidad para luego afirmar que se trataría de un injusto propio de la persona jurídica, constituido por el defecto de organización.

<sup>1018</sup> En el mismo sentido, aunque críticamente GARCÍA CAVERO, P., "Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, 2012, p. 68. El autor señala al respecto que "*la actual legislación penal chilena no permite castigar estos casos de 'organizada irresponsabilidad', en la medida que requiere necesariamente que también intervenga responsablemente un sujeto individual que actúe en interés del ente colectivo*". Sin embargo, a continuación, señala que la mención a todos los sujetos individuales que pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, no es una demostración de que se trataría de un sistema que mezcla aspectos de una responsabilidad por hecho de otro a la vez que una responsabilidad por el hecho propio, sino más bien de una delimitación expresa "*de posibles agentes en el ámbito de organización de una persona jurídica*".

Respecto de un componente de responsabilidad propia, la Ley chilena, es aún más clara que la legislación española. En la primera se exige, además del hecho de conexión de la persona física, que el mismo sea "*consecuencia del incumplimiento*", por parte de la persona jurídica de los "*deberes de dirección y supervisión*" (art. 3, párrafo 1, Ley n° 20.393). Las palabras utilizadas por el legislador chileno son "*incumplimiento por parte de ésta*", refiriéndose con ello a la propia entidad y no a los superiores jerárquicos. Y tal requisito es exigido no sólo respecto del hecho cometido por los subordinados, sino respecto del hecho de todos los sujetos físicos mencionados en la disposición legal, es decir, también de los directivos. Con ello se "aporta" un elemento propio de organización de la persona jurídica al modelo de atribución de responsabilidad.

Por otro lado, en la legislación chilena se observan también otros elementos reveladores de una responsabilidad propia. Así, al igual que en la legislación española, el art. 5 de la Ley, también contempla la posibilidad de perseverar en el enjuiciamiento de la persona jurídica aunque no se llegue a declarar la responsabilidad de la persona física cuando no pueda seguirse el procedimiento en su contra o establecerse quién o quiénes han cometido el delito<sup>1019</sup>. Como ya he dicho respecto de la legislación española, también aquí estimo que, aunque las referidas previsiones puedan considerarse propias de los modelos de autorresponsabilidad, la finalidad principal del precepto es la de establecer una limitación a la accesoriedad de la responsabilidad de la persona jurídica respecto del *hecho de referencia o de conexión* de la persona física<sup>1020</sup>.

### 3. Destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

#### 3.1. Sujetos susceptibles de responsabilidad penal

En la Segunda Parte de este trabajo se han analizado las diversas posibilidades presentes en el Derecho comparado, que aquí traigo a colación a los efectos de clasificar la opción de los legisladores español y chileno. Algunos sistemas se limitan a mencionar genéricamente a las "organizaciones" sin requerir que posean ninguna característica en especial, es decir, sin hacer mención a estatus alguno de la entidad que pueda ser sujeto

---

<sup>1019</sup> Los supuestos en los que igualmente subsistirá la responsabilidad de la persona jurídica, de acuerdo al art. 5 de la Ley n° 20.393, son: 1) la extinción de la responsabilidad penal individual, por muerte de la persona física o por la prescripción de la acción penal a su respecto; 2) por la declaración de sobreseimiento temporal del procedimiento seguido contra el o los imputados, por rebeldía o por enajenación mental sobreviniente; y 3) cuando, habiéndose acreditado el hecho, no fuere posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre que se pruebe que el delito ha sido cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas mencionadas en el inciso primero del art.3, es decir, las personas que realicen funciones de dirección de la entidad.

<sup>1020</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", op. cit., p. 223, señala que el fundamento de la norma no sería otra que la de delimitar los supuestos en que la falta de condena no obsta a la responsabilidad de la persona jurídica. Respecto de la hipótesis de la imposibilidad de identificar al responsable individual, el autor agrega que la ley al exigir la prueba de que el delito debió cometerse "dentro del ámbito" de funciones y atribuciones de los sujetos relevantes, en vez de "por" uno de aquellos sujetos, planteará seguramente problemas interpretativos, puesto que la naturaleza del problema se encuentra referido a quiénes han cometido el delito y no al ámbito dentro del cual ha sido cometido.

de responsabilidad penal. Otros, enumeran específicamente el tipo de organizaciones colectivas susceptibles de responsabilidad penal. Por fin, otros aun, tras distinguir entre entes con y sin responsabilidad jurídica, contemplan la responsabilidad penal solo respecto de los primeros.

En el contexto de los diversos modelos analizados en la Segunda Parte de este trabajo, Chile y España podrían ser clasificadas entre los últimos, es decir, aquellos sistemas que han optado por limitar la responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En el caso de España, el propio Código Penal señala que la responsabilidad penal recaerá en las personas jurídicas, para más adelante señalar qué entidades quedarían fuera de sus normas. Por tanto, este tipo de responsabilidad penal sólo se aplica a las personas jurídicas. Sin embargo, ello no significa que el resto de colectivos quede fuera del alcance del Derecho penal. Para todas aquellas organizaciones que no poseen personalidad jurídica, el Código prevé la aplicación de las, ya tratadas, consecuencias accesorias.

Por su lado, Chile en la legislación especial creada a estos efectos, ha tomado un camino similar a la legislación española. En este contexto, contempla la aplicación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas de Derecho privado y a las empresas del Estado. La diferencia respecto del Derecho español no se halla tanto en el círculo de personas jurídicas para las que se prevé la responsabilidad penal, sino en el sistema previsto para los entes sin personalidad jurídica pues, como se verá, para éstos no se configura un régimen especial de sanciones.

No obstante las generales similitudes entre uno y otro sistema, resulta imprescindible conocer en detalle todas las entidades que pueden ser destinatarias de la responsabilidad penal, tanto en la legislación chilena como española, para entender el verdadero alcance de las diversas opciones del legislador en uno y otro sistema.

### **3.2. Los sujetos susceptibles de responsabilidad penal en España**

#### **a) La opción por un sistema de regla con excepciones**

El art. 31.1 bis CP establece que *"en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables..."*. Se contempla la responsabilidad penal, por tanto, respecto de entidades que posean personalidad jurídica, aunque con excepciones. Además, el apartado 5 del art. 31 bis CP, señala que sus disposiciones no alcanzarán: *"al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general"*<sup>1021</sup>.

---

<sup>1021</sup> Lo dispuesto por la LO 5/2010 en el apartado 5 del art. 31 bis ha sido modificado por la LO 7/2012 que ha dispuesto la incorporación de los partidos políticos y los sindicatos entre los destinatarios de la RPPJ.

La opción del legislador español ha pasado, por tanto, por indicar que las personas jurídicas genéricamente consideradas quedan sujetas a la responsabilidad penal, previendo a continuación una lista de sujetos excluidos. Con ello se atiende al *criterio formal*<sup>1022</sup> de la personalidad jurídica, al que se acude para trazar la línea entre el cúmulo informe de personas y el ente que puede ser centro de imputación de responsabilidad penal conforme al art. 31 bis CP<sup>1023</sup>.

Este camino ha sido distinto de aquél que se tomó en los precedentes anteriores al que dio origen a la nueva legislación. En efecto, la norma hoy contenida en el apartado 5 no es la que se contenía en el Anteproyecto de 2008<sup>1024</sup> aunque sí en el Proyecto de 2009 que dio origen a la legislación vigente. En la versión del Anteproyecto de 2008 simplemente se señalaban las personas jurídicas a las que les era aplicable la responsabilidad consagrada en el art. 31 bis CP (asociaciones, fundaciones y sociedades), lo que fue criticado en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2009, por lo que deben haber sido justamente estas opiniones las que provocaron el cambio de redacción y estructura del apartado 5 en el posterior Proyecto de 2009<sup>1025</sup>.

A propósito del referido apartado 5, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2009 señalaba que la redacción del Proyecto daba lugar a que personas jurídicas de Derecho público que revistieran la forma, por ejemplo, de fundaciones o sociedades quedaran incluidas en la responsabilidad penal de los entes corporativos, en circunstancias en que la normativa comunitaria excluye al Estado y los organismos públicos que actúan en el ejercicio de una autoridad pública de dicha responsabilidad<sup>1026</sup>.

---

<sup>1022</sup> En este mismo sentido, entre otros, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Societas delinquere potest", op. cit., p. 4; NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras de la LO 5/2010", *Revista Xurídica Galega*, nº 63, 2009, p. 57; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", *Indret*, nº 1, 2012, p. 173; GÓMEZ MARTÍN, V., "Artículo 31 bis", op. cit., p. 131.

<sup>1023</sup> NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", op. cit., p. 57.

<sup>1024</sup> A este respecto cabe señalar que el Anteproyecto de 2008, precedente del Proyecto de 2009, contenía la misma norma contenida en el Proyecto de 2007, la que al respecto señalaba: "5. Las disposiciones relativas a La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades". En todo caso, como se señalara en el cuerpo de este trabajo, el apartado 5 del artículo 31 bis contenido en el Proyecto de 2009, ya contenía la misma norma que la actual de la LO 5/2010.

<sup>1025</sup> Durante la tramitación de la LO 5/2010 se presentó una enmienda por el Grupo Popular que, aunque no fue acogida, proponía eliminar de este apartado a los partidos políticos, a los sindicatos y a las personas jurídicas que presten servicios esenciales a la comunidad, es decir, con la intención de que estas entidades quedaran comprendidas en la responsabilidad penal del artículo 31 bis. Las razones esgrimidas señalaban que no sería "adecuado incluir en este bloque a los partidos políticos -que ya tienen en la Ley de Partidos y en el Código Penal sanciones dirigidas contra ellos directamente- ni a los Sindicatos -por la misma razón- ni mucho menos la exclusión genérica de personas jurídicas "...que presten servicios esenciales a la comunidad", lo que llevaría a excluir, por ejemplo, a personas completamente privadas suministradoras de electricidad, teléfono, gas..., sin que se aprecie motivo fundado para ello".

<sup>1026</sup> Así señalaba el citado Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2009 que: "Cuando el Código Penal de 1995 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico los delitos societarios, el legislador consideró necesario incluir en el artículo 296 un concepto penal específico de sociedad, que, aunque de naturaleza extensiva, ha evitado problemas interpretativos de los tipos correspondientes. La regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal de La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas haría aconsejable la inclusión, asimismo, de una cláusula similar a estos efectos. Como ejemplo de la utilidad de esta cláusula, obsérvese que, a pesar de que la Exposición de Motivos declara que se ha excluido de este sistema de responsabilidad penal "al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos, el número 5 del artículo 31 bis no permite excluir, por ejemplo, a las personas jurídicas de derecho público que revistan la forma de fundación o sociedad,

b) La combinación de criterios formales y materiales en la delimitación de los sujetos susceptibles de responsabilidad penal de las personas jurídicas

En la actualidad, dado lo escueto de su texto, la cuestión que se plantea es la de determinar cuál es el ámbito subjetivo de aplicación de la responsabilidad penal o, en otras palabras, qué comprende el concepto de "*persona jurídica*"<sup>1027</sup> utilizado por el legislador, pues aunque escueto, el destinatario ha sido previsto en la ley<sup>1028</sup>. En el Anteproyecto de 2008, se señalaban expresamente las entidades a las que se aplicaba la nueva normativa, restringiéndose a las asociaciones, fundaciones y sociedades. La LO 5/2010, en la actualidad, puede ser interpretada, como ya se ha advertido por algunos, de diversas formas<sup>1029</sup>.

Sobre su significado, coincido con autores que, como GÓMEZ TOMILLO, se inclinan porque el Derecho penal no se quede enquistado en los conceptos y determinaciones de otras ramas del ordenamiento jurídico, puesto que posee sus propios fines y, en consecuencia, debe construir sus propios criterios y conceptos<sup>1030</sup>. Con todo, estimo que dada la ausencia de una definición explícita y clara del concepto de persona jurídica en el propio art. 31 bis CP y, ante la acuciante necesidad para los órganos encargados de aplicar la ley, debemos recurrir a los elementos que ofrece el ordenamiento jurídico para encontrar ese grado de certeza considerando, además, que se trata de una normativa nueva y aún no bien delimitada y configurada.

Por tanto, me inclino por deducir tales criterios tanto del Derecho civil<sup>1031</sup> como del

---

*pese a que las normas comunitarias excluyen, sin excepción, de la normativa sobre responsabilidad de las personas jurídicas a los Estados u otros organismos públicos que actúan en el ejercicio de la autoridad estatal, de su potestad pública o de sus prerrogativas estatales, o bien como poderes públicos, así como a las organizaciones internacionales públicas."*

<sup>1027</sup> Una cuestión previa respecto de las organizaciones sujetas a este tipo de responsabilidad penal, plantea FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 50ss., para quien deben ser distinguidas los sujetos destinatarios del art. 31 bis, de aquellas organizaciones que sean instrumentos delictivos u organizaciones criminales con forma jurídica.

<sup>1028</sup> Respecto del ámbito subjetivo de aplicación del art. 31 bis CP, no concuerdo con aquéllos que, como BOLDOVA, M. y RUEDA, M., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal español", en Pieth, M. e Ivory, R. (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, op. cit., p. 278, señalan que el art. 31 bis no ha establecido un ámbito subjetivo de aplicación, sino un "ámbito subjetivo de inaplicación", en alusión al apartado 5 del mismo artículo, en el que se señalan las organizaciones excluidas de la aplicación de sus normas, por cuanto, la técnica que se utiliza, podrá parecer demasiado escueta, pero sí opta por dejar dentro del sistema sólo a las personas jurídicas. Cuestión distinta será la determinación del ámbito que comprende el concepto.

<sup>1029</sup> En ese contexto, podría interpretarse que cualquier entidad que no posea formalmente la calidad de persona jurídica quede automáticamente excluida. Para GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 36., esta interpretación no sería adecuada por cuanto podrían quedar fuera entidades que, aunque carentes de personería tienen "capacidad material de afectar al bien jurídico".

<sup>1030</sup> *Ibidem*, pp. 36s.

<sup>1031</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 368ss., de *lege ferenda*, ya proponía que como sujetos de esta responsabilidad penal se incluyera a las personas jurídicas de Derecho civil, entendiendo por tales, a todas las organizaciones que el ordenamiento jurídico les reconoce personalidad jurídica propia, independientemente de que actúen o no en el ámbito del Derecho privado o del público. Por tanto, quedarían incluidas la asociación de Derecho civil, las fundaciones, las personas

mercantil, pues aunque de ellos permitan defender un concepto unívoco e incontrovertido para el Derecho penal, no pueden desconocerse, en virtud del principio de coherencia sistemática del ordenamiento jurídico, además de que pueden contribuir a reforzar la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de las normas aquí estudiadas.

Sin embargo, no podemos pasar al examen de los sujetos responsables, sin previamente mencionar dos normas contempladas en el Código Penal que se relacionan con el ámbito aquí estudiado.

Por una parte, el art. 129 CP señala que estarán sujetas a sus disposiciones las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de organizaciones que carezcan de personalidad jurídica. De una primera lectura de la norma podría deducirse que cuando las organizaciones señaladas en la misma posean capacidad jurídica serán sujetos del art. 31 bis CP. Sin embargo, la finalidad de esta disposición no es otra que la de señalar que aquellas organizaciones que carezcan de personalidad jurídica se regirán por dicho artículo<sup>1032</sup>.

Por otro lado, el art. 297 CP establece el alcance del concepto "sociedad" a efectos de los delitos societarios. Al respecto señala distintas entidades que tienen en común su participación permanente en el mercado<sup>1033</sup>. De seguir este camino para la determinación de los sujetos responsables penalmente, en general, se entendería como destinatarios del art. 31 bis CP a toda aquella entidad que tuviera una intervención permanente en el mercado<sup>1034</sup>. Sin embargo, es claro que esta norma está destinada a regir en el ámbito específico de los delitos societarios, haciendo referencia únicamente a las sociedades de naturaleza mercantil<sup>1035</sup>.

En todo caso, es claro que la sociedad es el paradigma del sujeto de esta responsabilidad, en tanto encarna "*la voluntad de las partes de actuar como un grupo unificado en el tráfico la que atribuye personalidad jurídica a aquél*"<sup>1036</sup>, pero no agota los sujetos a que parece referirse el art. 31 bis CP.

En consecuencia, para esta determinación debemos recurrir, como ya he dicho, y

---

jurídicas de Derecho mercantil, las personas jurídicas de Derecho público y las sociedades en fase de constitución o las sociedades de hecho.

<sup>1032</sup> Además, señala FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", op. cit., p. 55, el art. 31 bis CP no remite al art. 129 CP para la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación, por lo que no es posible recurrir a este precepto para determinar el ámbito que comprende la expresión "persona jurídica". Plantea también que la diferenciación no es más que formal.

<sup>1033</sup> Un análisis en detalle acerca de lo que comprende el concepto de "sociedad" en el art. 297 CP en PORTERO HENARES, M., "El concepto de sociedad en el Código Penal. Análisis del artículo 297", *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 76ss.

<sup>1034</sup> MIRAS MARÍN, N., "El concepto de personas jurídicas penalmente responsables", *Ediciones de la Universidad de Murcia*, vol. 28, 2010, p. 223.

<sup>1035</sup> Mostrándose también en contra de la aplicación del art. 297 CP al ámbito del art. 31 bis CP, GÓMEZ MARTÍN, V., *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, 2008 a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010*, Reppertor, Barcelona, 2010, p. 9; y ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 155.

<sup>1036</sup> PAZ-ARES, C., "Las sociedades mercantiles", en Menéndez, A. (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 290.

ante la ausencia de criterios estrictamente penales ofrecidos por el legislador, a la legislación civil y mercantil. El art. 35 CC señala que son personas jurídicas: 1º las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley; 2º las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados<sup>1037</sup>. Esta norma distingue, por tanto, entre personas de interés público y personas de interés privado, en función del tipo de interés que persigan<sup>1038</sup>

Ayudados, entonces, por las normas del Derecho civil y mercantil, podría concluirse que las personas jurídicas destinatarias de las disposiciones contenidas en el art. 31 bis CP, sólo son las personas jurídicas de Derecho privado- esto es, corporaciones, las asociaciones y fundaciones-, y las de Derecho mercantil- esto es, las compañías colectivas, sociedades comanditarias simples, por acciones, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada.

En suma, la intención que podría entenderse existió en el legislador fue la de consagrar, principalmente, una responsabilidad penal de tipo empresarial<sup>1039</sup>.

La opción del legislador, en cuanto a la "personalidad jurídica" como elemento central para la determinación de los destinatarios de esta ley es, sin perjuicio de ciertas complejidades, acertada, por cuanto lo que se busca es establecer que la responsabilidad penal sea dirigida a entes que se distinguen del componente humano individual que en toda organización colectiva existe, evitando con ello la crítica a la doble imposición de sanciones a personas físicas y a la posible existencia de un *ne bis in idem*.

Sin perjuicio de la importancia del criterio formal, el factor material también resulta extremadamente relevante en la determinación de responsabilidad penal en entidades que muestran una capacidad de transformación y modificación que las personas naturales no presentan por lo que, en ese sentido, su utilización no debe ser soslayada. En este contexto, la norma referida a la subsistencia de responsabilidad penal pese a las posibles modificaciones que la organización experimente, parece atender justamente a tal criterio. En efecto, la legislación española contempla normas que regulan tales vicisitudes de la persona jurídica, salvando con ello, en parte, las imperfecciones que presenta la consideración pura de la personalidad jurídica para la fijación de la responsabilidad penal de las entidades colectivas<sup>1040</sup>.

---

<sup>1037</sup> Véase, BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)", *Diario La Ley*, nº 7541, 2011, pp. 9s.

<sup>1038</sup> MIRAS MARÍN, N., "El concepto de personas jurídicas penalmente responsables", op. cit., pp. 222s.

<sup>1039</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 478. Agrega el autor, en nota al margen, que la idea acerca de que se trata de una responsabilidad dirigida primordialmente a las empresas se refuerza, primero, con la mención a la "actividad económica" y a la "identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados" que hace el artículo 130.2 CP al tratar los casos de transmisión de esta responsabilidad penal y, segundo, con la referencia a los efectos que las sanciones puedan tener sobre los trabajadores de los artículos 53 y 66 bis CP, referencias que solo cabe aplicar al ámbito empresarial.

<sup>1040</sup> Respecto de este párrafo como el anterior, véase las opiniones vertidas a propósito de la personalidad jurídica como criterio para la fijación de los destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras de la LO 5/2010", op. cit., pp. 57s.

### c) Sujetos exentos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

No obstante la opción por la inclusión de las organizaciones empresariales, se ha excluido de la aplicación del sistema de responsabilidad penal tanto a las Entidades Públicas Empresariales como a las Sociedades mercantiles Estatales<sup>1041</sup>. La exclusión de la que son objeto estas sociedades y entidades públicas podría responder a razones político-criminales pues, algunas de las sanciones impuestas podrían afectar al conjunto de la población. Sin embargo, existen ámbitos que bien pueden ser cometidos en el seno de empresas públicas que realizan funciones tradicionalmente atribuidas a la Administración<sup>1042</sup>, por lo que la opción políticocriminal, desde mi punto de vista, debería ser la de incluir a las mismas en el ámbito de responsables penales del art. 31 bis CP. Dicha inclusión, sin embargo, debería contemplar, la no aplicación de determinadas sanciones del art. 33.7 CP, atendido los efectos adversos para la comunidad que la aplicación de algunas de ellas podrían producir.

Por otro lado, nótese que el Proyecto de 2013 de reforma del Código Penal, modifica el sistema de RPPJ consagrado en la actual legislación y, entre otras cosas, incluye en un nuevo art. 31 *quinquies*.2 entre los sujetos responsables penalmente conforme al art. 31 bis CP a las sociedades mercantiles estatales, pero limitando el abanico de posibles penas aplicables a las mismas. Al respecto el Preámbulo señala que "*se extiende el régimen de responsabilidad penal a las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en los apartados a) y g) del art. 33.7 CP*". No se señala la razón de esta modificación de los criterios seguidos en la actual legislación, pero sin duda, se sigue la línea de parte de la doctrina<sup>1043</sup> y de lo que legislaciones como la chilena<sup>1044</sup> han decidido respecto de las empresas estatales, al contemplar la aplicación sólo de determinadas sanciones. Se busca con ello, seguramente, más transparencia en la gestión de tales entidades.

---

<sup>1041</sup> Véase en este sentido, aunque referido al ámbito atributivo contenido en el Anteproyecto de 2008 de Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2009, p. 15. Asimismo, y por ser normas similares la del Anteproyecto de 2008 y la comentada por él, esto es, el Proyecto de 2007, véase ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, op.cit, p. 282.

<sup>1042</sup> Es el caso del tipo penal de corrupción entre particulares contenido en el artículo 286 bis CP que podría ser cometido por este tipo de entidades. Sobre su configuración y alcances respecto de las personas jurídicas, véase VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares", en AA.VV., Álvarez García, F. y González Cussac, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, *passim*. También véase respecto de este delito, NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 392ss.

<sup>1043</sup> En este mismo sentido, NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", op. cit., p. 58, quien además plantea al respecto que aunque se excluye sólo a aquellas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés general, el problema radicaría en cómo concretar qué se entiende por "políticas públicas" y "servicios de interés".

<sup>1044</sup> En efecto, aunque la Ley n° 20.393 chilena establece dentro del alcance de sus normas a las empresas del Estado, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 2 de la misma, sí establece una serie de excepciones en la aplicación de determinadas sanciones para estas empresas. Así, por ejemplo, señala que no se les será aplicable la sanción de disolución. No se reparó, sin embargo, en la sanción pecuniaria la que, a mi modo de entender, tendrá efecto no sólo en la propia empresa, sino en la comunidad completa.



Respecto de otros sujetos excluidos de la aplicación de la responsabilidad penal se ha adoptado el mismo camino de muchas de las legislaciones analizadas<sup>1045</sup>, al excluir al Estado y a las Administraciones Públicas territoriales<sup>1046</sup>. Esta línea, es la misma que toman también los instrumentos comunitarios<sup>1047</sup>. La razón de la exclusión de estas entidades de Derecho público se encuentra sin duda en la relevancia constitucional de la función que estas entidades desarrollan<sup>1048</sup>, pero también en el interés general que persiguen dichas entidades, ya sea ejecutando políticas públicas o bien, prestando servicios para la comunidad<sup>1049</sup>.

A lo anterior, se agrega que incluso en los países en que existe una tendencia a un mayor intervencionismo- lo que no ocurre en países del ámbito anglosajón-, la sanción de las entidades estatales es vista como una contradicción en sí misma, pues siendo el Estado quien detenta en exclusiva la función punitiva, mal podría ejecutarla contra sí mismo<sup>1050</sup>, además, por supuesto, del sinsentido que supondría que la imposición de sanciones al Estado y otras entidades de Derecho público recayera, finalmente, sobre los hombros de la sociedad completa, lo que sería especialmente sensible en el caso de la multa<sup>1051</sup>.

d) Mención especial a los partidos y sindicatos y su reciente extracción de la cláusula de excepción de la responsabilidad de las personas jurídicas

Respecto de los partidos políticos y los sindicatos, que se encontraban excluidos de

---

<sup>1045</sup> Como ocurre con Francia, Italia o Portugal. Al respecto véase la Segunda Parte de este trabajo.

<sup>1046</sup> Respecto de la exclusión del Estado en el Preámbulo del Proyecto de 2007 -pues el Proyecto de 2009 no se hizo cargo en su Preámbulo de las razones de las decisiones en torno al nuevo sistema- señalaba como razón de la exclusión del Estado a la intención de incidir en la responsabilidad empresarial principalmente. Por otro lado, se ha planteado además, en doctrina, el caso de los Colegios profesionales y otras corporaciones de Derecho Público, y su posible exención del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al respecto GARCÍA FIGUEROA, F., "¿Los colegios profesionales y otras corporaciones de Derecho público están sujetos a responsabilidad penal en virtud del nuevo artículo 31 bis?", en Dopico Gómez-Aller, J. (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, *passim*, señala que, siendo los Colegios Profesionales, corporaciones de Derecho público, cumplirían un fin de interés general - al igual que las Administraciones y demás entidades citadas en el apartado 5 del art. 31 bis- que consistiría en la ordenación y control del correcto ejercicio profesional de sus colegiados, razón por la cual ellos deberían, en criterio del autor, ser incluidos en el referido apartado 5, a pesar de poseer personalidad jurídica y no haber sido mencionados expresamente en la norma. De todas formas, propone la modificación de tal apartado para incluir de manera expresa a tales entidades.

<sup>1047</sup> En tal sentido, DM 2000/383/JAI; DM 2002/629/JAI; DM 2003/568/JAI; DM 2004/68/JAI; DM 2004/757/JAI; DM 2005/222/JAI, de acuerdo al Informe del Consejo General del Poder Judicial respecto de Proyecto de 2007.

<sup>1048</sup> En el mismo sentido véase GÓMEZ MARTÍN, V., "Artículo 31 bis", op. cit., p. 131.

<sup>1049</sup> Véase al respecto GARCÍA FIGUEROA, F., "¿Los colegios profesionales y otras corporaciones de Derecho público están sujetos a responsabilidad penal en virtud del nuevo artículo 31 bis?", op. cit., p. 90.

<sup>1050</sup> En este sentido, CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F., "Capítulo 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, op. cit., p. 18; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 478. Véase también respecto del sistema francés y los fundamentos de la exclusión del Estado y otros organismos públicos, DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", op. cit., p. 154.

<sup>1051</sup> Para GÓMEZ MARTÍN, V., "Artículo 31 bis", op. cit., p. 131, la razón en lo relativo a la multa estribaría en que la aplicación de tal sanción a las entidades públicas impactaría negativamente en su capacidad para una correcta prestación de las funciones públicas que les han sido encomendadas.

la norma original prevista en la LO 5/2010, han sido recientemente incluidos en virtud de la LO 7/2012, sin que puedan todavía vislumbrarse todas las consecuencias que sobre el funcionamiento del sistema de partidos pueda llegar a acarrear tal opción legislativa.

La exposición de motivos de la ley señala muy acertadamente que su inclusión obedece a que *"de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos"*.

De acuerdo con parte de la doctrina<sup>1052</sup>, la exclusión de partidos políticos y sindicatos podría haberse fundado en la función pública "cuasi-estatal" que los mismos desempeñan, por lo que, de manera bastante laxa e "impropia", podría considerarse que las dos instituciones son "Estado". Frente a la anterior opinión, coincido con aquella parte de la doctrina que considera, en este caso, que se trata de una extensión que va más allá de los límites que, interpretado de manera lógica, parece tener el concepto de Estado<sup>1053</sup>.

Los partidos políticos se encuentran sujetos a su propia normativa, esto es, la LO 6/2002 de Partidos Políticos, por lo que se ha dicho que estas cuestiones ya *"se regulan pormenorizadamente"*<sup>1054</sup>. Sin embargo, no es posible participar de esta opinión por cuanto al analizar la referida LO 6/2002 lo cierto es que, si bien se regulan aspectos relacionados con eventuales infracciones de estos organismos, no parece ser suficiente para entender que se cubre todo el espectro delictivo posible.

Sin perjuicio de que la referida Ley de partidos políticos prevé un régimen quasi penal de algunos hechos que pueden cometerse desde éstos, como señala NIETO MARTÍN<sup>1055</sup>, existen innumerables hipótesis delictivas no recogidas allí y que, sin embargo, merecen las sanciones previstas para las personas jurídicas en el ámbito penal<sup>1056</sup>. Así, por ejemplo, en supuestos de corrupción o de blanqueo de capitales o de financiación ilegal, por lo que su inclusión como destinatario de responsabilidad penal era, a todas luces, necesaria.

---

<sup>1052</sup> Comentando la exclusión de los partidos políticos y los sindicatos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 478, señalaba que la misma podría haberse debido a la función cuasi-estatal que las mismas desempeñan.

<sup>1053</sup> NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", op. cit., p. 58, señala que *"Mucho menos se entiende la exclusión de sindicatos y partidos políticos, sobre todo y en relación a estos últimos debido al problema de la financiación ilegal y a que en realidad ya existe un régimen quasi penal de responsabilidad penal a través de la Ley de Partidos Políticos"*. Por su parte, refiriéndose a los sindicatos, MIRAS MARÍN, N., "El concepto de personas jurídicas penalmente responsables", op. cit., p. 230, que, si bien, cumplen funciones importantes respecto de conflictos colectivos, no son más que asociaciones de acuerdo al art. 3 de la 19/1977, de 1 de abril, sobre derecho de asociación sindical, por lo que teniendo una naturaleza parecida a las asociaciones patronales y no habiendo sido éstas últimas excluidas, no se vislumbra la razón de la exclusión de los sindicatos.

<sup>1054</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 478.

<sup>1055</sup> Sobre la opinión de NIETO MARTÍN, A., véase la nota anterior.

<sup>1056</sup> Así, por ejemplo, el art. 9, sobre la declaración de ilegalidad del partido político -que plantea una serie de conductas que son consideradas infracciones-, podría bien casar con hipótesis delictivas.

e) Mención específica a las entidades "pantalla" o ficticias

Como cláusula de cierre de la excepción contenida en el apartado 5 del art. 31 bis CP se advierte que en caso de que estas entidades hubieren adoptado estas formas con el solo propósito de eludir la eventual responsabilidad penal que les cupiere, el órgano jurisdiccional podrá declarar la responsabilidad de que trata el art. 31 bis CP. Se trataría, por tanto, de supuestos de sociedades pantalla, es decir, de formas jurídicas que han sido adoptadas por sus promotores, administradores o representantes con el único propósito de eludir sus responsabilidades penales por lo que, en tal caso, se aplicaría la responsabilidad contemplada en el art. 31 bis CP.

Al respecto, desde una interpretación especialmente restrictiva de lo que significa que la forma jurídica haya sido creada "*con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*", parte de la doctrina, sostiene que ello implica que la persona jurídica se hubiere formado con el propósito *inicial* de eludir la responsabilidad penal por lo que en aquellos casos en los que la organización no se hubiera formado con tal propósito pero el mismo surgiera con el transcurso del tiempo, quedaría exento de responsabilidad penal<sup>1057</sup>. En este punto, pese a la literalidad de la ley concuerdo con QUINTERO OLIVARES<sup>1058</sup> en que tal norma debería resultarles aplicable.

f) Régimen aplicable a los grupos de sociedades

Quedan otros casos respecto de los que se plantea la posibilidad de que, atendida la exigencia de personalidad jurídica por parte del legislador, no puedan ser incluidos como sujetos responsables frente al art. 31 bis CP. En ese campo se encontrarían los grupos de sociedades, lo que no parece una buena solución, pues estas organizaciones representan un problema importante a nivel penal, además de presentar los grados de complejidad para los que, en parte, ha sido pensada la RPPJ<sup>1059</sup>. Por carecer de personalidad jurídica, pero tener unidad organizativa, la solución más lógica sería situar a estas entidades dentro de las contempladas en el art. 129 CP aplicándoles, por tanto, las conocidas consecuencias accesorias<sup>1060</sup>.

Sin descartar la posible aplicación de las consecuencias accesorias en consideración

---

<sup>1057</sup> Véase en tal sentido, GÓMEZ MARTÍN, V., "Artículo 31 bis", op. cit., pp. 131s. Nótese, en todo caso, que los ejemplos utilizados por el autor se refieren a los sindicatos o partidos políticos los que, de acuerdo a la modificación introducida por la LO 7/2012 son considerados sujetos destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin perjuicio de ello, la crítica sigue siendo válida.

<sup>1058</sup> Consúltese QUINTERO OLIVARES, G., "Responsabilidad penal de personas jurídicas, entes y grupos, y sus individuos. Su responsabilidad tras la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 22, 2011, *passim*. El autor señala, en p. 3, que la RPPJ debería serle aplicable a asociaciones que, en un principio nacieran legalmente, pero que devinieran luego en una agrupación delictiva.

<sup>1059</sup> Véase en este sentido, NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", op. cit., pp. 57s.

<sup>1060</sup> De la misma opinión, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Reforma del Código Penal", op. cit., p.4.

a su falta de personalidad, que sería una opción, lo cierto es que con la adopción del criterio de la personalidad jurídica se pueden presentar problemas importantes para la jurisprudencia, tanto sustantivos como procesales<sup>1061</sup>. En algunos casos, tales problemas podrán solucionarse -así, en el caso de los grupos de empresas, con la coimputación de la empresa madre- pero, sin duda, otros no tendrán fácil solución. Una posible vía de superación de tales obstáculos la hallamos en la legislación suiza, en la que el factor fundamental de la determinación de los sujetos responsables ha sido el económico y no la sola existencia del elemento formal de la personalidad jurídica.

g) Régimen aplicable a los entes sin personalidad jurídica, con especial mención al caso de las sociedades irregulares, de hecho y en formación

Aunque el alcance y la aplicación de las normas contenidas en el art. 129 CP no están dentro del campo de estudio de este trabajo por tener como destinatarios los entes sin personalidad jurídica, su indudable relación con los sujetos aquí estudiados hace necesaria su mención.

De acuerdo con el art. 129 CP, las entidades con cierta organización y una actuación en la vida económica y social aun cuando no posean personalidad jurídica, serán sancionadas penalmente. Las sanciones aplicables a estos sujetos son algunas de las contempladas en el apartado 7 del art. 33 CP, que prevé las aplicables a las personas jurídicas. En efecto, las sanciones contempladas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP serán aplicables como consecuencias accesorias de la comisión de delitos "*en el seno, con la colaboración, a través o por medio*" de agrupaciones que carecen de estatus legal.

Por el hecho de tratarse de las mismas sanciones aplicables a las "personas jurídicas" la pregunta que surge de inmediato es por qué no se ha aplicado el sistema del art. 31 bis CP. Una respuesta a este interrogante podría hallarse en que el legislador ha considerado que la capacidad criminal está asociada sólo a la personalidad jurídica, por lo que quienes la posean, sean personas físicas o jurídicas, podrían merecer la imposición de penas, comparecer en juicio y realizar los demás actos que requieren de una organización formalmente constituida frente al Derecho. La carencia de tal cualidad ha obligado a la creación de un régimen especial para estas organizaciones colectivas<sup>1062</sup>.

De acuerdo con el art. 129 CP, quedarían sujetas a estas consecuencias accesorias, las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica. De acuerdo con ello, podrían incluirse en este grupo, las Agrupaciones y Uniones temporales de empresas, las comunidades de bienes; las comunidades titulares de montes vecinales en mano común; las herencias

---

<sup>1061</sup> NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", op. cit., p. 11.

<sup>1062</sup> Para RAMÓN RIBAS, E., "Consecuencias accesorias (art. 129 CP)", op. cit., p. 113, las razones se fundan en que la capacidad jurídica es asociada a entes con personalidad jurídica y, por lo tanto, éstos son los que merecerían pena, mientras que para aquellos que no la poseen era necesario prever otras consecuencias distintas. Para el autor, sin embargo, la cuestión acerca de la naturaleza jurídica de estas consecuencias sigue estando en un limbo.

yacentes; las sociedades civiles sin personalidad jurídica; algunos fondos financieros y, asociaciones y fundaciones que no cumplan las formalidades legales<sup>1063</sup>.

Respecto de las *sociedades irregulares* la situación es distinta pues a tales entidades se les reconoce personalidad jurídica, aun cuando en su constitución no se haya cumplido con el requisito de la inscripción en el Registro Mercantil (por falta de voluntad o transcurso del plazo). La consideración de que las mismas tienen personalidad jurídica se fundamentaría en que ésta depende de la voluntad de las partes expresada en el contrato y no de la publicidad del acto. Además, la negación de la personalidad jurídica finalmente afectaría a quien se pretende proteger, es decir, los terceros, por cuanto los actos celebrados con estos últimos tendrían que ser declarados nulos<sup>1064</sup>. Estas organizaciones, en consecuencia, se encuentran sujetas a las disposiciones del art. 31 bis CP y demás que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas y no al art. 129 CP<sup>1065</sup>.

En cuanto a las *sociedades de hecho*, es decir aquellas entidades no constituidas de conformidad con la ley pero que *de facto* funcionan en el tráfico<sup>1066</sup>, el art. 35.2 CC señala que son personas jurídicas “(l)as asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”. En el caso de las sociedades civiles, esta personalidad es concedida por el propio Código Civil (véase el Título VIII del Libro Cuarto), en el de las compañías mercantiles, por el Código de Comercio (véase el Título Primero del Libro II) y en el de las sociedades de capital por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En cuanto a las primeras, el Código Civil reconoce como “sociedades civiles” las que cumplan con los requisitos de constitución de los arts. 1665 y 1667 (que exige adicionalmente escritura pública en caso de aportación de bienes inmuebles o derechos reales). En cuanto a las segundas, el Código de Comercio reconoce como compañías mercantiles a las que cumplan con los presupuestos de constitución de los arts. 116 y siguientes. En cuanto a las sociedades de capital, el mencionado Real Decreto Legislativo hace lo propio con las que cumplan los requisitos de constitución de los arts. 19 y siguientes.

Sólo en la medida en que una sociedad cumpla con los requisitos de constitución exigidos por la ley puede entenderse que ésta le concede personalidad propia y, por tanto, que es titular de personalidad jurídica<sup>1067</sup>. Por el contrario, si no cumple con ellos, debe entenderse carente de personalidad jurídica. De manera que las *sociedades de hecho*, en

---

<sup>1063</sup> MIRAS MARÍN, N., "El concepto de personas jurídicas penalmente responsables", op. cit., p. 232.

<sup>1064</sup> PAZ-ARES, C., "Las sociedades mercantiles", op. cit., p. 299. Véase también MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, J., "Las sociedades en formación", *Jornadas de Jueces para la Democracia*, 2007, en [www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es), p. 4.

<sup>1065</sup> De opinión contraria MIRAS MARÍN, N., "El concepto de personas jurídicas penalmente responsables", op. cit., pp. 232s., quien las incluye entre las organizaciones que quedarían sujetas al art. 129 CP.

<sup>1066</sup> PAZ-ARES, C., "Las sociedades mercantiles", op. cit., p. 293.

<sup>1067</sup> Eso sí, cabe tener presente que el art. 33 del referido Real Decreto Legislativo establece que “(c)on la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”, de manera que la falta de inscripción obsta a que la respectiva entidad tenga la personalidad jurídica del tipo societario correspondiente, pero no impide que, en su caso -si se cumplen los respectivos requisitos de constitución-, cuente con personalidad jurídica en los términos del art. 35.2 CC, previamente señalado. Esto implica que aún cuando no tendría la personalidad jurídica propia de una sociedad de capital, sí podría tenerla para el Código Civil.

tanto que entidades que no cumplen con los requisitos de constitución legalmente prescritos, deben entenderse como entidades sin personalidad jurídica<sup>1068</sup>, lo que impediría que a su respecto opere la responsabilidad penal que establece el art. 31 bis CP, aunque sí podrían resultar aplicables las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Todo ello debe entenderse sin perjuicio, naturalmente, de que los actos de las sociedades de hecho puedan reputarse válidos en el ámbito del Derecho privado<sup>1069</sup>.

Por último, cabe preguntar qué sucede con las sociedades en formación, es decir, con las sociedades de capital que cuentan con un acuerdo social mientras no se inscriben en el Registro Mercantil (en el caso de las sociedades de personas, la sociedad en formación se solapa con la irregular)<sup>1070</sup>. Teniendo en cuenta que la inscripción resulta indispensable para la obtención de personalidad jurídica como sociedad de capital, en tanto no se verifique, no deberá considerarse a la sociedad en formación como una sociedad de aquel tipo. Sin embargo, mientras no se materialice la inscripción, no habría inconveniente para considerarla como "sociedad no de capital" y, por lo mismo, como titular de personalidad jurídica<sup>1071</sup>. Este aserto deriva de la idea consistente en que la personalidad jurídica de las sociedades nace en el instante de celebración del contrato<sup>1072</sup>. La titularidad de dicha personalidad repercute en que a las sociedades en formación se deba aplicar el art. 31 bis CP, mas no el 129 CP.

### 3.3. Los sujetos susceptibles de responsabilidad penal en Chile

a) La opción por un modelo de mención específica de los sujetos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En Derecho chileno, la Ley n° 20.393 opta, al contrario de la legislación española, por señalar expresamente qué organizaciones quedan sujetas a la responsabilidad penal. En concreto, el art. 2 de la referida Ley señala que "*las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado*". A parte de ello, coincide con la legislación española en erigir la personalidad jurídica y no la mera capacidad de obrar en criterio delimitador de los sujetos afectados por la norma<sup>1073</sup>.

---

<sup>1068</sup> Cabe tener en cuenta también que el art. 1669 CC prescribe que "*no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios*", rigiéndose estas sociedades por las normas de la comunidad de bienes.

<sup>1069</sup> Así señala PAZ-ARES, C., "Sociedades mercantiles", op. cit., p. 293.

<sup>1070</sup> Acerca de las sociedades en formación, véase MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, J., "Las sociedades en formación", op. cit., pp. 5ss. Respecto de las diferencias entre sociedad en formación e irregular, véase DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., "La personalidad jurídica de la sociedad en formación. (Comentario a la RDGRN de 22 de abril de 2000)", *Derecho de Sociedades*, Thomson Aranzadi, 2010, pp. 131ss.

<sup>1071</sup> ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 156. Véase también MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, J., "Las sociedades en formación", op. cit., p. 5.

<sup>1072</sup> MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, J., "Las sociedades en formación", op. cit., pp. 1ss.

<sup>1073</sup> Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, 2012, p. 78.

b) El criterio de personalidad en la delimitación de los sujetos susceptibles de responsabilidad penal de las personas jurídicas

La circunstancia de que la norma chilena se limite a aludir a las "personas jurídicas" nuevamente plantea los problemas que con ocasión de la técnica utilizada en la legislación española se han tratado. Al respecto, cabe reiterar que resulta claro que, sin perjuicio de las remisiones que sean necesarias a otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en orden a determinar el concepto de persona jurídica, es preciso no olvidar la relativa autonomía de los conceptos penales, que permite tener en cuenta a la vez los criterios de personalidad y capacidad organizativa<sup>1074</sup>.

Parece plausible mantener, como hace HERNÁNDEZ BASUALTO, que la ley chilena contiene elementos que permiten atender también al criterio material de la capacidad organizativa de la entidad además del criterio formal relativo a la posesión de personalidad jurídica<sup>1075</sup>. Con ello podrían salvarse algunos problemas que presenta la vía formal de designación de los sujetos de la responsabilidad penal para la resolución de los cuales sería aconsejable que fuera tenida en cuenta por la jurisprudencia<sup>1076</sup>.

Cabe reparar en que la legislación chilena limita la aplicación de sus disposiciones a las personas jurídicas de "Derecho privado". Durante la discusión del proyecto que dio origen a la legislación vigente, se abordó el alcance que tenía tal expresión, señalándose que dentro de las referidas entidades estaban incorporadas todas las personas jurídicas de Derecho privado, con o sin fines de lucro<sup>1077</sup>. En este entendido, entonces, deben ser consideradas sujetos responsables penalmente las sociedades civiles y las personas jurídicas de Derecho mercantil, como las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, así como las corporaciones y fundaciones. También deberían serlo las empresas individuales de responsabilidad limitada<sup>1078</sup>.

---

<sup>1074</sup> Al respecto señala HERNÁNDEZ BASUALTO, H., *loc. cit.*, que los problemas pueden darse en casos en que la persona física que incurre en el delito no se desempeñe en la persona jurídica en cuyo beneficio se comete.

<sup>1075</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H., *loc. cit.*, propone distintas vías para enfrentar la rigidez que establece la ley en torno a los sujetos de responsabilidad penal, una de las cuales consiste en entender que son personas jurídicas todas aquellas que pueden ser objeto de sanciones conforme a la ley. Ello sobre la base de varias disposiciones de la propia ley. Una de ellas sería que la ley habla de personas jurídicas de Derecho privado y empresas del Estado, por lo que tal diferenciación podría estar basada en criterios organizativos más que formales. Sin embargo, el mismo autor reconoce que la exigencia de personalidad jurídica "parece incontestable".

<sup>1076</sup> Cabe destacar que la diferenciación entre personas jurídicas y entidades carentes de este estatus es mucho más clara en la legislación española que en la chilena, por cuanto en la primera existe una disposición referida expresamente a las organizaciones sin personalidad jurídica, en el art. 129 CP, lo cual deja abierta la posibilidad de construir una interpretación más amplia del concepto en cuestión.

<sup>1077</sup> Véase el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados en *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>1078</sup> Véase acerca de la inclusión de estas últimas en la referida ley, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política Criminal*, v. 5, n° 9, 2010, pp. 207-236. Las referidas empresas están definidas en el art. 2 de la ley n° 19.857, que Autoriza el Establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

c) La exclusión de los entes sin personalidad jurídica, con especial mención a las sociedades de hecho e irregulares

Nuevamente, debe determinarse, ahora para el caso del Derecho chileno, si las sociedades de hecho y las irregulares tienen o no personalidad jurídica<sup>1079</sup>, en tanto que sólo ante una respuesta afirmativa cabría aplicar la Ley n° 20.393. Las normas que en el referido ordenamiento jurídico se abocan expresamente a los aludidos tipos de sociedad son los arts. 356 y 357 del Código de Comercio.

Por lo que respecta a las *sociedades de hecho*, el art. 356 de dicho Código precisa que la sociedad que no conste de alguno de los instrumentos de constitución que allí se exigen es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada, agregando que, sin perjuicio de esto, si la sociedad existiere de hecho dará lugar a una comunidad. Adicionalmente, la jurisprudencia chilena ha entendido sostenidamente que las sociedades de hecho carecen de personalidad jurídica<sup>1080</sup>. Así, la circunstancia de carecer de personalidad jurídica impediría que las sociedades de hecho puedan ser destinatarias de la Ley n° 20.393, por lo que no podrían quedar sujetas a sanción penal alguna en tanto que organización, sin perjuicio de las sanciones penales que puedan recaer sobre los socios. Y ni siquiera a consecuencias de carácter accesorio, al no contemplarse éstas para los supuestos en que los socios de dichas entidades cometan alguno de los delitos de la referida Ley<sup>1081</sup>.

En cuanto a las *sociedades irregulares*, el art. 357 del Código de Comercio señala expresamente que la sociedad que no haya cumplido con los requisitos de formación exigidos por el art. 350 del mismo cuerpo legal igualmente goza de personalidad jurídica, de lo cual deriva que dichas sociedades sí deben entenderse incluidas en el art. 2 de la Ley.

d) La exclusión de los entes de carácter público

Considerando que la Ley n° 20.393 señala expresamente que rige para las personas jurídicas de Derecho privado, las personas de Derecho público, como el Estado y sus organismos (*v. gr.*, las Municipalidades), quedan fuera de su ámbito subjetivo de aplicación<sup>1082</sup>. Sin embargo, por razones de transparencia, el legislador chileno decidió

---

<sup>1079</sup> Acerca de la distinción entre sociedad irregular y de hecho en el Derecho chileno véase TORRES ZAGAL, O, "Las sociedades de hecho e irregular (con referencia a la sociedad colectiva comercial)", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° XIX, 1998, *passim*.

<sup>1080</sup> Véase ROMERO SEGUÉ, A., "Sobre el concepto de persona jurídica para hacer efectiva su responsabilidad penal", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 3, 2010, p. 38 (nota 30).

<sup>1081</sup> Aunque la Ley sí considera la aplicación de consecuencias accesorias, ellas sólo se aplican en los casos en que se trate de una asociación ilícita, conforme al art. 294 bis del CP, o bien de una asociación ilícita para el blanqueo de capitales, conforme al art. 28 de la Ley de Lavado de Activos, n° 19.913, en cuyo caso se aplicará la consecuencia accesorio de disolución o cancelación de la personalidad jurídica. Por tanto, al no contemplarse dichas consecuencias más que para tales hipótesis, en todos los demás supuestos de organizaciones carentes de personalidad jurídica, no se aplicaría sanción alguna a la entidad misma.

<sup>1082</sup> Cabe reparar en que los partidos políticos también quedarían fuera de este ámbito de aplicación, ya que en el Derecho chileno no son catalogados por la ley que los rige como personas jurídicas de Derecho privado. No obstante, dicha ley tampoco los cataloga como personas de Derecho público. El artículo 1 de la



que las empresas del Estado igualmente quedaran sometidas a la nueva regulación.

Cabe tener presente que de acuerdo con el inciso segundo del art. 1 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, n° 18.575, la Administración del Estado está constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y *las empresas públicas creadas por ley*<sup>1083</sup>. Así, teniendo en cuenta que estas últimas entidades se consideran parte de la Administración del Estado, resulta plenamente justificado que la Ley n° 20.393 haya incluido a las empresas del Estado expresamente como un sujeto distinto de las personas jurídicas de Derecho privado<sup>1084</sup>.

Por otro lado, dentro de la noción de empresas del Estado a que se refiere la Ley n° 20.393, también deben incluirse, en tanto que dicha Ley no formula ninguna distinción, las empresas del Estado que no han sido creadas por ley<sup>1085</sup> y que se corresponden con las llamadas “sociedades estatales”<sup>1086</sup>.

---

Ley n° 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, sólo los define como “asociaciones voluntarias, dotadas de personalidad jurídica”. Así, en Chile, los partidos políticos, aunque personas jurídicas, no podrían calificarse de manera concluyente ni como personas jurídicas de Derecho privado ni como entidades de Derecho público. Acerca de la distinción entre los ordenamientos que conciben a los partidos políticos como personas jurídicas de uno u otro tipo o como “asociaciones con personalidad jurídica” en tanto que género autónomo, véase ZOVATTO, D., “Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada”, pp. 24-27, incardinando al régimen chileno dentro del tercer grupo.

<sup>1083</sup> Las empresas públicas creadas por ley son aquellas que han sido creadas por una ley de quórum calificado (así lo exige la Constitución Política de la República). En estos supuestos, la empresa es creada con personalidad jurídica de Derecho público y con la naturaleza propia de un órgano descentralizado funcionalmente, lo cual hace que pase a formar parte de la Administración del Estado. Se trata de empresas disciplinadas por un régimen de Derecho público, el cual regula su actividad o giro, funciones, potestades, organización, personal, patrimonio y régimen de control. Eso sí, las relaciones comerciales con los usuarios y consumidores se rigen por las normas de Derecho privado. Véase LATORRE VIVAR, P., “Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° XXX, 2008, pp. 224s. Y, también, OJALVO CLAVERÍA, R., *Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, concordada, comentada e interpretada*, Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2006, *passim*.

<sup>1084</sup> Durante la tramitación del proyecto que precedió a la nueva ley, se consultó respecto del sentido de la incorporación de las “empresas del Estado”, y se señaló que éstas, aunque públicas, se rigen por la normativa privada. Sin embargo, según lo señalado en la nota *supra*, las empresas del Estado creadas por ley se rigen por la normativa de Derecho privado sólo en lo que concierne a las relaciones con usuarios y consumidores, estando gobernadas por la de Derecho público en los restantes extremos, esto es, en materia de organización y funcionamiento. En realidad, según veremos a continuación, las empresas del Estado que se rigen íntegramente por el Derecho privado son las empresas no creadas por ley, denominadas “sociedades estatales”.

<sup>1085</sup> En el mismo sentido se plantea el OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 4.

<sup>1086</sup> En este caso no se requiere que la respectiva empresa haya sido creada a través de una ley, bastando para su constitución con que el legislador (mediante ley de quórum calificado) autorice que uno o más órganos centralizados o descentralizados del Estado (incluyendo a sus empresas) le den nacimiento. Las sociedades estatales, a diferencia de las empresas del Estado creadas por ley, se rigen, en cuanto a su constitución, organización y funcionamiento, por las normas del Derecho privado, mientras que el Derecho público sólo regula algunos aspectos específicos relativos al control financiero. Asimismo, al igual que en el caso de las

### 3.4. Recapitulación y valoración

Las legislaciones española y chilena guardan similitud en cuanto al criterio genérico adoptado para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, que en ambas radica en la posesión de personalidad jurídica.

Sin embargo, disienten en cuanto al régimen aplicable a las entidades sin personalidad jurídica. Por un lado, el Derecho español opta por la aplicación de las consecuencias accesorias reguladas en el art. 129 CP para una extensa lista de delitos y con una amplia gama de contenidos sancionatorios, mientras que el chileno sólo las contempla en tipos penales específicos y con la única posibilidad de aplicación de la sanción de disolución. En la legislación chilena las consecuencias accesorias son aplicadas sólo a asociaciones de carácter delictivo, mientras que en el caso español la aplicación de las consecuencias accesorias se prevé para entidades que no poseen personalidad jurídica.

También existe afinidad entre ambos ordenamientos en cuanto a la selección de los sujetos exentos de RPPJ, pues se opta en ambos Derechos por excluir al Estado y sus organismos de la aplicación del régimen de responsabilidad penal.

La diferencia entre ambos sistemas estribaría en la inclusión que hace el Derecho chileno de las empresas del Estado aunque, como se ha señalado más arriba, en España, el Proyecto de 2013 prevé la extensión del ámbito aplicativo de la norma a las sociedades mercantiles estatales, aunque con restricción respecto del abanico de sanciones aplicables a las mismas<sup>1087</sup>.

Por último, en ambas legislaciones quedan ámbitos en que la aplicación de la RPPJ puede resultar compleja, como aquél que se refiere a los grupos de empresas, como consecuencia de la utilización del criterio de la personalidad jurídica. Lo diferente aquí es la trascendencia que la exclusión de la responsabilidad penal tiene en uno y otro sistema, pues mientras que el Derecho español da la opción de aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP a los supuestos no abarcados por el art. 31 bis CP, en el caso chileno no existe una posibilidad análoga que permita sancionar penalmente a los sujetos excluidos de la RPPJ, observándose como única posibilidad capaz de evitar el vacío de punibilidad, la interpretación más laxa del concepto persona jurídica.

---

empresas del Estado creadas por ley, sus relaciones con los usuarios y consumidores se rigen por el Derecho privado. Véase LATORRE VIVAR, P., "Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades", op. cit., pp. 225s.

<sup>1087</sup> Al respecto el Proyecto en actual tramitación de reforma al Código Penal establece en el art. 31 quinquies, apartado 2 que *"En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal"*.

#### 4. Delitos generadores de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como ya se ha señalado en la Segunda Parte de este trabajo, tras el estudio de los diversos sistemas legales, se ha apreciado la existencia de multiplicidad de vías a través de las cuales se puede ampliar o restringir el ámbito objetivo de RPPJ. Pero, a grandes rasgos, las diversas posibilidades pueden reducirse a tres.

La primera, parte de la parificación total entre persona física y persona jurídica, que permite atribuir a la segunda cualquiera de los delitos previstos en el ámbito penal. La segunda opción, pasa por la declaración de la adopción de un sistema de lista cerrada y la mención a la RPPJ en la regulación de cada uno de los delitos para los que se prevé, es decir, a través de una técnica de remisión de la Parte general a la Parte especial. Ésta fue, en un primer momento la opción adoptada por la legislación francesa, y la finalmente consagrada por el legislador español. El tercer método, adoptado por otras legislaciones, consiste en reunir en una sola lista de la Parte general a todos los delitos de los que puede derivar responsabilidad penal corporativa. Además de Italia y otros países, ésta ha sido la vía adoptada por el legislador chileno.

##### 4.1. El sistema español de incriminación específica y lista diseminada

El Código Penal español opta por un sistema de incriminación específica al establecer que la RPPJ sólo se aplicará "*en los supuestos previstos en este Código...*" (art. 31 bis 1 CP) siempre, por supuesto, que se cumplan los demás requisitos establecidos en la ley.

De acuerdo con esta disposición el enfoque asumido por España es el de atribuir la responsabilidad penal corporativa *delito por delito*, es decir, el principio de especialidad en materia de atribución, de manera similar a la opción francesa anterior a la reforma de 2005.

No obstante su indudable garantismo y taxatividad, este método presenta algunos inconvenientes, relacionados con la relativa dificultad de conocer todo lo que castiga la ley de modo unitario, con los consiguientes peligros para una adecuada coherencia jurídica, pues podrían quedar vacíos de punibilidad que pudieran pasar desapercibidos<sup>1088</sup>. Piénsese, por ejemplo, en las lesiones u homicidios imprudentes que pueden causarse en el ámbito de la construcción o circulación.

Siendo ésta una opción legislativa de calado es, sin embargo, difícil saber cuál fue la razón que llevó al legislador a optar por esta fórmula. Nada aclara al respecto el Preámbulo de la LO 5/2010, que se limita a afirmar que "*esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea*", sin que las razones de

---

<sup>1088</sup> Los esfuerzos por la sistematización de estos ámbitos provienen de la doctrina. Véase, por ejemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", op. cit., pp. 24s., quien señala que la lista adoptada en España responde a las demandas de instrumentos internacionales en materia criminal.

tal elección legislativa estén expresadas por el legislador<sup>1089</sup>.

Ante el silencio de la ley por la que se introdujo la RPPJ en España, puede acudirse a los trabajos que precedieron a su aprobación, en concreto al Proyecto de 2007, precedente del que dio origen a la nueva ley. En el preámbulo del mismo se señalaba que *"(a) esa nueva especie de responsabilidad había que dotarla, como es lógico, de especiales garantías. Ante todo, descartando la posibilidad genérica de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en cualquier clase de delito, en favor de un sistema de incriminación específica, indicando en una serie de figuras delictivas que se admite la eventual comisión por una persona jurídica. Esa estricta selección, con la que se da estricto cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia, ha recaído sobre delitos de indudable trascendencia en los que es fácilmente imaginable la presencia de una persona jurídica en su dinámica comisiva, lo que explica la exigencia de una responsabilidad a éstas"*.

De la lectura de la Exposición de motivos se deduce que la razón de la opción por el sistema de incriminación específica<sup>1090</sup> se halla en la voluntad de limitar la intervención penal a los ámbitos que clásicamente han sido considerados propios de la delincuencia empresarial<sup>1091</sup> y, por lo tanto, excepcionales, además de dar cumplimiento a las demandas internacionales. Este sistema, por cierto, no es alterado en el Proyecto de reforma actualmente en tramitación.

Aunque no constituye objeto de este trabajo el análisis en profundidad de la Parte especial de la RPPJ, en términos generales, puede afirmarse que el sistema utilizado cumple, sin duda, con el *principio de legalidad* y taxatividad por la expresa remisión que el 31 bis CP realiza a los delitos contenidos en el Código Penal<sup>1092</sup>.

Entre ellos, se encuentran ilícitos que protegen bienes jurídicos de muy distinta índole, como la salud pública, el patrimonio, el medio ambiente, el mercado, el patrimonio del Estado, la función pública, etc., existiendo un claro predominio de los bienes jurídicos socioeconómicos, así como de los delitos vinculados con la delincuencia organizada<sup>1093</sup>.

Respecto de la concreta selección de delitos, el Preámbulo de la LO 5/2010 señala,

---

<sup>1089</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", op. cit., p. 13, señala que el análisis del catálogo de delitos muestra un predominio de los delitos en los que se ha centrado el debate políticocriminal sobre la necesidad de responsabilidad penal corporativa. Se centra, por tanto, en los delitos contra bienes jurídicos socioeconómicos y delitos relacionados con la delincuencia organizada. Agrega, sin embargo, que se han incluido también otros delitos de carácter patrimonial o asimilado, delitos contra la administración pública, incluso contra la intimidad o de riesgo catastrófico.

<sup>1090</sup> De la misma opinión, NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", op. cit., p. 58; también, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", op. cit., p. 25, pues los delitos se corresponden con los recogidos en los instrumentos comunitarios.

<sup>1091</sup> Nótese que RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España", op. cit., pp. 208s., formula una crítica a la opción tomada, por cuanto estima que, aunque el legislador pensaba en la delincuencia económica empresarial, no ha sido cubierta toda ella, existiendo por otro lado, delitos en los que sí se aplica, pero que "difícilmente podrán ser ejecutados desde personas jurídicas".

<sup>1092</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", op. cit., p. 18.

<sup>1093</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", op. cit., p. 13.

de un modo un tanto genérico, que se ha contemplado la RPPJ en "*aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente*", citando sin más justificaciones, los ámbitos para los que se prevé la intervención penal: transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, etc.<sup>1094</sup>

Del examen exhaustivo del articulado se desprende que, el listado completo de delitos sobre los que se proyecta la intervención penal son: el art. 156 bis relativo al tráfico ilegal de órganos; el art. 177 bis, relativo a la trata de seres humanos; el art. 189 bis en relación con los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores; el art. 197 relativos a atentados contra la intimidad y allanamiento informático; el art. 251 bis en relación con las estafas y fraudes del art. 251; art. 261 bis en relación con las insolvencias punibles; el art. 264.4 referido al delito de daños informáticos; el art. 288 en relación con diversos delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores; el art. 302.2 en relación con el blanqueo de capitales; el art. 310 bis en relación con los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; el art. 318 bis.4 sobre delitos contra los ciudadanos extranjeros<sup>1095</sup>; el art. 319 sobre construcción, edificación y urbanización ilegal; el art. 327 y 328.6 relativos a los delitos contra el medio ambiente; el art. 343 sobre delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes; el art. 348.3, relativo a delitos de riesgo provocados por explosivos; el art. 369 bis en relación con delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas; el art. 399 bis relativo al delito de falsedad en medios de pago; el art. 427 en relación con delitos de cohecho; art. 430 en relación con delitos relativos al tráfico de influencias; art. 445 relativo al delito de corrupción a funcionario público extranjero, y el art. 576 bis relativo a la financiación del terrorismo<sup>1096</sup>.

No se han contemplado hipótesis delictivas, como sí lo hacen algunas jurisdicciones anglosajonas e incluso la italiana, de homicidios o lesiones culposas. Las resistencias en el ámbito de los elementos intencionales que se exigirían respecto de la persona jurídica son aún fuertes, por lo que su aplicación seguramente sea un tema a debatir en las futuras reformas del sistema<sup>1097</sup>.

---

<sup>1094</sup> Véase el Preámbulo de la LO 5/2010.

<sup>1095</sup> FERRÉ MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 31, plantea respecto de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis, que "*llama poderosamente la atención el hecho de que sólo se contemple la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas cuando se trate de delitos relacionados con trabajadores extranjeros, sin incluir, como hubiera sido más lógico, a los trabajadores en general*". No comparto tal aseveración, por cuanto lo regulado en el art. 318 bis CP, no dice relación con finalidad alguna de trabajo, sino que se trata de un delito contra el Estado, referido concretamente al tráfico de personas extranjeras, más allá de cualquier finalidad laboral que pueda existir en la realización de la conducta.

<sup>1096</sup> Véase la lista de delitos que se enumeran en la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, pp. 55s. Una enumeración detallada de los delitos sujetos a responsabilidad penal de las personas jurídicas en FERRÉ MARTÍNEZ, C., *ibídem*, pp. 23ss. Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", op. cit., pp. 24s., la razón estribaría en que los delitos contra los trabajadores se encuentra vinculado con el delito de homicidio, en el que existe una discusión ya "centenaria" en torno a la posibilidad de que exista responsabilidad de la organización en el ámbito penal.

<sup>1097</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", op. cit., p. 25, señala que esta será una cuestión que probablemente se asuma en la medida en que aumenten las necesidades políticocriminales. Respecto del análisis de la aplicación de otros delitos, como el



Por otro lado, la mayoría de las hipótesis delictivas contempladas son dolosas, a excepción del delito de blanqueo de capitales y el delito medioambiental, aunque respecto de este último la inclusión de la hipótesis imprudente no resulta nada clara.

La aplicación de la responsabilidad penal corporativa respecto de los delitos medioambientales está contemplada en los arts. 327 y 328.6 CP, que se refieren a hipótesis dolosas. Sólo se contempla la forma imprudente en el art. 331 CP y respecto de esta disposición no se ha contemplado la aplicación del art. 31 bis CP de manera expresa. Por ello, parte de la doctrina<sup>1098</sup> estima que no sería aplicable esta responsabilidad. El fundamento estaría en la propia fórmula utilizada por el legislador en el art. 327 CP en la que se señala que se prevé la RPPJ para "los delitos recogidos en los dos artículos anteriores", es decir, dos tipos dolosos y en el art. 328.6 CP, que reza: "en los delitos recogidos en este artículo", también referido a una hipótesis dolosa. Dado que el tipo imprudente se encuentra en otra disposición penal distinta (el art. 331 CP) a la que los arts. 327 y 328.6 no hacen referencia, en mi opinión la única y negada vía de solución sería la de hacer una interpretación *extensiva* de la aplicación del art. 31 bis CP a la hipótesis imprudente del delito medioambiental, con la consiguiente infracción del principio *pro reo* y, por lo tanto, rechazable.

#### 4.2. El sistema chileno de incriminación específica y lista concentrada

El art. 1 de la Ley n° 20.393 señala que la RPPJ que allí se regula se aplica a los delitos previstos en los arts. 27 de la Ley n° 19.913, en el art. 8° de la Ley n° 18.314 y en los arts. 250 y 251 del Código Penal.

Como en España, en la legislación chilena se adopta un sistema de incriminación específica, aunque la diferencia es que aquí los delitos se recogen en una sola lista, especialmente exigua, por cierto. Este camino es, por otro lado, el que adoptan gran cantidad de países, y parece ser que es el que mayores ventajas ofrece. Primero, porque permite conocer de manera directa y accesible cuáles son los ámbitos que se ha querido incorporar en la nueva responsabilidad que se consagra, y por el otro, porque permite también, como consecuencia de lo anterior, conocer qué ámbitos requieren ser contemplados en futuras reformas<sup>1099</sup>.

Sin perjuicio de que el camino de las "listas" -que pueden y son ampliadas con el paso del tiempo, como demuestra el ejemplo italiano- es un buen sistema, no puede

---

delito ecológico, delitos contra la hacienda pública y a seguridad social, entre otros, véase, NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, op. cit., *passim*.

<sup>1098</sup> QUINTERO OLIVARES G., "La imputación a personas físicas y jurídicas de los delitos generados en actividades empresariales", *Contribución al 7<sup>th</sup> European Jurists' Forum*, Barcelona, 18-20 abril 2013, p. 21, señala que el tipo imprudente sólo se contempla respecto del delito de blanqueo de capitales. En el mismo sentido, ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 153.

<sup>1099</sup> De esta opinión, PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", op. cit., p. 20, los que se refiere al camino tomado por Italia de aumento progresivo del abanico de delitos el que, en su criterio, debió seguir República Checa.

ignorarse que el catálogo adoptado en Chile resulta extremadamente insuficiente<sup>1100</sup>.

De la selección de esos tres únicos delitos puede deducirse que la intención, por demás expresada en el Mensaje del proyecto de ley que dio origen a la legislación vigente, era exclusivamente el cumplimiento de las obligaciones que existían en la materia a nivel internacional. En efecto, el Mensaje presidencial señala al respecto que el proyecto de ley pretende "*cumplir con una multiplicidad de objetivos, con especial énfasis en la satisfacción de los compromisos internacionales adoptados por Chile*" agregando, luego, que para cumplir tales finalidades se ha elaborado el nuevo estatuto de responsabilidad de las personas jurídicas, pero el mismo "*no pretende instituir un sistema general de sanciones, sino que solo contempla aquellos delitos que a nivel internacional son considerados especialmente dañosos*".

Por ello la tipología adoptada, no responde a las reales necesidades político-criminales de un país en creciente desarrollo a nivel económico y social, con los consiguientes conflictos y necesidades de cobertura a nivel penal que ello conlleva, sino que se limita a cumplir con la expectativa de que tal régimen resulte aplicado de manera estrictamente excepcional y con el único objetivo de dar cumplimiento a los compromisos internacionales.

Los tres delitos que se contemplan son: el delito de lavado de activos, previsto en el art. 27 de la Ley n° 19.913<sup>1101</sup>, el delito de financiamiento del terrorismo, contemplado en el art. 8 de la Ley n° 18.314<sup>1102</sup>, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; y los delitos de cohecho a funcionario público nacional y de cohecho a funcionario público extranjero, tipificados en los arts. 250 y 250 bis A del Código Penal, respectivamente<sup>1103</sup>.

La existencia de este tipo de responsabilidad, respecto del lavado de activos y de las dos formas de cohecho que se contemplan, no da lugar a discusión, dado que su comisión resulta, a todas luces, una realidad cada día más reiterada, sin embargo, respecto del delito de terrorismo, aunque los compromisos puedan haber sido importantes en este aspecto, lo cierto es que la aplicación de la ley de terrorismo es escasa, y cuando se ha aplicado, se ha hecho en un ámbito en el que resulta extremadamente cuestionable hablar verdaderamente de terrorismo<sup>1104</sup>.

---

<sup>1100</sup> Así lo señala MATUS ACUÑA, J. P., "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357", op. cit., pp. 297s., sosteniendo la necesidad de ampliar el catálogo de delitos a las falsificaciones, la receptación, los daños, cuasidelitos y delitos contra el tráfico, delitos contra la competencia, delitos tributarios, entre otros.

<sup>1101</sup> Ley n° 19.913 que "crea la Unidad de Análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos" de 18 de diciembre de 2003, del Ministerio de Hacienda.

<sup>1102</sup> Ley n° 18.314 que "determina conductas terroristas y fija su penalidad" de 17 de mayo de 1984 del Ministerio del Interior.

<sup>1103</sup> Y que responden principalmente a los siguientes instrumentos internacionales: la Convención de la ONU contra la corrupción; la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de la ONU; el Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

<sup>1104</sup> Me refiero a su aplicación a delitos, principalmente de incendios en los que han sido imputados personas pertenecientes a la etnia mapuche, calificando tales delitos como incendios terroristas. Respecto de la complejidad de la aplicación de la ley antiterrorista en Chile, véase VILLEGAS DÍAZ, M., *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en*

Durante la discusión parlamentaria se planteó<sup>1105</sup> la posibilidad de que el catálogo de tres delitos fuera en realidad bastante más amplio, dado que uno de los contemplados - en concreto el del art. 27 de la ley nº 19.913- contenía una extensa lista de delitos base del lavado de activos. En razón de ello los tipos penales vinculados a esta responsabilidad, se estimaba, eran bastantes más que los tres mencionados en la Ley. Sin embargo, lo cierto es que tal aseveración carece de fundamento, dada la diferencia obvia que existe entre el delito base y el delito de lavado<sup>1106</sup>. Además, el propio principio de legalidad que ha llevado al legislador a señalar expresamente el ámbito objetivo de aplicación de la Ley impide que esa aplicación pueda darse sin hacer la necesaria mención expresa.

Por último, se prevé la aplicación de la Ley también respecto de otros dos tipos penales: la asociación ilícita del art. 292 del Código Penal y la asociación ilícita para el blanqueo de dinero del art. 28 de la ley nº 19.913. Sin embargo, para estos supuestos no se prevé la aplicación de la RPPJ, sino la de las consecuencias accesorias. En los delitos en cuestión, se expresa que cada vez que la asociación ilícita -sea la general del Código Penal o la especial del blanqueo de capitales<sup>1107</sup>- se hubiere formado a través de una persona jurídica se aplicará, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la persona jurídica<sup>1108</sup>.

### 4.3. Recapitulación y valoración

El sistema de incriminación específica, por el que optan tanto el legislador español como el chileno, ofrece una indudable garantía negativa: la de que no puede derivarse RPPJ por ninguno de los delitos que no estén expresamente mencionados en la ley al efecto, que en el caso español, son más y en el chileno, menos.

Lo que no está tan claro es si llegaremos a ver condenas por cualquiera de los delitos incluidos en la lista -diseminada y atomizada en España, concentrada, en Chile-, por problemas que tienen que ver con el concreto régimen de imputación penal de las personas jurídicas contenido en el art. 31 bis CP y en el art. 3 de la Ley chilena.

En el poco tiempo que lleva en vigor la LO 5/2010 por la que se introdujo la RPPJ en el CP español, en la doctrina, ya se ha apuntado un obstáculo importante a la exigencia de responsabilidades penales a las empresas que vale tanto para la RPPJ en España como en Chile. Éste deriva del hecho de que los sistemas de control (*compliance*), previstos en

---

*Chile y España*, Universidad de Salamanca, 2002 (Tesis).

<sup>1105</sup> Este es el caso de Jorge Böfill, quien se expresó así respecto del art. 27 de la Ley nº 19.913. Véase Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, en *Historia de la Ley nº 20.393*.

<sup>1106</sup> El mismo sentido, HÉRNANDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, op. cit., p. 215.

<sup>1107</sup> En el caso de la asociación ilícita del art. 294 del Código Penal se agrega un inciso segundo al art. 294 bis que expresa: "Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica". Por su lado, en el caso del delito de asociación ilícita para el blanqueo de dinero se señala en el art. 28 de la Ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, una disposición de idéntico tenor que la contemplada en el art. 294 bis CP.

<sup>1108</sup> En este sentido, véase OFICIO FN nº 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 4.



ambos sistemas legales, no serán siempre capaces de evitar los delitos dolosos<sup>1109</sup> como, sin embargo, son la mayoría de los incluidos en el sistema español<sup>1110</sup> y todos los contemplados en la Ley chilena. De modo que, no puede descartarse la posibilidad de que se cometan delitos dolosos en el seno de las empresas sin de ello deducirse que no han aplicado eficazmente sus sistemas de control<sup>1111</sup>.

En el caso español además aparecen dificultades en la posibilidad de exigir RPPJ en los casos de delitos especiales, pues cuando son cometidos por sujetos que no son "representantes" de la voluntad social, no será posible aplicar la regla del "actuar por otro" contenida en el art. 31 CP, que es condición para afirmar que se ha cometido un delito por parte de la persona física del que pueda responder la persona jurídica.

Estos son sólo algunos de los obstáculos que, hasta la fecha, han sido apuntados por la Doctrina. Sin embargo, no se descartan otros que, como los anteriores, puedan derivar de la interpretación conjunta y sistemática de los delitos incluidos en la lista con las reglas de imputación previstas en el art. 31 bis CP y que necesariamente deberán ser abordados más adelante. Esas dificultades aun no son evidentes en el sistema chileno de RPPJ pero, seguramente con la ampliación del catálogo de delitos, tales complejidades se visualizarán con mayor claridad.

### **CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (I): LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN A LA LUZ DE LAS CATEGORÍAS CLÁSICAS Y SUS LÍMITES**

#### **1. Intentos de interpretación del sistema de imputación a la luz de las categorías dogmáticas clásicas<sup>1112</sup>**

Como no podía ser de otro modo, cada uno de los sistemas de imputación de la RPPJ –analizados más arriba– conduce a interpretaciones distintas acerca del significado de sus elementos. En líneas generales, puede afirmarse que, en los países que, desde premisas más pragmáticas, se inclinan por sistemas de autorresponsabilidad, se considera

---

<sup>1109</sup> Tal obstáculo es planteado por QUINTERO OLIVARES, G., "La imputación a personas físicas y jurídicas de los delitos generados en actividades empresariales", op. cit., p. 20.

<sup>1110</sup> En el caso español, con la única excepción del blanqueo y los delitos medioambientales, aunque la legislación en este punto no es clara, inclinándome por la respuesta negativa respecto de su inclusión en la RPPJ.

<sup>1111</sup> Así, señala QUINTERO OLIVARES, G., "La imputación a personas físicas y jurídicas de los delitos generados en actividades empresariales", op. cit., p. 20, que los delitos dolosos, en casi la totalidad de las hipótesis delictivas del catálogo penal español y todas las del sistema chileno, no se avienen con las normas de cuidado que entrañan los *compliance programs*, que se referirían a reglas de prudencia y prevención.

<sup>1112</sup> Me refiero especialmente a la doctrina española, porque es en ella donde se ha dado un mayor desarrollo de las teorías que intentan ubicar los distintos criterios de la RPPJ en las categorías clásicas del delito, pero el debate resulta aplicable también a la RPPJ consagrada en el Derecho chileno el que, como se ha visto, es un modelo mixto. Por esta razón, *mutatis mutandi*, estas teorías también resultan aplicables a la configuración legal de esa responsabilidad, y especialmente a los arts. 3 y 4 de la Ley n° 20.393.

que el hecho de conexión es ajeno al injusto de la persona jurídica y que en el defecto de organización o en la cultura empresarial se halla el fundamento de la responsabilidad sin necesidad de asignarlo a ninguna categoría específica de la teoría del delito clásica. En contraposición, en los países que optan por un sistema de heterorresponsabilidad, la consideración de los comportamientos humanos resulta fundamental para la configuración de la responsabilidad de la persona jurídica, mientras que los elementos propios de organización y funcionamiento de ésta no son considerados para fundamentar la pena.

El problema de los sistemas mixtos, como el español o el chileno, es que en ellos se cruzan ideologías y elementos del modelo de heterorresponsabilidad y el de autorresponsabilidad, por lo que hay mayor dificultad para clasificarlos en uno u otro. A ello se añade que, tanto en uno como en otro, la regulación penal de la RPPJ llega antes de haberse alcanzado la madurez doctrinal al respecto. El motivo principal ha sido que, en ambos países, la reforma de la legislación penal ha ido a remolque de los dictados internacionales, que imponían regular la RPPJ, como mínimo para una serie de delitos. Es así como en Chile se adopta en 2009 la Ley n° 20.393, sin que antes se hubiera debatido especialmente la materia. Lo mismo, aunque en menor medida, sucede en España donde los trabajos doctrinales han proliferado sólo a partir del primer anuncio de reforma legislativa en este sentido, en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006, que por fortuna tardó unos años en transformarse en ley vigente dando, hasta la Reforma de 2010, tiempo para la reflexión.

Las circunstancias anteriores, sumadas a las complejidades que se han dado en el ámbito dogmático respecto de la RPPJ, contribuyen a explicar que la Doctrina aparezca especialmente dividida en torno al significado y clasificación de los dos elementos nucleares en torno a los que se construye la RPPJ: el hecho de conexión y el defecto de organización. Por ello considero imprescindible dedicar un apartado a la exposición de las diversas posiciones doctrinales para llegar a conclusiones acerca de su capacidad de rendimiento en la interpretación y aplicación de la ley.

Por una parte, se encuentran aquellas teorías que consideran el *hecho de conexión* o *de referencia* como un elemento integrante de la RPPJ, por lo que el delito cometido por la persona física es considerado como un *injusto propio* de la persona jurídica, a condición, eso sí, de que se consideren también otros criterios relacionados con la actividad empresarial. Adicionalmente, para estas posiciones la categoría de la culpabilidad se llena con el llamado *defecto de organización*.

Para otras posiciones doctrinales que mantienen que, en relación con el sistema español, se ha consagrado el modelo de autorresponsabilidad, el *hecho de conexión* no es más que un dato exógeno exigido por el legislador para la procedencia de la RPPJ, por lo que no se ubica dentro del "injusto" de la persona jurídica. Para los autores que defienden estas posiciones, en realidad, el injusto típico de la persona jurídica está constituido por el *defecto de organización*, mientras que el contenido de la culpabilidad se llena con conceptos como "*cultura empresarial no apegada a Derecho*" o "*culpabilidad por un desarrollo desviado de la actividad empresarial*".

Los esfuerzos de ambas vertientes, esto es, de las que integran en el esquema de

RPPJ las actuaciones de las personas físicas y de las que intentan conformar un sistema de imputación propio de las personas jurídicas, se dirigen a colocar los distintos elementos que se exigen en la ley en las categorías tradicionales del delito de las personas físicas. No obstante, aun cuando ambas teorías constituyen importantes esfuerzos por explicar el funcionamiento del sistema a la luz de categorías conocidas, el paralelismo entre la RPPJ y el injusto culpable de la persona física<sup>1113</sup> genera distorsiones en dichas categorías, por lo que se busca darles un sentido y contenido distintos de los tradicionales.

A efectos de una mayor claridad, a continuación se exponen las aludidas posiciones doctrinales, separándolas en función de su ubicación en las categorías clásicas del delito.

## **1.1. Naturaleza jurídica del *hecho de conexión* o *hecho de referencia* de la persona física: posiciones doctrinales**

### **1.1.1. La ubicación del *hecho de conexión* en la tipicidad**

En la doctrina española se han asignado significados distintos al *hecho de referencia* en función del modelo de RPPJ que se considera acogido por el Código. Para quienes parten de un modelo de heterorresponsabilidad, forma parte de la tipicidad de la persona física, desde la que se transmite la responsabilidad penal a la persona jurídica. Por otro lado, para quienes parten de tal modelo de heterorresponsabilidad pero se encaminan hacia la autorresponsabilidad, el *hecho de referencia* forma parte del tipo en que incurre la persona jurídica siempre que se adicionen otros criterios que permiten hablar de un *hecho corporativo*<sup>1114</sup>.

#### a) La ubicación del *hecho de referencia* en el tipo de la persona física

Los autores que abogan por el modelo de heterorresponsabilidad consideran que el *hecho de referencia* no forma parte del delito de la persona jurídica, sino del *injusto típico* de la persona física sobre el que se construye el de la jurídica. Por ello, sostienen, no se ha contemplado un *injusto propio* de la persona jurídica<sup>1115</sup>.

---

<sup>1113</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", op. cit., p. 9.

<sup>1114</sup> Así, existe una posición, apoyada en la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, que estima que el sistema adoptado por el legislador español es el de heterorresponsabilidad, en el que, por tanto, se transfiere a la persona jurídica los hechos de las personas físicas. En esta tesis se ubican DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *ibidem*, pp.15s.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., "El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, *passim*; y DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, n° 103, 2011, *passim*. También la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General Estado, p. 30, señala que el modelo español sería un sistema de heterorresponsabilidad.

<sup>1115</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", op. cit.,

## b) La ubicación del *hecho de referencia* en el tipo de la persona jurídica

Otra parte de la doctrina española<sup>1116</sup>, considera que el art. 31 bis CP contempla tanto un injusto como una culpabilidad propios de la persona jurídica, y estima que su acción típica se integra con las actuaciones de las personas físicas que han realizado el delito. Así, aun cuando pueda considerarse que dicha acción típica pertenece en una primera instancia a la persona física, en la medida en que existan otros elementos relacionados con la propia persona jurídica, resulta apropiado hablar, en último término, de una acción típica de la entidad colectiva y no sólo de la persona física.

La primera postura, que afirma que se ha consagrado un sistema de heterorresponsabilidad presenta la ventaja de que no suscita dudas acerca de cuáles son los elementos que integran la tipicidad, en tanto que es una categoría tradicionalmente

---

p. 16, sostiene que se trata de un injusto de la persona física transferido a la persona jurídica, precisando que en realidad no se ha contemplado un injusto propio de la persona jurídica. Para el autor, la estructura del art. 31 bis CP implica "una responsabilidad de la persona jurídica por el hecho injusto ajeno", por lo que el legislador español en realidad "no ha querido o no ha sido capaz de configurar un hecho injusto específico propio de la persona jurídica". Por su lado, la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p. 33, señala que siendo éste un modelo de heterorresponsabilidad o de transferencia, la tipicidad, así como otros elementos del delito, se examinan en relación a los comportamientos de la persona física que comete el delito y que luego son imputados a la persona jurídica. Subsiguientemente, en esta vertiente doctrinal, no se habla tanto de la tipicidad del hecho de la persona jurídica, sino más bien de una tipicidad que sólo puede referenciarse a la persona física. Véase también RODRIGUEZ MOURULLO, G., "El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado", op. cit., p. 426, quien señala que se trata de "una responsabilidad que asciende desde la comisión del delito por la persona física a la persona jurídica", concluyendo que es "una responsabilidad derivada, trasladada o transferida". Por otro lado, TIEDEMANN, K., "El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31ss., también señala, en pp. 39ss., que el régimen de RPPJ español que se ha consagrado es una solución semejante a la contemplada en el Código Penal francés que, como ya se ha indicado *supra* en el cuerpo de este trabajo, se trata de un modelo de responsabilidad por rebote (como lo ha definido Pradel). De acuerdo con lo anterior, Tiedemann sostiene que se trataría de un modelo en el que la "culpabilidad y sobre todo el dolo y la imprudencia del autor físico" se atribuyen a la persona jurídica.

<sup>1116</sup> Principalmente, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 63. También afirma que la tipicidad en los delitos de las personas jurídicas se construye con el *hecho de referencia* de la persona física, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., pp. 53s. Este último autor afirma que es necesario que "una persona física, o una pluralidad de ellas, hayan actuado, o dejado de hacerlo, en el contexto empresarial, societario o asociativo, o, en palabras del Código Penal español, en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho". Agrega que "se trata, pues, de una especie de accesoria de lo injusto de la persona jurídica con respecto a la acción u omisión de la persona física". Entiendo que esta es también la posición de BACIGALUPO SAGGESE, S., "Criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", op. cit., pp. 5s., al señalar que "el **modelo de imputación** debe basarse sobre la existencia de un **hecho de conexión** y sobre la idea de la **culpabilidad por defecto de organización**" (la negrita en cursiva en el original). La misma autora, en "Artículo 31 bis", op. cit., p. 272, señala que "la responsabilidad penal de las personas jurídicas depende de la existencia de un hecho de conexión imputable a una persona física", agregando luego que "el legislador no ha elaborado un **modelo de imputación** en sentido estricto (...) sino que se describe la determinación de los hechos que permitirán la atribución de éstos a las personas jurídicas". También entiendo que sería ésta la posición de BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., pp. 80ss., pues señala que la LO 5/2010 ha optado por mezclar el "modelo de imputación", consistente en la atribución directa a la persona jurídica del hecho punible de los administradores y representantes, con el modelo de la "culpabilidad de organización".

concebida para su aplicación a las personas físicas y así se mantiene aquí.

Más problemas presenta la segunda postura, en la medida en que el hecho típico atribuible a la persona jurídica aparecería integrado por elementos derivados de ésta y aquélla.

Así, para quienes consideran que el *hecho de referencia* forma parte del tipo atribuible a la persona jurídica, éste se construiría a partir de una "vertiente objetiva" y de una "vertiente subjetiva" de un tipo penal cometido por la persona física de los que admita la RPPJ. A continuación, se añaden en la mencionada teoría, en orden a la configuración de dicha responsabilidad, ciertos elementos o criterios que se estiman "propios" de la actividad de la entidad colectiva y que serían la expresión del "obrar corporativo", esto es, la realización del delito por personas competentes, la infracción por parte de éstas de los deberes que les competen dentro de la organización, la perpetración del delito dentro del giro de la empresa y en beneficio de la misma. En definitiva, teniendo en cuenta que el modelo en cuestión integra el *hecho de referencia* de la persona física y la acción típica de la persona jurídica, se dice que cada uno de estos elementos constituyen *sistemas distintos* pero que interactúan entre sí<sup>1117</sup>.

En suma, para este sector de la doctrina, el hecho típico de la persona jurídica estaría integrado, en la parte objetiva, por el hecho de la persona física más otros elementos en los que se plasmaría el "obrar corporativo", dándole así un "sentido social"<sup>1118</sup> a la conducta individual. En la parte subjetiva, se remiten, sin embargo, enteramente al dolo y la imprudencia presente en la referida conducta individual<sup>1119</sup>.

La aportación más sobresaliente de esta construcción doctrinal es la exigencia de "criterios normativos de imputación" de la responsabilidad penal a la persona jurídica, que permiten salir al paso de las críticas a los sistemas de heterorresponsabilidad por su deriva hacia la responsabilidad por hecho ajeno y, eventualmente, hacia una responsabilidad objetiva. En este sentido se sostiene que a nivel dogmático para poder imputar un delito a la persona jurídica, es necesario establecer los criterios normativos de imputación que permiten considerar el "hecho de referencia" como un "hecho propio" de la persona jurídica, y ellos habrían sido contemplados por el legislador español, al incluir criterios como una "actuación por cuenta", "dentro de las actividades sociales" y en "provecho" de la persona jurídica<sup>1120</sup>. Lo mismo podría decirse respecto de la legislación chilena, en la que también se contemplan elementos como el provecho.

---

<sup>1117</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., pp. 63ss.

<sup>1118</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 82.

<sup>1119</sup> Tal es la propuesta que realiza ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 82. GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., pp. 95s., también se remite al dolo y la imprudencia de la persona física, pero estima que estos elementos no deben ser analizados en la tipicidad sino en la culpabilidad, en tanto ellos en realidad servirán para determinar el grado de culpabilidad de las personas jurídicas.

<sup>1120</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 65.

Adicionalmente, se ha sostenido por algún autor que exigir la concurrencia de un *hecho de referencia* para afirmar la tipicidad de los delitos de las personas jurídicas no es un requerimiento extraño al Derecho penal de las personas físicas, en tanto que existen figuras en las que se atribuyen "*hechos de unos sujetos a otros que no los han cometido directamente, como ocurre con la coautoría y la autoría mediata*"<sup>1121</sup>.

### 1.1.2. La consideración del *hecho de referencia* como presupuesto de la responsabilidad

Frente a las posiciones que sitúan el *hecho de referencia* en el injusto típico de la persona jurídica, parte de la doctrina<sup>1122</sup> estima que el hecho de la persona física es un presupuesto de RPPJ, pero en ningún caso forma parte del injusto de esta última ni fundamenta su responsabilidad penal. Se trata de propuestas que se ubican dentro de los modelos de autorresponsabilidad y, por tanto, se oponen a las anteriormente expuestas, en tanto no contemplan la posibilidad de que los comportamientos individuales puedan ser parte del *injusto* de la persona jurídica.

En el interior de dicha vertiente doctrinal, las opciones respecto del rol o función del *hecho de referencia*, en tanto que presupuesto de la RPPJ, son diversas.

#### a) El *hecho de referencia* como condición objetiva de punibilidad

Cierta opinión plantea que el *hecho de conexión* no es más que una *condición objetiva de punibilidad*<sup>1123</sup>, en la medida en que sólo desempeña el rol de desencadenante externo de la responsabilidad de la empresa, es decir, que permite entrar al examen de la misma. Aunque tal posición ha sido considerada expresamente por algún autor español<sup>1124</sup>, lo

---

<sup>1121</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., pp. 55s. Cabe señalar que, en todo caso, el autor aún cuando afirma que la tipicidad está constituida por el hecho de una persona física, sostiene también que aunque "*debe entenderse pues, que siendo un requisito imprescindible por su especial naturaleza la actuación de una persona física, lo injusto es propio de la persona jurídica*".

<sup>1122</sup> Principalmente GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., pp. 109ss., pero también situarían el hecho de referencia fuera del ámbito del injusto NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 324s., ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 163, aunque este autor utiliza la rúbrica "tipo objetivo" para referirse al hecho de referencia.

<sup>1123</sup> HEINE, G., "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", op. cit., p. 53. aunque para el autor el hecho de referencia no se concibe como una "*acción dominada por la voluntad de un autor individual, sino como el resultado de la acumulación de procesos empresariales de unos mandos medios que han surgido con el tiempo*", por lo tanto, para él "*(l)a perturbación social que produce ese **management** de riesgo defectuoso (por ejemplo, la muerte de varias personas, etc.) debe concebirse como una **condición objetiva de punibilidad***" (la negrita en cursiva en el original), en tanto es concebido por el autor como un "*desencadenante externo de la responsabilidad*".

<sup>1124</sup> GÓNZALES SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Universidad de Granada, 2012 (Tesis) p. 317. También lo ha sostenido NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 324. Es preciso señalar, en todo caso, que a pesar de esta afirmación, se ha estimado más adecuado clasificarlo entre los autores que entienden que el hecho delictivo del sujeto físico es un indicio de la culpabilidad de la persona jurídica, por cuanto, el autor señala que el grado de injusto y culpabilidad de la persona física sí tiene relevancia para determinar la pena de la persona jurídica.

cierto es que no ha tenido mayor acogida, seguramente porque la naturaleza y el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad no están para nada claros<sup>1125</sup>. Aunque la similitud se encontraría en que, como sucede con las condiciones objetivas de punibilidad, el delito de la persona física sería considerado como un suceso ajeno a la voluntad del autor que, por lo mismo, no puede controlar, lo cierto es que en el esquema de RPPJ que se consagra en las legislaciones española y chilena, la conducta del sujeto físico parece estar integrada en dicha responsabilidad y no sería un elemento extraño.

b) El *hecho de referencia* como "indicio" de la culpabilidad de la persona jurídica

Otra posición ve en el hecho de la persona física un "indicador" de la responsabilidad de la persona jurídica<sup>1126</sup>, es decir, entiende que el *hecho de conexión* -y, más especialmente, el grado de injusto o de culpabilidad de la persona física- sirve para medir el grado de culpabilidad que tiene la persona jurídica, sin que fundamente su responsabilidad, en tanto que ésta siempre se sustenta en su propio hecho.

c) El hecho de referencia como requisito previo al examen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para otros<sup>1127</sup>, las actuaciones de las personas físicas constituyen los presupuestos necesarios para que "*pueda entrar a examinarse la RPPJ*", pero la persona jurídica "*no responde por dichos presupuestos*"<sup>1128</sup>, sino por su propio injusto, constituido por el *defecto de organización*.

---

<sup>1125</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, op. cit., p. 446.

<sup>1126</sup> Este rol del hecho de conexión es el que parece desprenderse de lo planteado por NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 162ss. El autor, si bien afirma que el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica se encuentra en un *déficit de autoorganización permanente*, sostiene que existe una relación entre la culpabilidad de la persona física y la de la persona jurídica, en tanto, el hecho de la primera constituye un "indicio" de la culpabilidad de la empresa. Al respecto señala "*que la culpabilidad no se transfiera no significa (...) no implica en modo alguno que quien sea el agente y el grado de injusto o culpabilidad que presenta su comportamiento sean factores que deban despreciarse a la hora de medir la culpabilidad de la empresa. Tan erróneo es desentenderse del agente como de las características de la empresa*". De lo dicho se desprende que en realidad en la tesis de NIETO el comportamiento de las personas físicas sí tiene relevancia para determinar la responsabilidad de la empresa, aún cuando no la fundamente. De hecho, para el autor, la jerarquía en la empresa que tenga el sujeto físico que ha cometido el delito será muy relevante como indicio para determinar el grado de culpabilidad de la empresa, pues a mayor jerarquía de la persona física mayores serán las posibilidades de que las conductas delictivas se propaguen al interior de la misma. Debe precisarse, eso sí, que el autor, en general, elude la categorización de los criterios de la RPPJ, a excepción del defecto organizativo al que sí le otorga la categoría de culpabilidad. En el contexto recién señalado, discrepo, por tanto, de la interpretación efectuada por FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", op. cit., p. 78, quien sostiene que en el modelo construido por Nieto el "hecho de referencia" sólo es un "presupuesto formal".

<sup>1127</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 109.

<sup>1128</sup> *Loc. cit.*

En síntesis, quienes consideran que el *hecho de referencia* es un presupuesto de la RPPJ parten de que la exigencia del legislador de que concurren acciones u omisiones de personas físicas sólo constituye un requerimiento inicial. El delito de la persona física, aunque vinculado con el de la persona jurídica, no fundamenta la responsabilidad penal de esta última, por cuanto el *hecho de conexión* sólo es un presupuesto formal de la RPPJ<sup>1129</sup>.

Ahora bien, entre quienes estiman que la actuación de la persona física es un presupuesto formal de la RPPJ se ha sostenido que el motivo de que el legislador exija la concurrencia del hecho de referencia "*es similar a la razón por la que los delitos imprudentes sólo se persiguen cuando resultan consumados*"<sup>1130</sup>. De acuerdo con esta postura, tanto en los delitos imprudentes como en los delitos por *defecto de organización* (propios de las personas jurídicas) el legislador impone una pauta de conducta más vaga que en el caso de los delitos dolosos, en los que se conoce exactamente la conducta a observar. Tanto la responsabilidad por imprudencia como la responsabilidad por defecto de organización tienen por fin "*una configuración de la propia actividad*"<sup>1131</sup> dirigida a reducir los riesgos de producción de resultados lesivos, por lo que el margen de actuación para la persona física, en ambos tipos de responsabilidad, es mucho más amplio que en el caso de los delitos dolosos. En ambos casos la intervención penal opera ante "*la efectiva producción de un resultado*" o ante la perpetración "*de un delito por una persona física*", respectivamente. En suma, de acuerdo con la comentada posición, el *hecho de referencia* sólo juega como criterio de "*selección de las conductas con relevancia penal*". Se entiende que el fundamento de la responsabilidad es la infracción del deber de cuidado (responsabilidad por imprudencia) o de la adecuada organización (responsabilidad por defecto de organización) pero, reconociendo las "*mayores dificultades de una intervención más temprana*", asume, en el caso de los delitos de las personas jurídicas, que la existencia de un *hecho de referencia* constituye el punto de partida de la RPPJ<sup>1132</sup>.

---

<sup>1129</sup> Si bien Gómez-Jara plantea un rol totalmente exógeno del hecho de referencia, ello no parece coincidir con lo planteado en la misma obra por FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", op. cit., pp. 86ss., ni en el "Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", op. cit., pp. 91ss., del mismo autor. Ello, por cuanto este último autor estima que lo consagrado en la regulación española de la RPPJ no es un modelo puro de autorresponsabilidad, sino un modelo de "accesoriedad media", en el que siempre "*hace falta al menos una persona física que haya realizado un hecho típico y antijurídico*", puesto que, como reconoce el autor, "*en el art. 31 bis CP, son las personas físicas las que 'realizan materialmente' los hechos típicos*", por lo que "*sin actuaciones delictivas por parte de personas físicas no existe, por tanto, responsabilidad de personas jurídicas*". Agrega, este mismo autor, que la conducta típica de la persona jurídica se debe establecer -y aquí en mi opinión es donde se produce la mayor distancia entre lo afirmado por Gómez-Jara y este autor- "*imputando el hecho típico correspondiente a través de los requisitos del art. 31 bis*". Al parecer la cuestión más bien pasaría por la distinción que parece hacerse en esta obra entre lo "injusto de la persona jurídica" y la acción, que pertenecería al ámbito de las actuaciones de la persona física. Ello, tomando las propias palabras de Feijoo, quien señala que "*formulado en términos antropomórficos si faltan los requisitos del art. 31 bis estaríamos ante algo equivalente a un caso de <<ausencia de acción>>*".

<sup>1130</sup> ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. Responsabilidad de las personas jurídicas", op. cit., p. 163.

<sup>1131</sup> *Loc. cit.*

<sup>1132</sup> *Loc. cit.*



## 1.2. Naturaleza jurídica del *defecto de organización* de la persona jurídica: posiciones doctrinales

### 1.2.1. El *defecto de organización* como fuente de injusto

Coherentemente con lo dicho más arriba, quienes desde un modelo de autorresponsabilidad consideran que el *hecho de referencia* no forma parte del tipo de la persona jurídica, estiman que la tipicidad se conforma con el llamado *defecto de organización*, que es el requisito que permite considerar el hecho como "propio" de dicha organización. En otras palabras, el "injusto" de la persona jurídica es tal *defecto de organización*<sup>1133</sup>. Estos autores, en orden a la completa configuración de la RPPJ, sostienen también un concepto de culpabilidad propia, como se verá más adelante<sup>1134</sup>.

Esta posición doctrinal sostiene que, para la fundamentación de la noción de "injusto" de la persona jurídica como categoría autónoma, no bastaría con recurrir a la genérica consagración de la RPPJ, sino que resultaría necesario construir un modelo de RPPJ específico. En este sentido, debe configurarse un esquema que no dependa de la responsabilidad de la persona física, en tanto que "desencadenante" de la RPPJ, sino que se funde en la autorresponsabilidad de la persona jurídica o en la responsabilidad por su propio hecho. Hablar de un "injusto" de la propia persona jurídica, aplicándole una de las categorías tradicionales del delito, se justificaría tanto porque dicha noción tiene una "*importante función pedagógica*" como porque cumple una función garantista. En apoyo de esta postura, se estima que el legislador español, al haber establecido respecto de las

---

<sup>1133</sup> Por todos GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., pp. 109ss. y, especialmente, "Capítulo VI. El injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad)", op. cit., pp. 135ss.

<sup>1134</sup> Además de la tesis planteada en el cuerpo de este trabajo, también se ha planteado otra que parte también de la normativización de los conceptos penales, con el consiguiente otorgamiento de capacidad de acción y autonomía a la persona jurídica para fundamentar su responsabilidad penal. Se trata de la tesis de CARBONELL MATEU, J. C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su <<dogmática>> y al sistema de la reforma de 2010", op. cit., pp. 13ss., basado en la teoría de la acción comunicativa de Vives Antón. Partiendo de una acción cargada de sentido social y comunicativo, el autor señala que todo sujeto que, de acuerdo al Derecho, puede incumplir una norma "*puede ser objeto de atribución de un sentido y, por consiguiente, tiene capacidad de acción*". Es decir que quien puede incumplir un deber exigible es sujeto de Derecho. La acción, por tanto, se desvincularía de su "soporte físico" para referenciarse al "sentido" que la misma tiene. Por lo tanto, la acción de la persona jurídica se correspondería con el incumplimiento del deber que le incumbe. De esta forma se establece un concepto de acción típica que permite desvincular a las actuaciones de las personas jurídicas de las actuaciones de las personas físicas, por cuanto se trata de un concepto unitario de acción. Para el autor, también es posible determinar un concepto de culpabilidad propio de las personas jurídicas, en tanto es también un concepto unitario, aunque con matices. La culpabilidad de la que parte también, como en el caso de la acción, en la aportada por Vives Antón, es decir, entendida como un "*reproche que recae sobre el autor*" como consecuencia de no obrar de acuerdo a lo que le era jurídicamente exigible. Aquí, dada la vinculación existente entre ese concepto de culpabilidad y el concepto de dignidad en el ámbito individual de la responsabilidad, opta por entender la culpabilidad como una "*pretensión de obligatoriedad personal*". La misma concurriría cuando al momento de realizarse el hecho se verifique respecto de la entidad colectiva que le siguen siendo exigibles sus obligaciones jurídicas, sin que se produzca alguna alteración "imprevista" que torne imposible o "inexigible empresarialmente" la obligación adquirida. El autor, al parecer, vincula la culpabilidad más con el nivel de imputabilidad y exigibilidad que con contenidos más ligados al reproche personal de la infracción.

personas jurídicas un régimen de auténticas penas, obliga realizar un análisis sobre los elementos que fundamentan tales penas, es decir, sobre las categorías clásicas del delito<sup>1135</sup>.

La base ideológica de la anterior construcción doctrinal se halla en la concepción de las personas jurídicas como organizaciones que pueden alcanzar un nivel de complejidad similar al de la *psique* humana, por lo que podría asumirse que al igual que las personas físicas, las jurídicas presentan caracteres de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación.

Desde este punto de vista, se llega a afirmar que la persona jurídica tendría una "posición de garante" sobre su propio ámbito organizativo. Así, como las personas físicas tienen capacidad de acción, las jurídicas tienen *capacidad de organización*, siendo ambas capacidades "*funcionalmente equivalentes*". Esto implicaría que las categorías clásicas del delito deban operar también en el ámbito de la tipicidad de los delitos de las personas jurídicas, imponiéndose los criterios de la imputación objetiva, en cuya virtud resultan aplicables los principios del riesgo permitido, prohibición de regreso, confianza y autorresponsabilidad de la víctima. Todos estos principios contribuirán a determinar si una persona jurídica se ha organizado correctamente o ha generado un riesgo más allá de lo permitido. Sitúandose el defecto de organización en la imputación objetiva, el equivalente funcional de la tipicidad objetiva de la persona física es pues, el *defecto de organización* de la persona jurídica<sup>1136</sup>.

En suma, para estos autores, concurrirían las condiciones de hecho y derecho precisas para poder integrar el *defecto de organización* en el injusto. Así, no se percibirían especiales trabas para considerar a la organización empresarial como un organismo con capacidad de decisión y control de su ámbito de actuación y, por lo tanto, susceptible de erigirse en garante de lo que en su seno suceda. En coherencia con lo anterior, no se ven tampoco obstáculos para aplicar criterios dogmáticos para la atribución del hecho delictivo a la misma, en especial, los relativos a la imputación objetiva. A su vez, con ello se daría entrada a la dimensión garantista de tales categorías.

### 1.2.2. El defecto de organización como fuente de culpabilidad

Otra parte de la doctrina, que parte de la heterorresponsabilidad pero a la que adiciona elementos que permiten hablar de una responsabilidad también propia, estima que el *defecto de organización* no forma parte del injusto típico de la persona jurídica, por cuanto el mismo se construye con la imputación de las actuaciones de las personas físicas sumadas a otros criterios que permiten entender que se trata de una "*actuación social*"<sup>1137</sup>. El mencionado *defecto* formaría parte de la culpabilidad de la persona jurídica, como un concepto equivalente a la culpabilidad de la persona física. Se trata, en este caso, de la

---

<sup>1135</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 120.

<sup>1136</sup> *Ibidem*, pp. 122s.

<sup>1137</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 86.

"culpabilidad por organización"<sup>1138</sup>.

En España, quienes defienden esta teoría siguen, en este punto, a TIEDEMANN<sup>1139</sup> y su *teoría del defecto de organización* que, a propósito de las normas administrativas sancionatorias alemanas<sup>1140</sup> -aplicadas a las personas jurídicas-, flexibiliza la categoría de la culpabilidad, con el objeto de adecuarla a dichas entidades colectivas, transformándola en una categoría con presupuestos sociales y jurídicos. En este sentido, el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica se encuentra en el *fallo* que ha posibilitado la comisión del delito por parte de una persona física determinada, al no haber adoptado la persona jurídica medidas internas para evitar la infracción. Así, el hecho, entendido como acto de la propia persona jurídica, ha ocurrido porque el entorno social ha permitido, por omisión, su comisión.

Se trata, por tanto de un sistema basado, como el mismo autor reconoce<sup>1141</sup>, en el instituto de la *actio liberae in causa*, en el sentido de que, como en ésta, la conducta omisiva o defectuosa de la organización no es coincidente con el momento mismo en que tiene lugar el injusto, sino anterior. Sin embargo, este punto débil de la teoría no resulta problemático para el autor, en la medida en que en Derecho alemán la responsabilidad de las personas jurídicas es de carácter administrativo, en el que las reglas de la culpabilidad pueden relajarse en mayor medida<sup>1142</sup>. De esta forma, el *defecto de organización* que ha posibilitado la ocurrencia del hecho delictivo es anterior a éste, como en la *actio liberae in causa*, pero se erige como elemento que fundamenta la culpabilidad y la pena. En otras palabras, el reproche no opera en relación con el delito mismo, sino que recae sobre el descuido anterior que posibilitó el hecho lesivo, consistente en la omisión en la adopción

---

<sup>1138</sup> Siguiendo la tesis del defecto de organización como fuente de la culpabilidad de las personas jurídicas, principalmente, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., pp. 63ss.

<sup>1139</sup> Véase TIEDEMANN, K., "Responsabilidad penal de personas jurídicas, agrupaciones y empresas en Derecho comparado", op. cit., pp. 33ss.; del mismo, "El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico", op. cit., pp. 31ss. Respecto del desarrollo de esta teoría, véase BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 63ss.

<sup>1140</sup> Con las normas administrativas, me refiero al art. 30 de la Ley de Contravenciones al Orden (*Ordnungswidrigkeiten*) que establece una multa administrativa a la corporación, pero no sólo por contravenciones, sino también por delitos cometidos por los dirigentes en interés de la agrupación considerando, por tanto, a la misma como destinataria directa de la sanción. Dicha multa tiene, sin embargo, un carácter distinto de la multa criminal, aunque sí mantiene los fines preventivos y retributivos de la sanción. Véase en detalle el tratamiento de esta sanción así como el sistema de responsabilidad contemplado en este país, *supra* en la Segunda Parte de este trabajo. Véase también TIEDEMANN, K., "Responsabilidad penal de personas jurídicas, agrupaciones y empresas en Derecho comparado", op. cit., p. 33. Por otro lado, y en lo que aquí interesa, esta multa administrativa es la que justamente abrió un profundo debate en el seno de la doctrina alemana, del que surgieron voces en defensa del establecimiento de una verdadera responsabilidad penal respecto de las corporaciones. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán defendió la existencia de estas sanciones y señaló que respecto de las mismas no había vulneración alguna del principio de culpabilidad. Véase respecto de este último punto, en detalle, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit., pp. 549s.

<sup>1141</sup> Véase al respecto BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 172.

<sup>1142</sup> En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., "La imputación a personas físicas y jurídicas de los delitos generados en actividades empresariales", op. cit., p. 22. Sostiene, además (en nota al margen), que si se observa la teoría de Tiedemann se constata que está destinada a explicar la *praxis* judicial de su país, construyendo un fundamento para explicar la responsabilidad de la persona jurídica, pero no especialmente en el ámbito de los delitos dolosos.

de deberes de vigilancia, control y organización<sup>1143</sup>.

En la doctrina española esta teoría se ha acogido por diversos autores<sup>1144</sup> que, en general, estiman que la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas consistiría en un juicio de reproche a la entidad por haber omitido adoptar las medidas que le son exigibles para garantizar un "*desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa*".

Con todo, algún autor<sup>1145</sup> ha señalado que en el *defecto de organización* que funda la culpabilidad debe reconocerse que *alguien*, esto es, una persona física, ha organizado de manera deficiente o defectuosa la entidad, pues ella "*no se organiza sola*". Se trata de que ciertas personas no han prestado la debida diligencia para aplicar las medidas organizativas y personales que habrían impedido la comisión del delito.

---

<sup>1143</sup>Véase la crítica vertida a esta teoría por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., pp. 153s. También es criticada por GARCÍA ARÁN, M., "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007", op. cit., p. 262, que la teoría del defecto de organización: "(...) no permite construir un sistema de causas de exculpación paralelo al de la persona física, puesto que la buena organización -lo contrario del defecto de organización- no puede operar como circunstancia que elimine la culpabilidad por el injusto cometido: si hay defecto de organización, habrá injusto, y frente a él no cabe oponer la buena organización como exculpante, porque partimos de que falta la organización exigible, como concepto objetivo que permite imputar los hechos".

<sup>1144</sup> Tal es el caso de GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., pp. 104ss. También ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 63. Ambos autores señalan expresamente que siguen, en el ámbito de la culpabilidad, la tesis de Tiedemann. También, entiendo, acoge esta tesis para fundamentar la responsabilidad penal de la organización ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", op. cit., p. 166, aunque el autor en este caso, más que de culpabilidad por organización prefiere hablar de "imputación subjetiva", en el que se sustituye el concepto de dolo por el de defecto de organización.

<sup>1145</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 67.

### 1.3. Otras posiciones en torno a la culpabilidad de la persona jurídica<sup>1146</sup>

Además de la tesis del *defecto de organización* como fuente de la culpabilidad de la persona jurídica, también se han construido otras que intentan sostener un concepto de culpabilidad equivalente al de las personas físicas. Las desarrolladas en el ámbito español toman elementos, como en el caso anterior, de tesis desarrolladas por autores extranjeros, que, para su mejor entendimiento, es necesario exponer brevemente.

#### a) Las posiciones de Heine, Hirsch y Lampe acerca del concepto de culpabilidad de la persona jurídica

Por una parte, se encuentra la tesis desarrollada por HEINE<sup>1147</sup>, que entiende que la culpabilidad de la entidad colectiva debe ser aplicable sólo a ciertos ámbitos en que el desarrollo empresarial resulta especialmente riesgoso. Se habla por el autor de un *dominio de la organización*, que reemplaza al "dominio del hecho" del Derecho penal individual, y que se entenderá defectuoso cada vez que "*la empresa desperdicia la oportunidad de adoptar un remedio a tiempo que sea más adecuado al riesgo*"<sup>1148</sup>. La empresa, frente a tal riesgo, está comprometida a adoptar una planificación, unas medidas organizativas y una adaptación estructural frente a las fuentes de riesgo. Por ello, el injusto de la persona jurídica reside en un *management* defectuoso de los riesgos, que se contrapone al cuidado empresarial "*orientado a los estándares del sector*". En este contexto, la culpabilidad de la persona jurídica se plantea como una culpabilidad por la *conducción de la actividad empresarial* que, como tal, no guarda relación con la culpabilidad por el hecho de las personas físicas, sino que se amplía "temporalmente", en tanto que debe analizarse la conducción que ha llevado la empresa en el manejo de los posibles riesgos que de su actividad podrían derivarse.

---

<sup>1146</sup> La exposición se ha centrado en aquellas posiciones que buscan dar con un concepto de culpabilidad para las personas jurídicas, sin embargo, debe apuntarse que también existen aquellas posiciones que consideran innecesaria la existencia de una culpabilidad. Esta es la postura que mantiene SCHÜNEMANN, quien parte de la premisa de que la culpabilidad de la persona física no es vinculable a la persona jurídica. En este sentido plantea el autor que "*(d)ado que una medida penal de necesidad de este tipo no tiene nada que ver con la imputación de la culpa, no puede ésta apoyarse en la ficción de <<cuasi-culpabilidad>>, sino en consideraciones similares al estado de necesidad*". Por ello, el autor ha buscado una fundamentación distinta para las sanciones a las personas jurídicas, refiriéndola a lo que él denomina *estado de necesidad del bien jurídico*. Así, cuando la protección de los bienes jurídicos no se puede asegurar de otra forma y cuando el mantenimiento del mismo es más gravoso que la sanción a la empresa, entonces procede la sanción a la misma. En concreto, para la procedencia de la sanción será necesario constatar que se verifican ciertos aspectos: debe haber un verdadero estado de necesidad del bien jurídico, es decir, que no sea posible protegerlo con las medidas existentes; debe presuponer la idoneidad de la sanción, en el *sentido necesidad de prevención* (prevención especial dirigida a instar a controles internos en la empresa), y, por último, se debe procurar respetar la debida proporcionalidad en la aplicación de la misma. Si bien, en un primer momento, el autor justifica la sanción en la imposibilidad de identificar a los responsables individuales, posteriormente extiende su aplicación también a los casos en que el autor haya sido identificado si con la acción u omisión se ha producido una ventaja para la empresa y si faltaron medidas de dirección y vigilancia necesarias para evitar el hecho. Véase SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", op. cit., pp. 551ss.

<sup>1147</sup> HEINE, G., "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", op. cit., pp. 50ss.

<sup>1148</sup> *Ibidem*, p. 54.

La teoría anterior, como se desprende de lo expuesto, no tiene un carácter amplio, sino que se limita a ámbitos específicos en los que las empresas se presentan como fuente potencial de riesgos de envergadura. De allí que la propuesta legislativa que este autor construye pueda aplicarse exclusivamente a las empresas en que se producen los riesgos típicos de su actividad.

Por otro lado, HIRSCH<sup>1149</sup>, partiendo por reconocer la capacidad de acción de las personas jurídicas basada en las actuaciones de sus órganos<sup>1150</sup>, señala que no puede renunciarse al concepto de culpabilidad sin renunciar con ello a las garantías que el Estado de Derecho ofrece frente a castigos inadecuados, de modo que la imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad equivaldría a introducir en el Derecho penal "*un cuerpo extraño*"<sup>1151</sup>. Por lo demás, considera el autor que, en la realidad social es común que se hable de la culpabilidad de una empresa, con un marcado acento moral en el reproche. De ello, sostiene, se desprende que es "*absolutamente posible comprobar paralelos de culpabilidad con las personas naturales*". Así, dada esa realidad social del juicio de culpabilidad sobre las personas jurídicas, resulta que sobre las mismas recae un reproche ético.

Además, agrega HIRSCH, si en el Derecho contravencional se ha reconocido la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, es lógico estimar que en el Derecho penal tal capacidad también es observable, puesto que en éste existe el mismo reproche basado en valores éticos que concurre en el primero<sup>1152</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el autor precisa que es equivocado poner un énfasis moral en el concepto de culpabilidad, pues una lectura más fría permite desprender que cuando se analiza la culpabilidad a lo que se atiende es en realidad a las anomalías y déficits de conocimiento que han atentado contra la motivación de un actuar conforme a Derecho<sup>1153</sup>.

El autor, reconociendo que quienes actúan por la asociación son las personas físicas, considera que la culpabilidad de la persona jurídica se determina a partir de la culpabilidad del órgano o representante que ha realizado la acción u omisión (es decir, la vincula a un *hecho de conexión*), estimando necesario, además, que la persona jurídica, como tal, hubiese podido evitar el hecho delictivo<sup>1154</sup>. Por ello, esta posición no difiere demasiado, en cuanto al reconocimiento del vínculo de la RPPJ con las actuaciones de las personas físicas, de teorías como la sustentada por Tiedemann.

También es conocido el concepto de culpabilidad de la persona jurídica adoptado por LAMPE, que la entiende como una culpabilidad por el *carácter de la empresa*. Se trata de un concepto que no se relaciona con el hecho concreto, ya que se estructura sobre la

---

<sup>1149</sup> HIRSCH, J., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", op. cit., pp. 1099ss.

<sup>1150</sup> *Ibidem*, p. 1105. Por reconocer la capacidad de acción de la entidad sobre la base de actuaciones de personas físicas, es que NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 135 (en nota al margen), sostiene que se trataría de un modelo con un marcado acento vicarial, en el que el defecto de organización se presume de los comportamientos individuales, razón por la cual no considera que pueda hablarse, en este caso, de un auténtico modelo de responsabilidad propia.

<sup>1151</sup> La crítica se dirige principalmente a la línea adoptada por SCHÜNEMANN quien, como se señala en nota *supra*, considera posible la aplicación de sanciones en el ámbito del Derecho penal económico a las empresas, fundadas en el estado de necesidad del bien jurídico.

<sup>1152</sup> HIRSCH J., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", op. cit., p. 1110.

<sup>1153</sup> *Ibidem*, p. 1111.

<sup>1154</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 175s.

base del carácter defectuoso de la empresa y, por tanto, no reducido a actuaciones concretas. Se habla en este caso de una *cultura o filosofía empresarial desviada*, en que existe una *actitud criminal de grupo* pero, para fundamentar la responsabilidad penal, es necesario que esa filosofía se manifieste externamente a través de una acción, es decir, a través de un *hecho de conexión*. En todo caso, debe tenerse presente que lo que se imputa a la empresa no es el injusto de acción, sino el de *resultado*, en el sentido de que es la filosofía de la empresa la que ha permitido el comportamiento lesivo<sup>1155</sup>.

En la tesis de LAMPE, por tanto, la culpabilidad empresarial se expresa en la filosofía o el carácter que ha mantenido o cultivado la entidad y que ha dado lugar a la comisión de infracciones, debiendo responder ella por tal carácter<sup>1156</sup>.

b) Las posiciones en la doctrina española: la teoría de un "*déficit de autoorganización permanente*" de NIETO y la teoría de "*la cultura de incumplimiento de la legalidad*" de GÓMEZ-JARA

Frente a los autores que, como Zugaldía, postulan que la culpabilidad se construye a partir del *defecto de organización*, parte de la doctrina entiende que el concepto de culpabilidad debe tener un contenido de carácter más global que aquél. En esta posición se encuentran autores como NIETO y GÓMEZ-JARA.

NIETO señala que la culpabilidad de empresa puede ser definida como un *déficit de autoorganización permanente*<sup>1157</sup>. Si bien parte de la propuesta del *defecto de organización*, reconoce que se trata de un defecto derivado de la conducción de la empresa y que, en cuanto tal, implica poner el acento en el carácter de la persona jurídica y en un Derecho penal de autor. Se trata, en concepto del autor, de un término que hace referencia al deber que tiene la dirección de la empresa, no sólo de llevar a cabo medidas de *management* destinadas a alcanzar los objetivos económicos de la misma, sino también de organizarla de un modo tal que cumpla con sus obligaciones legales. En esta tesis, la culpabilidad de la empresa surgirá cada vez que no se hayan adoptado las medidas preventivas destinadas a "*conjurar de forma razonable los riesgos derivados de la actividad empresarial*". Estos riesgos para los bienes jurídicos podrán surgir directamente, cuando no es posible constatar un comportamiento individual reprochable o bien, surgir de conductas delictivas de los empleados.

El autor reconoce el aporte de teorías como la de Lampe, Heine y otros<sup>1158</sup> y

---

<sup>1155</sup> Véase *ibidem*, pp. 182ss. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., pp. 180ss. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 138, señala que este tipo de responsabilidad recuerda al dolo exigido respecto de las actuaciones de las personas físicas, y respecto de la imprudencia, indica que Lampe propone una organización defectuosa que ha propiciado peligros para los bienes jurídicos.

<sup>1156</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 190.

<sup>1157</sup> NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 145ss.

<sup>1158</sup> Se trata de FISSE/BRAITHWAITE, cuyos aportes son considerados por Nieto Martín para elaborar su concepto de culpabilidad de la persona jurídica. Véase del autor *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 139s.

propone una especie de síntesis condensadora de todas. Así, concluye que la RPPJ es una expresión más de la política legislativa que se ha consagrado en otras ramas del ordenamiento jurídico, viniendo a configurarse, así, en una forma más de la *autorregulación regulada* que existe en otras ramas del Derecho, aunque en el ámbito penal opera como *ultima ratio* y cláusula de *cierre* del sistema. De esta forma, en el Derecho penal, así como en otros ámbitos, se apela a que las empresas colaboren con el Estado para asegurar la eficacia del Derecho. La idea, por tanto, apunta a la autoorganización de la empresa, si bien el mencionado autor considera que el Estado juega un rol importante. Ello porque de no intervenir el Juez se enfrentaría a una carga excesiva, al tener que evaluar la adecuación de los sistemas preventivos, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conllevaría, en tanto que los tribunales podrían establecer, en algunos casos, un umbral de exigencias demasiado alto y, en otros, demasiado bajo.

Por tanto, como se desprende de lo anterior, el objetivo de la comentada tesis es que la entidad desempeñe el papel de *policía empresarial*, adoptando medidas de control, tanto predelictivas como postdelictivas, con lo que asume un rol que ha pertenecido tradicionalmente al ámbito estatal.

Por otro lado, la referida tesis postula una noción de culpabilidad con un marcado carácter de Derecho penal de autor -como el mismo NIETO reconoce-, no siendo el delito en ella más que la manifestación de una "*personalidad defectuosa*". En este sentido, NIETO precisa que el *defecto de organización* es un defecto permanente, no puntual. Así, de lo que se trata es de valorar el "carácter" de la empresa, que no puede medirse en relación al hecho concreto. De esto se colige que, si bien el reconocimiento de una culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida en el caso de las personas físicas resulta objetable, no lo es en el de las personas jurídicas. A las personas físicas se les reconoce el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual, ante sus defectos de carácter el Estado no interviene ni debe hacerlo, pero no ocurre lo mismo con las personas jurídicas, a cuyo respecto no existe una protección constitucional como la que rige para las personas físicas. De hecho, agrega el autor, existe una numerosa normativa jurídica dirigida a intervenir en los ámbitos de desarrollo de la actividad empresarial y que incide en su organización interna<sup>1159</sup>.

El carácter permanente de la culpabilidad empresarial se traduce en que el *defecto de organización* no debe aparecer de manera puntual, sino como expresión de una organización defectuosa previa y postdelictiva que se desarrolla a través del tiempo. Así, el hecho delictivo es la evidencia de una anterior organización defectuosa. Por ello, este aspecto temporal de la culpabilidad aquí analizada, tiene para NIETO una finalidad garantista, en tanto no basta con la comisión del delito sino que es necesaria la verificación de una "*falta de organización estable que necesita ser corregida*".

Por último, cabe aludir a la teoría de la culpabilidad de la persona jurídica entendida como culpabilidad por una "*cultura de incumplimiento de la legalidad*", de GÓMEZ-JARA. Esta teoría parte de la llamada "culpabilidad constructiva", cuyos planteamientos, como reconoce el autor, no son nuevos, y tienen como parámetro de

---

<sup>1159</sup> NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 152.



referencia la llamada "cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad"<sup>1160</sup>. El autor parte de la idea de que tanto la persona física como la jurídica son destinatarias de las comunicaciones implícitas en la norma, siendo ambas en definitiva "personas jurídicas" para el Derecho<sup>1161</sup>. Por ello, tanto la persona física como la jurídica son destinatarias de deberes y derechos, y ambas tienen un deber de fidelidad con las normas. De esta manera, en el ámbito jurídico penal, la persona jurídica tiene un *deber de fidelidad*, por lo que, al igual que en el caso de la persona física, su culpabilidad aparecerá cada vez que se presente una "*falta o déficit de fidelidad al Derecho*"<sup>1162</sup>. La tesis de GÓMEZ-JARA parte, en consecuencia, de la figura del *ciudadano fiel al Derecho*. A partir de ella se deriva que la culpabilidad individual y la culpabilidad de la persona jurídica son, en realidad, "*equivalentes*"<sup>1163</sup>.

De acuerdo a esta posición, la cuestión radica en que el Derecho penal puede esperar de la persona jurídica que la aludida fidelidad al ordenamiento jurídico se plasme a través de una "*cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho*", por lo que en caso de que exista un quebrantamiento de esa fidelidad a las normas, se manifestará la culpabilidad jurídico penal. En sentido contrario, si se verifica que la empresa ha mantenido una cultura que refleja esa fidelidad, no podrá haber una "*imputación personal*" del hecho a la misma<sup>1164</sup>. Podrán haber eventuales responsabilidades civiles o administrativas, pero en el ámbito jurídico penal la verificada fidelidad al Derecho de la persona jurídica operará como causa de exclusión de su responsabilidad penal.

---

<sup>1160</sup> Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., pp. 110ss. En síntesis, este autor, exponiendo la teoría de Laufer, señala que ella está basada no sólo en las políticas y la cultura empresarial, sino también en la dinámica que se da entre las características, procesos y estructuras de la organización, proponiendo examinar la disposición mental de la empresa respecto de la acción realizada en su seno, a la luz de un estándar objetivo. De esta manera, la negligencia, imprudencia y, en general, las disposiciones mentales de la empresa, pueden ser medidas a través de un *test de razonabilidad*. Así, se llegaría a establecer cómo se manifestaron objetivamente en las acciones de la organización el dolo, el conocimiento, la imprudencia, etc. Un ejemplo de ello, sería el caso en que la empresa tuviera políticas y prácticas que promovieran o incentivaran la ilegalidad, ya fuera explícita o tácitamente, pues entonces podría hablarse de *actuaciones empresariales con intención*. En este ejemplo, por tanto, se ha plasmado el *mens rea* de la corporación, objetivamente, a través de las políticas y prácticas que promovieron la ilegalidad y la falta de fidelidad al Derecho.

<sup>1161</sup> En este sentido plantea GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., pp. 211ss., que siendo la "persona" una creación del ordenamiento jurídico, es éste el que construye y determina el concepto de persona para el Derecho. Por ello, siendo tanto la persona individual como la colectiva destinatarios de las comunicaciones jurídicas, a las que no puede acceder en términos internos, pues no tiene acceso ni a la mente humana ni al interior de la organización empresarial, lo que viene a hacer no es otra cosa que construcciones o "imágenes" respecto de lo que entiende por persona (física o corporativa). Es decir que el Derecho sólo puede construir lo que jurídicamente entiende por estos sujetos -y, que por lo tanto, podrá ser distinto de las construcciones que otros sistemas, como el político o el religioso, hacen de ellos-. Por esa misma construcción propia que hace el Derecho de la persona humana o de la corporativa, es que el autor concluye que la distinción entre esa persona física y la corporativa no es tal para el sistema jurídico, en la medida en que ambas son, finalmente, personas jurídicas, esto es, destinatarios de comunicaciones jurídicas y de imputaciones. Así, el autor logra incluir a la persona jurídica dentro del Derecho penal pues, en esencia, en la medida en que ambas son construcciones lógico-jurídicas, destinatarias de sus normas, no existe razón por la que habría que aislar a una de sus normas. Todo ello anterior, teniendo a la vista el principio de igualdad.

<sup>1162</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 270.

<sup>1163</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo VII. La culpabilidad de la persona jurídica", en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 168.

<sup>1164</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., pp. 272s.

En la tesis de GÓMEZ-JARA, la fundamentación de la culpabilidad de la persona jurídica se sustenta sobre determinadas premisas, que el autor denomina "*equivalentes funcionales*". El primero está representado por la autorregulación de la empresa, como consecuencia de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos propios de la sociedad postindustrial. El segundo se configura a partir del reconocimiento de la igualdad de las personas jurídicas, que se expresa en su rol como *ciudadano corporativo fiel al Derecho*. El referido equivalente se expresa en el binomio formado, por una parte, por la libertad de autorregulación y, por otra, por la responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial. De este modo, la responsabilidad asumida en virtud de la libertad que el ordenamiento le ha otorgado a la empresa deriva, en su caso, de esa calidad de *ciudadano fiel al Derecho*. El tercer *equivalente funcional* se configura justamente a partir del estatus de ciudadanía que poseen las personas jurídicas y de la libertad que se les ha reconocido constitucionalmente. En este sentido, para GÓMEZ-JARA, las personas jurídicas poseerían el derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales, lo que harían por medio de la expresión de juicios en el discurso público sobre las mismas, con lo que, en consecuencia, contribuyen a su conformación<sup>1165</sup>.

## **2. Posición personal: la relatividad de las categorías dogmáticas clásicas en la interpretación del sistema de imputación**

Sin perjuicio de las aportaciones de cada una de las teorías que explican la RPPJ, y que pasan principalmente por allegar categorías conocidas a los criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, lo que indudablemente aporta claridad a un ámbito aún no bien delimitado, lo cierto es que las tales aportaciones no se encuentran exentas de críticas.

Respecto de las teorías que integran los comportamientos humanos en el injusto típico de las personas jurídicas, así como de aquellas que los sitúan fuera del sistema de RPPJ -sin perjuicio de que se pueda hablar de forma metafórica de un "delito corporativo"- lo cierto es que el legislador, tanto español como chileno, ha reconocido que las actuaciones que pueden generar la responsabilidad de la persona jurídica siempre serán las de las personas físicas. Ello, porque aunque pueda admitirse que las personas jurídicas tienen una existencia que sobrepasa la mera suma de individualidades, cosa distinta es pretender que cometen delitos en los mismos términos en que lo hacen las personas naturales. Detrás de las personas jurídicas siempre se encuentran personas físicas, que son las que, en definitiva, cumplen o incumplen los deberes propios del ámbito de la organización interna de la entidad colectiva.

Naturalmente, de esta afirmación no puede deducirse que siempre sea posible determinar qué personas han actuado correcta o incorrectamente. Son un cúmulo de actuaciones parciales las que dan lugar a un acto penalmente relevante, sin que pueda decirse que alguien en concreto ha actuado de acuerdo o en contra de los deberes que le correspondían. No obstante, cabe insistir en que siempre estará presente detrás de dicho acto el sustrato humano, puesto que, huelga decirlo, las personas jurídicas no podrían

---

<sup>1165</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo VII. La culpabilidad de la persona jurídica", op. cit., pp. 168ss.

existir sin la concurrencia de personas físicas.

A partir de las anteriores ideas resulta que los intentos por conformar un injusto típico de la persona jurídica chocan con la forma en que se han estructurado los tipos penales, en tanto que éstos siempre están referidos a actuaciones u omisiones de personas físicas<sup>1166</sup>.

Por otro lado, las distintas concepciones que se han expuesto acerca de la culpabilidad empresarial colisionan también con una noción de culpabilidad erigida sobre conceptos como el reproche y la dignidad, considerados tradicionalmente como el fundamento último de la culpabilidad y la pena de las personas físicas<sup>1167</sup>. En este sentido, la relación temporal entre la culpabilidad y el hecho es una cuestión que no logra ser solucionada por las concepciones que se basan en un concepto de culpabilidad propia de las personas jurídicas. Si bien estas concepciones hablan de una culpabilidad distinta, en la que la relación temporal entre la culpabilidad de la entidad y el hecho no sería necesaria, lo cierto es que, más allá de los matices introducidos por las distintas teorías respecto la dimensión del delito ahora comentada, finalmente caen en la construcción de una categoría que no se condice con lo que se ha entendido habitualmente por culpabilidad<sup>1168</sup>.

Adicionalmente, de nuevo en aras a extrapolar los conceptos propios del delito de la persona física al de la jurídica, las teorías que se encuadran en los modelos de autorresponsabilidad construyen definiciones de dolo que difícilmente pueden ser comprendidas sin apelar a elementos cognitivos y volitivos que son propios de las personas físicas. Así, por citar un ejemplo ilustrativo en relación con las doctrinas relativas al dolo de la persona jurídica, teorías como las del *conocimiento colectivo* parten, en orden a la construcción de dicho elemento, de los conocimientos propios de los individuos que han participado en la realización del hecho delictivo, obviando que se trata de conocimientos parciales, los cuales, por esta misma condición, difícilmente podrían configurar un dolo distinto. Ello se debe a que la estructura del dolo, así como otras categorías del delito, pertenece al campo propio de las personas físicas.

---

<sup>1166</sup> En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., p. 16, quien respecto de la posibilidad de establecer a la persona jurídica señala lo siguiente: "*Sin embargo, ello sigue chocando con una realidad, esto es, que todos los delitos surgen desde esa perspectiva tradicional y de ahí entonces que los tipos legales están en verdad concebidos de modo que el sujeto activos no pueda ser sino una persona natural*". Es por esta razón que el autor concluye, en p. 23, que respecto de la persona jurídica lo que puede predicarse es una participación en el delito de la persona física.

<sup>1167</sup> Así lo reconoce también CARBONELL MATEU, J. C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su <<dogmática>> y al sistema de la reforma de 2010", op. cit., pp. 23s., en razón de lo cual el autor prefiere hablar, respecto de las personas jurídicas, de "obligatoriedad personal", procedente del estatus de sujetos de derechos de dichas entidades.

<sup>1168</sup> A lo anterior, agrega GARCÍA ARÁN, M., "Artículo 31 bis", op. cit., pp. 394s., refiriéndose a la tesis que defiende, para el caso de la legislación española, que la "culpabilidad por defecto de organización" fundamentaría la pena, que dicha culpabilidad más bien fundamentaría el injusto de la persona jurídica. Ello, pues si el legislador hubiese pretendido construir un concepto análogo a la culpabilidad de las personas físicas, debería haber contemplado un sistema de causas de exculpación paralelo al de la persona física, lo que no se observa en el modelo español. Por ello, estima que en realidad el defecto de organización sería más bien el dato que permite delimitar el injusto de la persona jurídica y no la culpabilidad de la misma. Se desprende de lo expuesto por la autora, considerando las dificultades que pone de manifiesto, que no busca encuadrar los criterios de atribución de RPPJ en las categorías clásicas.

Por otro lado, tampoco alcanza a visualizarse la utilidad práctica de ubicar los elementos de la RPPJ en una u otra categoría<sup>1169</sup>. La cuestión más bien se ha centrado en un debate dogmático para fundamentar la pena de la persona jurídica. Pero esta cuestión puede ser salvada si se considera que lo primero y más relevante es la proscripción de la responsabilidad objetiva y, por tanto, la necesidad de introducir elementos que permitan a la empresa excluir su responsabilidad, en caso de probar que existe un funcionamiento correcto y conforme a las expectativas legales.

En consecuencia, estimo que debe partirse por reconocer las diferencias que presenta el régimen de RPPJ respecto del configurado para las personas físicas, sin perjuicio de que deban aplicarse al mismo ciertos parámetros mínimos que garanticen, como ya indicaba, la proscripción de una responsabilidad objetiva. A este efecto, deberá tenerse en cuenta el estado interno de la organización colectiva al momento de la comisión del hecho, en orden a fundamentar la pena o su improcedencia en razón de los factores y elementos presentes en la corporación. Por esta vía se reconoce que la pena no se impone a los individuos que conforman la persona jurídica, sino a la entidad misma. La consideración de los mencionados factores y elementos, hará posible afirmar o excluir la responsabilidad de la persona jurídica sobre la base de dicha consideración. En relación a este propósito, naturalmente, podrán tenerse en cuenta los aportes de las distintas teorías previamente expuestas que resulten pertinentes, pero sin forzar las categorías elaboradas a partir de las actuaciones de las personas físicas.

En síntesis, la afirmación o la exclusión de la RPPJ debe considerar la cultura empresarial y los esfuerzos razonables que la entidad haya realizado para evitar la comisión de delitos, lo cual supone no tratar a las personas jurídicas en los mismos términos que se trata a las personas físicas. En mi opinión, la consideración de los mencionados elementos de cultura y esfuerzos organizativos internos resultan conforme con el objetivo protagónico de la regulación de la RPPJ: la prevención de los comportamientos delictivos por la vía de la autorregulación de las personas jurídicas conforme a las expectativas que el Derecho impone, teniendo en cuenta las políticas legislativas que se han plasmado en otras áreas del ordenamiento jurídico. En este sentido, la regulación de los programas de cumplimiento es especialmente útil, por cuanto entrega instrucciones claras respecto de qué se exige a las personas jurídicas o, para expresarlo de otra forma, acerca de cuándo una organización y funcionamiento resultan correctos y cuándo no. De este modo, las personas jurídicas podrán eximirse de responsabilidad penal si demuestran que han implementado adecuadamente medidas que insten al cumplimiento de la legalidad y la prevención de delitos.

Como sucede con el concepto de antijuridicidad o más aún de culpabilidad –cuyo significado es objeto de eterno debate–, el contenido de la RPPJ parece discutido. Lo que no se discute es la posibilidad de invocar “defensas”, como tampoco la de esgrimir eximentes de responsabilidad criminal por algunos de aquellos títulos.

---

<sup>1169</sup> Aunque de entender que el defecto de organización se encuentra en el injusto el mismo no permitiría excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, al no contemplar causas de exculpación. Sin embargo, ello tampoco resulta problemático si se acepta que el contenido de la culpabilidad es distinto, por lo que será en este ámbito donde se podrá excluir la responsabilidad penal.

## CAPÍTULO IV. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (II): DELIMITACIÓN Y CONDICIONES DE IMPUTACIÓN POR LA ACTUACIÓN DE ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES

Tanto el sistema español como el chileno contemplan la RPPJ por actuaciones de personas físicas que están ligadas a la persona jurídica por algún vínculo. El art. 31 bis CP español y el art. 3 de la Ley n° 20.393 chilena establecen dos categorías de sujetos que pueden desencadenar la responsabilidad penal corporativa. Por una parte, se encuentran los directivos de la empresa y, por la otra, los subordinados. Se trata, por tanto, en ambos sistemas, de la aplicación de dos vías de atribución de la RPPJ<sup>1170</sup>, según sea la posición que ocupe el sujeto físico en el entramado de la organización.

Los sujetos físicos deben estar vinculados con la estructura de la organización, por lo que para dar lugar a la atribución de responsabilidad penal a la entidad es necesario que los sujetos físicos ostenten un cargo, pero además que ese cargo se “enmarque” en la actividad empresarial de modo que sus actuaciones adquieran sentido en el conexto social. Por ello, a esas personas y su vínculo con la organización se les ha denominado, por alguna doctrina, “personas competentes”<sup>1171</sup>. Pero para que el hecho individual adquiera esa relevancia social es necesario además, que concurren otros requisitos y criterios que se incluyen en ambas legislaciones y que serán analizados más adelante.

### 1. Delimitación del círculo de “representantes” y “administradores” en los sistemas español y chileno

El art. 31 bis CP español y el art. 3 de la Ley n° 20.393 chilena señalan que la RPPJ tendrá lugar cuando el delito sea cometido por representantes y administradores<sup>1172</sup>. Por

---

<sup>1170</sup> Hay quienes, partiendo de que se trata éste de un sistema de autorresponsabilidad, sostienen que el hecho de referencia sólo actúa como presupuesto de RPPJ, como ya se ha explicado *supra* en el cuerpo de este trabajo. Tal es el caso de FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", op. cit., p. 88 o GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., *passim*, quienes estiman que las dos vía de atribución de responsabilidad, en realidad no lo son, sino que se trata de dos vías de conversión o transformación del hecho de la persona física en un hecho de la persona jurídica. En todo caso, esta es también, con ciertos matices, la postura de quienes parten de un sistema de heteroresponsabilidad pero introducen elementos de autorresponsabilidad, como es el caso de GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 66 y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., pp. 271ss., en tanto consideran que el hecho de la persona física, dadas ciertas condiciones, se transforma en un hecho corporativo.

<sup>1171</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., pp. 274ss..

<sup>1172</sup> Con ello, como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", op. cit., p. 62, que aunque se refiere al sistema español resulta plenamente aplicable también al sistema chileno, se adopta en gran medida el modelo anglosajón del *alter ego* que se encuentra plasmado en numerosas decisiones marco, que considera que los comportamientos de estas personas físicas son también los de la persona jurídica. Por otro lado, estimo que ésta tal vez fue la idea que subyacía en la configuración de esta vía de atribución de RPPJ, en la que la no inclusión expresa de

una parte, el art. 31 bis CP señala en el párrafo 1 del apartado 1 del art. 31 bis CP que “*las personas jurídicas serán penalmente responsables por los delitos cometidos (...) por sus representantes legales y sus administradores de hecho y de derecho*”. Por su lado, la Ley nº 20.393 chilena establece en su art. 3 que “*las personas jurídicas serán responsables de los delitos (...) que fueren cometidos (...) por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión*”.

Aunque la enumeración de sujetos que ocupan cargos directivos en la legislación chilena es más amplia, en ambos sistemas se mencionan a los representantes y administradores, por lo que la primera vía de atribución se establece sobre la base de las conductas de las personas que ejercen dichos cargos. Se observan, no obstante, algunas diferencias, por lo menos de carácter literal, entre la normativa de uno y otro país. La primera es que, respecto del representante, en la legislación chilena se habla de quien ocupe tal cargo sin hacer mención a la naturaleza de la representación, esto es, si es voluntaria o legal, mientras que en la legislación española se señala expresamente que esa representación debe ser legal. Otra diferencia es que respecto del administrador, la legislación española señala que podrá tratarse de un administrador de hecho o uno de derecho, mientras que la chilena señala genéricamente a personas que realicen funciones de administración y supervisión. Tales diferencias, como se verá, son más aparentes que reales.

## **1.1. Los representantes y administradores del artículo 31 bis del Código Penal español<sup>1173</sup>**

### **1.1.1. Los representantes legales**

El art. 31 bis CP menciona específicamente a los representantes legales, categoría ya conocida en el ámbito civil y mercantil y tratada también en el ámbito penal a propósito del art. 31 CP, que regula la figura de la *actuación en nombre de otro*, aunque en este caso, se habla de representación legal o voluntaria de una persona física. Esta distinción que hace el art. 31 CP de la naturaleza de la representación no se hace en el caso del art. 31 bis CP, en el que se menciona simplemente la representación legal. Y este ha sido el punto que ha

---

los deberes de control de la entidad como elemento fundante de la RPPJ, se explicaría por la consideración de que las actuaciones de la persona física son, a la vez, las de la propia persona jurídica. Esta es la opinión, entre otros, de FERNÁNDEZ TERUELO, J., “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010”, op. cit., p. 59. Sin embargo, ante el peso de las evidencias en relación con personas jurídicas de grandes dimensiones, en las que tal fusión entre voluntad de la persona natural y la persona jurídica no se condice con la forma en que actualmente estas organizaciones de desenvuelven en la vida económica, resulta necesaria la inclusión de los deberes de control también respecto de las actuaciones de quienes ejercen cargos directivos.

<sup>1173</sup> En el art. 31 bis CP se ha optado por señalar expresamente los cargos que deben ostentar las personas físicas que se encuentran vinculadas con la organización, a diferencia de la opción tomada en la respectiva normativa comunitaria. En efecto, esta forma, más precisa que la utilizada en las normas comunitarias, guarda similitud con legislaciones de la zona, como la italiana, la que en el Decreto Legislativo nº 231, en su artículo 5, establece que la persona jurídica será considerada responsable administrativamente cuando el delito haya sido cometido por personas que tengan la representación, administración y gerencia, ya sea de la entidad, o de alguna de sus unidades organizativas que tenga autonomía financiera.

dado lugar a ciertas críticas.

Como antes señalaba, en el párrafo 1 del art. 31 bis.1 CP, el legislador ha utilizado el adjetivo “legal” para referirse a la representación, y tal utilización parece tener un sentido distinto al otorgado en el ámbito civil y mercantil. En efecto, como ha señalado DEL ROSAL BLASCO<sup>1174</sup>, el concepto de representante “legal” en el art. 31 bis CP “*choca frontalmente*” con el utilizado en el ámbito civil. Ello ocurre porque en materia privada el representante legal es quien tiene apoderamiento por mandato expreso legal, respecto de quien carece o tiene limitada su capacidad de obrar, en cambio el representante voluntario alude a quien ocupa el cargo por expresa voluntad del mandante<sup>1175</sup>. Por su lado, en el ámbito de la persona jurídica se distingue entre representación orgánica y representación voluntaria. En tal sentido, la representación orgánica la ejercen los administradores de la persona jurídica mientras que la voluntaria, la ejercen todos aquellos a los que la persona jurídica les haya otorgado determinadas facultades representativas.

Por tanto, si la única representación legal de la persona jurídica la tiene aquél que ostenta la representación orgánica de la misma, en estricto rigor, y de acuerdo a la legislación privada, sería representante legal únicamente el administrador. Pero la lógica anterior, no es la que ha primado en la redacción del primer párrafo del art. 31 bis.1 CP, pues en tal caso, la misma habría sido redundante. Por ello, en el ánimo de establecer una cierta uniformidad con la legislación privada, deberá entenderse que cuando se habla de representante legal en realidad se incluye a los representantes voluntarios que ejercen una representación no orgánica de la persona jurídica<sup>1176</sup>. Lo que, en todo caso, parece estar claro, es que el legislador ha querido evitar una laguna de punibilidad –o al menos alguna duda interpretativa–, al situar al representante legal junto al administrador<sup>1177</sup>.

---

<sup>1174</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del Código Penal”, op. cit., pp. 53s.

<sup>1175</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>1176</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del Código Penal”, op. cit., p. 56. Un criterio totalmente opuesto es sostenido por FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, op. cit., pp. 94s., al afirmar que el representante es “*quien ejerce la representación general de la persona jurídica, no bastando a efectos de la responsabilidad penal de la persona jurídica cualquier persona que tenga algún poder de representación, sino que se debe tratar de apoderados generales o representantes orgánicos*”. Según el autor, tal posición se encuentra avalada por los pasos previos en la tramitación legislativa. En efecto, señala que en el Anteproyecto del Gobierno enviado a las Cortes se hacía mención a los empleados con facultades para obligar a la persona jurídica, es decir, a los apoderados en general, sin embargo esa redacción fue modificada por la actual. Al respecto cabe precisar que el Proyecto de 2009 presentado por el Gobierno también incluía, en el apartado 1 del artículo 31 bis, además de los representantes y administradores, a “*los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica*”. Sin embargo, esta última parte fue objeto de la Enmienda n° 145 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), por la que se eliminó tal categoría de personas, en el entendido, según señala la justificación de la misma, que dichas personas tendrían mejor cabida en el párrafo segundo de este apartado, esto es, el referido a los empleados que estén sujetos a la autoridad de los representantes legales y administradores. Otro aspecto de la enmienda ahora comentado, es que se agregaba que respecto de las actuaciones de los representantes y administradores, éstas debían encontrarse enmarcadas en las “*actividades sociales*” de la entidad. El fundamento dado, respecto de este punto de la enmienda, consistía en que tal marco de ejercicio de actividades sí se encontraba presente en el párrafo segundo del apartado 1, por lo que el mismo también debía ser expresado en el primero. Esta modificación, sin embargo no se encuentra presente en la actual disposición.

<sup>1177</sup> En este sentido, ORTIZ DE URBINA, I., “Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Pero además, con la mención a la representación *legal*, lo que el legislador parece buscar en el art. 31 bis CP es establecer que quien ejerce la representación debe haber cumplido con los requisitos legales y estatutarios pertinentes para poder, en caso de cometer el delito, dar lugar a la RPPJ, es decir, con la representación *legal* se hace referencia a quien lo es “conforme a la ley”. Se trata, en este caso, en consecuencia, de un *elemento normativo* del tipo, debiendo estarse, a lo que estipulen las leyes mercantiles para el ejercicio del cargo de que se trate. En razón de lo anterior, deberá existir un nombramiento por el órgano social competente, por acuerdo social, aceptación del nombramiento y la inscripción en el Registro Público competente<sup>1178</sup>, adecuándose tales requisitos, en todo caso, a las leyes que rijan a cada tipo societario<sup>1179</sup>.

GÓMEZ TOMILLO<sup>1180</sup> ha planteado que si se asume un concepto material amplio de administrador de hecho, la categoría tanto de representante como de administrador de derecho ya se encontrarían comprendidas en el ámbito del administrador de hecho, por ello se habría producido en el párrafo 1 del art. 31 bis.1 CP un “*cierto solapamiento*” entre las distintas categorías. Sin embargo, el autor ha señalado que la figura del representante legal puede tener cierto rendimiento para captar determinadas figuras, de manera que serían representantes los apoderados, y dentro de tal categoría, todos a los que se les ha delegado funciones sin ser miembros del órgano de administración y, en general, los directores generales, gerentes, y en definitiva, personas que, estando altamente profesionalizadas, desempeñan funciones de dirección en virtud de una relación laboral, estando además subordinados al órgano de administración<sup>1181</sup>. Tal posición podría estar apoyada en la propia opción que el legislador español habría adoptado, como señala la doctrina<sup>1182</sup>, al incluir conceptos predominantemente funcionales para captar, a través de los administradores y representantes, a las personas que ejercen cargos de dirección y control de la actividad de la persona jurídica. Sin embargo, resulta dudoso que puedan homologarse al representante legal, otros cargos que no ostentan de modo alguno una representación formal de la entidad, por lo que parece más apropiado, analizar la posibilidad de que tales cargos sean incluidos en el concepto de administrador de hecho.

---

Cuestiones materiales”, op. cit., p. 165.

<sup>1178</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 102.

<sup>1179</sup> Para las sociedades de capital rigen los arts. 233 y 234 del RDLeg 1/2010, referidas a las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, y el art. 252 del RDLeg 1/2010 para las sociedades comanditarias. Según DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, op. cit., p. 20, debemos entender por representante legal a aquél que ejerce la representación respecto de actos que estén dentro del objeto social de la entidad.

<sup>1180</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., pp. 76s.

<sup>1181</sup> *Ibidem*, p. 77. También en esta posición, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, op. cit., p. 12. Para este autor representante legal serían todos “los empleados que contratan con terceros participando en la actividad exterior de la entidad” por lo que conduce a “un mapa de posibles sujetos activos notablemente amplio”. Con una posición contraria a tal interpretación FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, op. cit., p. 94, quien señala que “*queda claro que un delito cometido por el director de una sucursal de una entidad bancaria o el gerente de un centro hospitalario de una persona jurídica que gestiona varios hospitales no puede generar responsabilidad penal de la entidad a no ser que se encuentre vinculado a la infracción de deberes de control por parte de algún administrador de la entidad*”. Queda claro, por tanto, que se trataría justamente de los cargos a los que hace alusión Gómez Tomillo.

<sup>1182</sup> GARCÍA ARÁN, M. “Artículo 31 bis”, op. cit., p. 391.



Por su lado, FEIJOO SÁNCHEZ plantea una visión distinta, fundándose en la categoría de representante legal en las sociedades de capital. Al respecto plantea que, dado que el representante legal es quien tiene la representación de la sociedad, y en las sociedades de capital tal cargo coincide con el de administrador de derecho, la figura del representante legal habría sido pensada en realidad para abarcar a quienes tienen atribuida la gestión y la representación de una persona jurídica que no revista forma societaria o cuyos órganos de gestión y representación no reciban el nombre de administradores para, de esta forma, evitar lagunas de punibilidad<sup>1183</sup>. Es claro que en el caso del tipo societario en cuestión existe un solapamiento entre las figuras mencionadas en el primer supuesto de atribución de RPPJ, lo que se explicaría por la finalidad del legislador de evitar, en todo caso, las mencionadas lagunas de punibilidad.

### 1.1.2. Los administradores de derecho y de hecho: conceptos mercantil y penal

#### a) El administrador de derecho

En cuanto al administrador de derecho, cabe señalar que, como en el caso del representante legal, se trata de una figura que ha sido bien delimitada en el ámbito jurídico mercantil, aunque presenta particularidades dependiendo de la entidad de que se trate<sup>1184</sup>. Sin perjuicio de ello, es posible configurar un concepto genérico de administrador de derecho. En tal sentido, el Tribunal Supremo (STS 816/2006 de 26 de julio RJ 2006/7317) ha señalado que “administradores de derecho se entienden en cada *sociedad* los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil”.

Lo dicho por la jurisprudencia no dista demasiado del concepto que en la doctrina penal se ha adoptado de administrador de derecho y que coincide con lo que en materia mercantil se entiende por tal cargo<sup>1185</sup>. Tal uniformidad se debe a que es la propia ley la que ha determinado los requisitos para ejercerlo, por lo que no existe margen de interpretación en torno al concepto en cuestión. En tal entendido, sólo puede ser administrador de derecho aquél que ha sido designado por el órgano social para ejercer el cargo y que sido aceptado formalmente, con la correspondiente inscripción y publicación

---

<sup>1183</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", op. cit., p. 95.

<sup>1184</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, op. cit., p. 277. Al respecto señala GALLEGO SOLER, J., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, p. 153, que “*existe acuerdo en entender que éste se corresponde in totum con el concepto privatístico*”. (La negrita en cursiva en el original).

<sup>1185</sup> En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., p. 391; también señala FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, op. cit., p. 283, que el concepto de administrador de derecho, se encuentra absolutamente establecido y valorado por el ordenamiento jurídico-mercantil, por lo que resulta difícilmente modificable en el ámbito penal.

de su nombramiento<sup>1186</sup>. Debe precisarse, en todo caso, que la sola concurrencia de los requisitos para el ejercicio del cargo no son suficientes en el ámbito penal para la atribución de responsabilidad, por cuanto será necesario, como en el caso del administrador de hecho, que el de derecho tenga acceso material al bien jurídico en el ejercicio de una función en el ámbito de su responsabilidad<sup>1187</sup>.

En el caso de las Sociedades de Capital, el representante legal es quien le ha sido atribuida la representación de la sociedad, por lo que el concepto de representante legal, en estos casos, coincide con el de administrador de derecho, como ya se expuesto precedentemente.

## b) El administrador de hecho

Respecto del administrador de hecho, se trata ésta de una figura conocida en el ámbito mercantil, pero también en el penal, pues ha sido analizada extensamente a propósito de los delitos societarios y del art. 31 bis CP referido a la *actuación en lugar de otro*. También existen distintos conceptos de administrador de hecho que pueden ser más o menos estrictos, lo que tiene una enorme trascendencia en materia de RPPJ, por cuanto ello determinará la aplicación de esta figura y con ello de la aplicación de la RPPJ a supuestos complejos, como la utilización de personas interpuestas, los casos de grupos de empresas o la administración por otra persona jurídica.

Siguiendo la clasificación que se ha propuesto en doctrina<sup>1188</sup>, existen tres conceptos que pueden ser adoptados en lo referido al administrador de hecho. El primero, coincide con el concepto mercantil estricto, y se identificaría con la persona que ha sido designada en el cargo de administrador pero al que faltan algunos de los requisitos formales necesarios para entender eficaz su nombramiento en el ámbito mercantil. Es decir que estaríamos frente a supuestos en que el sujeto ejerce funciones como administrador, habiendo sido designado por la sociedad para ejercer los poderes inherentes al cargo, pero que no ha formalizado o perfeccionado su nombramiento en conformidad a la ley, ya sea porque no ha sido ratificado por la Junta<sup>1189</sup>, o bien porque está afecto a alguna causa de nulidad, caducidad o porque el mismo no ha sido inscrito<sup>1190</sup>. La segunda y la tercera acepción del concepto de administrador de hecho, tienen un carácter material. Así, podría entenderse que es administrador de hecho quien ejerce en términos fácticos el cargo<sup>1191</sup>,

---

<sup>1186</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, Nº 1, del Código Penal", op. cit., p. 56. Con la misma postura RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 114.

<sup>1187</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, op. cit., p. 284.

<sup>1188</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 392. También, siguiendo a este autor, GALLEGO SOLER, J., "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal", op. cit., pp. 154s.

<sup>1189</sup> GALLEGO SOLER, J., "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal", op. cit., p. 155.

<sup>1190</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, Nº 1, del Código Penal", op. cit., p. 58.

<sup>1191</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 392.

siempre que se trate de una *“actuación permanente, abierta, reconocida fácticamente por la sociedad y, por el propio sujeto, unida a la asunción de las funciones del administrador de derecho”*<sup>1192</sup>. La tercera acepción pasa por asumir que es administrador de hecho quien, sin ostentar siquiera una posición de administración reconocida, controla la gestión de la sociedad, es decir, que posee el poder de decisión<sup>1193</sup>. En este caso, las notas de permanencia o temporalidad no tienen trascendencia para determinar los límites del cargo, como tampoco el reconocimiento social.

El primero de los conceptos no reviste mayor discusión, pues es claro que en tales casos debe hablarse de un administrador de hecho, en realidad el problema se centra en acoger un concepto más amplio de esta figura en el ámbito jurídico penal, es decir, un concepto enteramente propio<sup>1194</sup>. Aceptando la idea de que el concepto de administrador de hecho es una categoría que debe ser analizada con criterios estrictamente jurídico penales QUINTERO OLIVARES<sup>1195</sup>, sostiene que debe incluirse en dicha categoría a toda persona que ejerza realmente funciones que le otorguen un poder de decisión al interior de la persona jurídica. No obstante, sostiene el autor, dicho concepto no resulta suficiente, pues deben ser agregados otros elementos que permitan delimitar de mejor manera los casos en que realmente resulte adecuado transferir la responsabilidad por las actuaciones de quien ostente dicho cargo. Así, deberá ese poder de decisión operar sobre la *“concreta decisión que haya dado lugar a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”* y que esta lesión o puesta en peligro se produzca dentro del *“ámbito de decisión o de previsión normal”* del administrador<sup>1196</sup>.

Lo siguiente, será establecer la amplitud que deberá adoptar el concepto de administrador de hecho. En ese sentido, como ya antes se adelantó, se trata ésta de una cuestión relevante, pues de la mencionada amplitud que se otorgue al concepto dependerá si algunos supuestos complejos quedan o no cubiertos por el ámbito de la RPPJ. Al respecto, existen posiciones encontradas. Por una parte, se encuentra la de aquellos que

---

<sup>1192</sup> GALLEGO SOLER, J., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, op. cit., p. 155.

<sup>1193</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., p. 392.

<sup>1194</sup> Cuestión que, como señala GALLEGO SOLER, J., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, op. cit., p. 159, no reviste problema alguno pues el intérprete penal no se encuentra vinculado con conceptos jurídicos que, como en el caso del administrador de derecho, pueden tener un contenido más o menos delimitado en otros sectores del ordenamiento. Ello, resulta del todo lógico, si se piensa que el Derecho penal, tiene sus propias finalidades, por lo que la búsqueda de contenidos propios responde a tales finalidades.

<sup>1195</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Administradores de hecho y de derecho ante una reforma del Código Penal”, op. cit., p. 20.

<sup>1196</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *ibídem*, pp.21s. Por su lado, para BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, op. cit., p. 103., tal categoría debería ser aplicada en el ámbito penal, tanto a lo que *“entiende por tales el derecho mercantil”*, pero también a aquellas personas que *“gestionan un patrimonio en una persona jurídica”*, a los apoderados, generales o especiales; *“al factor, aunque su condición natural no sea la de administrador, porque concurren en ellos las características (...) de equivalencia y garantía”*, y *“a quienes detentan, la gestión del sector correspondiente a que se refiere la norma: los directores generales, gerentes o consejeros delegados y, en general, el personal de alta dirección”*. Por lo tanto, agregan, el administrador de hecho sería *“quién accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en que se protege el bien jurídico, con el reconocimiento, por lo menos tácito, de la entidad”*. Los autores se plantean, por tanto, el cargo aludido, de manera similar a Quintero Olivares, en tanto y en cuanto el administrador de hecho, deberá tener posibilidades reales de lesionar el bien jurídico, pues él mismo es el garante de tal bien jurídico

estiman, como es el caso de la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado<sup>1197</sup>, que deben excluirse del concepto de administrador de hecho a los mandos intermedios que tienen cierta capacidad de decisión autónoma al interior de la organización y de un poder importante en la misma, pero que se encuentran supeditados a la supervisión o control de los administradores de derecho<sup>1198</sup>. Por otra, quienes estiman que no sólo deben entenderse administradores de hecho quienes ostentan poderes de gobierno o dirección global, sino que basta con que detente el poder de decisión respecto de un ámbito sectorial de la organización<sup>1199</sup>.

Partiendo de la posición presentada por QUINTERO OLIVARES, en el sentido de entender que es administrador de hecho quien ejerce materialmente un poder de decisión al interior de la persona jurídica, y que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se encuentre dentro de ese ámbito decisorio del administrador, estimo acertada la posición de aquellos que sostienen que el concepto de administrador de hecho en la RPPJ debe ser, además de material, amplio, razón por la cual aquellas personas que ostentan un mando que les permite tomar decisiones socialmente relevantes, aún cuando no tengan una capacidad global de gobierno sobre la misma, deben ser comprendidos dentro del concepto de administrador de hecho.

A tal conclusión debe arribarse para hacer efectivo el fin de la nueva normativa penal, en el sentido de poder captar aquellas situaciones en las que la forma de la organización y la existencia de una atomización en la toma de las decisiones no frene la posibilidad de atribuir responsabilidades al interior de la misma. Además si la atribución de responsabilidad a la entidad se debe determinar de acuerdo a si el bien jurídico se encuentra dentro del ámbito de competencias del administrador, habrá una serie de situaciones en las que el administrador, si bien no tiene el gobierno global de la persona jurídica, ostenta una posición determinante en relación al bien jurídico, que es finalmente lo que debe determinar la eventual responsabilidad penal. El límite para delimitar el concepto de administrador de hecho se encuentra, sin duda, en el poder real de gestión que posee al interior de la entidad y que la protección del bien jurídico vulnerable se encuentre en su ámbito competencial. En otras palabras, como señala SILVA, en el concepto de administrador de hecho pueden comprenderse todos aquellos supuestos en los que el sujeto tiene "*el pleno control sobre la actividad concretamente relevante para el tipo delictivo correspondiente*"<sup>1200</sup>.

### **1.1.3. Casos específicos de administración de hecho: altos directivos, grupos de empresas, testaferros y personas jurídicas administradoras de otras**

De acogerse un concepto amplio y material de administrador de hecho, en el sentido de entender que lo es quien verdaderamente toma las decisiones, es decir, aquél

---

<sup>1197</sup> También es la posición de FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", op. cit., p. 95.

<sup>1198</sup> *Loc. cit.*

<sup>1199</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 75.

<sup>1200</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", op. cit., p. 398.

que no sólo “de hecho ostenta el cargo de administrador” sino quien “ostenta de hecho poderes de administración”<sup>1201</sup>, podrán comprenderse situaciones que desde un concepto restringido no quedarían comprendidas.

La cuestión acerca de la aplicación del concepto de administrador de hecho a situaciones que sobrepasan el ámbito de lo que mercantilmente se entiende por tal cargo tiene su asidero en la propia jurisprudencia. En efecto, el Tribunal Supremo (STS 816/2006 de 26 de julio RJ 2006/7317) ha señalado, refiriéndose a los administradores de hecho, que “Los «de hecho» serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a **toda persona que por si sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra**” (sin negrita en el original).

A partir de lo expresado por el Tribunal Supremo, cabe concluir que en la jurisprudencia se estima que no sólo el concepto mercantil o el material restringido tienen cabida sino también uno material amplio, con lo que será administrador quien realmente ejerce el poder, aunque sea desde la sombra, es decir, que gobierna a través de otros.

Atendido lo que señala la propia jurisprudencia, así como parte de la doctrina<sup>1202</sup>, en la medida en que los altos directivos que han obtenido su poder de decisión directamente de quienes gobiernan la entidad, y en la medida en que tienen el control sobre el ámbito de vulnerabilidad del bien jurídico, es claro que, aun cuando no tienen un poder global al interior de la persona jurídica, sí lo tienen en el ámbito de relevancia típica, razón por la que deben ser considerados administradores de hecho. En todo caso, en numerosas ocasiones éstos habrán sido designados como apoderados de la entidad, en cuyo caso, deberán ser reconducidos al concepto de representante legal. Sin embargo, en todos aquellos casos en los que no tengan tal designación, y ostenten un poder autónomo, aunque sea sobre un ámbito restringido de la empresa y habiendo obtenido además su poder de quienes gobiernan la entidad, pueden ser considerados administradores de hecho, aunque no tengan poder de representación<sup>1203</sup>.

Lo mismo puede decirse respecto de los supuestos de grupos de empresas y del uso de testaferros. En el primer caso, pues lo realmente relevante es quién tiene el poder de gestión y control en el ámbito de la empresa en la que ha tenido lugar el delito. En este sentido, por más que el administrador de derecho pueda ser una persona física o jurídica determinada, si en concreto quien ejerce el poder es un sujeto que pertenece a la empresa matriz, deberá éste ser estimado el verdadero administrador “de hecho” respecto de la empresa filial delincuente<sup>1204</sup>. Por su lado, si quien tiene el poder de decisión sobre el

---

<sup>1201</sup> *Ibidem*, pp. 395s.

<sup>1202</sup> En esta posición GALLEGO SOLER, J., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, op. cit., pp. 162s., aunque este autor distingue, para determinar la amplitud del concepto, entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio. También SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., pp. 395s.

<sup>1203</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Artículo 31”, op. cit., p. 398.

<sup>1204</sup> *Ibidem*, p. 402.

ámbito de vulneración del bien jurídico no es quien aparece como representante o como administrador de derecho, corresponderá nuevamente entender que quien ejerce tal poder de gestión y decisión es verdaderamente el administrador de la sociedad.

Por último, en lo concerniente a los casos en que la entidad es administrada por otra persona jurídica, dado el tenor del primer párrafo del art. 31 bis.1 CP, se ha debatido si sería aplicable la RPPJ. Conuerdo con aquella doctrina que estima que tal supuesto es perfectamente posible, y no habría obstáculo en el tenor literal de la disposición legal, por lo que de administrar una persona jurídica, bastará con recurrir a la figura del administrador de hecho, determinando qué persona física perteneciente a la administradora dirige los destinos de la persona jurídica administrada<sup>1205</sup>.

En suma, la adopción de un concepto material amplio de administrador de hecho determina la posibilidad de aplicar la RPPJ a quienes, aunque no sean los titulares formales del cargo, ejerzan el poder de decisión o control autónomo, aunque no sea global, si dentro de su ámbito de decisión se produce la vulneración del bien jurídico. Con ello, se solucionan situaciones que podrían, de otro modo, conducir a la impunidad de la sociedad delincuente. Tales son los casos de altos directivos sin poder de representación; los que ejercen poderes sobre ámbitos delimitados temporal o sectorialmente; quien, teniendo verdaderamente el control de la empresa, utiliza testaferros; los casos de grupos de empresas y aquellos en los que la persona jurídica es a la vez administrada por otra persona jurídica, pues finalmente siempre existirá una persona física que administrará de hecho a la primera.

#### **1.1.4. Problemas específicos que plantea la responsabilidad penal por delitos especiales**

La cláusula contemplada en el art. 31 CP ha sido tratada extensamente en la Primera parte de este trabajo y mencionada también a propósito del panorama de normas que rigen en la actualidad en el ámbito penal respecto de la persona jurídica, por ello sólo haré una breve mención de ella en este apartado.

En la primera parte de este trabajo se ha analizado la cláusula de *actuación en lugar de otro* para establecer la responsabilidad de la persona física, administrador o representante, que actúa a nombre de la persona jurídica, en aquellos casos en los que la primera ha realizado el delito pero no concurren a su respecto las condiciones y cualidades que la figura penal correspondiente exige, desde el punto de vista de la tipicidad, para ser autor del delito y que sí concurren en la persona jurídica<sup>1206</sup>.

---

<sup>1205</sup> En tal posición, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", op. cit., p. 12, quien señala que "siendo posible, de otra parte, la administración de una sociedad por otra persona jurídica, si concurren los requisitos legalmente exigidos, el representante de esta última será "el administrador de hecho de la sociedad". Como se observa, el autor, derechamente estima que, en estos casos, será el representante de la persona jurídica administradora quien será el administrador de hecho de la administrada.

<sup>1206</sup> Además de la bibliografía citada a propósito de la *actuación en lugar de otro*, en la Primera Parte de este trabajo, puede consultarse la obra de GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II. Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español*, op. cit, *passim*.

En el caso de este apartado, la cuestión se plantea respecto de los delitos especiales en los que se admite la RPPJ. En estos casos, para llegar a determinar la responsabilidad de la entidad respecto de tales delitos, deberá primero constatarse si la persona física del mismo puede ser comprendida en el concepto de administrador que utiliza el art. 31 CP. Es decir, que en estos casos será menester que primero se cumpla con la exigencia de se reúna en el sujeto activo, la calidad de administrador de hecho o de derecho para que pueda, posteriormente, pasar a analizarse la RPPJ<sup>1207</sup>.

Dentro del catálogo de delitos en los que se contempla la aplicación de la RPPJ se encuentran algunos que se corresponden con figuras especiales propias, es el caso de las insolvencias punibles y algunas hipótesis de delitos contra la Hacienda pública. Respecto de estos delitos sólo quien tiene la calidad de deudor, puede ser autor. Dado lo anterior, y considerando que la RPPJ sólo puede proceder cuando el delito es cometido por las dos categorías de sujetos señalados en el art. 31 bis CP, esto es, los representantes y administradores o los subordinados que dependan de los primeros, cabe entonces entender que, tratándose de un delito especial al que resulta aplicable el art. 31 bis CP, debe primero, establecerse que el delito ha sido cometido por un administrador o representante para luego, vía art. 31 CP, hacer aplicable la responsabilidad penal a dicho administrador o representante y, sólo habiéndose establecido tales presupuestos, podrá examinarse la RPPJ<sup>1208</sup>.

La razón de la necesidad de establecer previamente la responsabilidad del administrador o representante de la entidad, aun cuando se trata de delitos especiales en los que cabe la RPPJ, es que esta responsabilidad, como ya se ha señalado previamente, se corresponde con un modelo mixto, en el que sólo puede proceder la responsabilidad penal, si previamente se ha establecido la comisión del delito por alguna de las personas físicas señaladas en el art. 31 bis CP. Como ya se ha indicado, tales personas son los directivos y los empleados, de tal forma que una vez verificada esa comisión, es posible establecer la RPPJ. Conforme a ello, tratándose del delito especial que admite la RPPJ, deberá aplicarse la cláusula del art. 31 CP, estableciéndose la autoría del administrador o representante de la entidad, para luego examinar la RPPJ.

Respecto del análisis del concepto de administrador a que alude el art. 31 CP y, por tanto, los sujetos que pueden ser comprendidos en ese concepto, me remito a lo expuesto en la Primera parte de este trabajo, sólo apuntando en este punto, que el concepto que se ha adoptado con ocasión del estudio de la cláusula de *actuación en lugar de otro*, al igual que el que se ha adoptado con ocasión del análisis del art. 31 bis CP, es un concepto material amplio, por lo que es posible en una serie de supuestos entender que el sujeto activo es un administrador de hecho.

---

<sup>1207</sup> Véase DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del Código Penal", op. cit., pp. 82ss.

<sup>1208</sup> Además de la bibliografía citada en la Primera Parte de este trabajo, véase la completa exposición del tema que hace MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 485ss.

## 1.2. Los administradores, representantes y demás sujetos del artículo 3 de la Ley n° 20.393 chilena

En términos generales, el art. 3 de la Ley n° 20.393 recurre a la enunciación de una serie de sujetos que pueden dar lugar a la RPPJ, pero todos se corresponden con un alto cargo directivo al interior de la entidad. Se trata de los *dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o personas que realicen actividades de administración y supervisión*.

Si bien la enumeración parece larga, todos los sujetos podrían ser comprendidos en el concepto de sujetos que realizan "*actividades de administración y supervisión*"<sup>1209</sup>. En realidad lo que aparece claramente en la mencionada enumeración de cargos es la intención de atender a criterios materiales más que a las formalidades de la designación. Ello, por cuanto es el poder para tomar decisiones al interior de la organización y la responsabilidad que se tiene por el ejercicio de esas decisiones, lo que importa para establecer la primera vía de atribución de responsabilidad penal. Así las cosas, aun cuando se menciona, por ejemplo, al dueño, no es la titularidad de la empresa lo que determina esta vía de imputación sino la existencia de un poder real para adoptar las decisiones. Se trata, por tanto, de términos amplios que permiten cubrir distintas hipótesis pero, ante la eventual duda, el legislador utiliza una fórmula genérica. En efecto, se señala en la Ley que dará lugar a la RPPJ cualquier persona que ejerza funciones de administración y sea responsable al interior de la organización.

Conforme a lo anterior, los cargos aquí mencionados no pueden ser delimitados de acuerdo a la normativa extrapenal por cuanto tienen en el ámbito penal un contenido propio. En tal contexto, la Ley n° 20.393 no ha utilizado algunos términos propios de la normativa mercantil. Así, por ejemplo la Ley n° 18.046 sobre sociedades anónimas<sup>1210</sup> entrega la responsabilidad de administrar la sociedad anónima, según su art. 31, a un directorio. Esta expresión no ha sido utilizada, sin embargo, en la normativa relativa a la RPPJ. Asimismo, la representación de la sociedad anónima ha sido entregada, de acuerdo al art. 49, al gerente de la misma, sin embargo, este cargo tampoco es mencionado en el art. 3 de la Ley n° 20.393. En consecuencia, es claro que los términos utilizados por el legislador deberán ser interpretados en un sentido material y propio.

Al analizar algunos de los cargos enumerados, como es el caso del "responsable", "ejecutivo principal" o los "controladores", parece quererse aludir a distintas hipótesis de administración de hecho. Ello, por cuanto, pese a que estos sujetos pudieran no ostentar formalmente la administración de la sociedad, dirigen los destinos de la misma. Tal cosa podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de una sociedad anónima en la que quien ejerce como responsable o realiza tareas de administración real de la entidad no es un miembro del directorio, órgano encargado de tal administración formal de acuerdo a la Ley n° 18.046. Ello, podría conducir a la conclusión de que existen ciertas hipótesis que vendrían a superponerse con la cláusula genérica utilizada en el art. 3 sobre las personas que ejercen "*actividades de administración*", la que habría sido incluida con el fin de evitar

---

<sup>1209</sup> De la misma opinión el OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 6.

<sup>1210</sup> Ley sobre Sociedades Anónimas, n° 18.046, de 21 de octubre de 1981.



cualquier eventual laguna de punibilidad. Pero lo anterior, también exige afirmar que en la fórmula antes citada se contiene tanto una administración formal, como una *de facto* o “de hecho”.

Al respecto cabe señalar que el proyecto de ley precedente de la nueva normativa de la RPPJ contenía expresamente una cláusula que señalaba que las labores de administración podrían ser realizadas “*incluso de hecho*”, sin embargo, durante la tramitación del proyecto<sup>1211</sup> esa frase fue eliminada, seguramente debido al desconocimiento respecto de la figura del administrador de hecho, que no se encuentra en otras figuras penales. Sin perjuicio de ello, es claro que la frase que fue aprobada finalmente es lo suficientemente amplia para comprender al administrador de hecho. En efecto, con la expresión “actividades de administración” se está dando cuenta de que tales labores pueden ser realizadas tanto por el administrador formalmente designado, como también por aquél que no teniendo tal designación, *de facto* sí realiza tales tareas.

Por tanto, al igual que el texto español, en la Ley chilena también deberían ser incluidos los administradores de hecho, y su contenido, estimo deberá tener la amplitud que, con ocasión del análisis del art. 31 bis CP español, se ha dado a tal cargo. Lo anterior, queda reafirmado por la inclusión de cargos que no tienen correspondencia con los conocidos en el ámbito extrapenal. De esta forma, bastará con que el sujeto que integra el cuadro directivo tenga un poder de decisión autónomo sobre un ámbito relevante de la actividad de la entidad, en la medida en que dentro de su campo de dominio o de poder de decisión esté la vulnerabilidad del bien jurídico correspondiente.

Cuestión distinta será determinar la vinculación que debe tener ese directivo con la persona jurídica. Al respecto HERNÁNDEZ BASUALTO<sup>1212</sup> sostiene la opinión, aquí compartida, de que no será necesario que exista un vínculo contractual laboral o de naturaleza similar entre la persona física y la entidad, por cuanto la utilización de expresiones exentas de cualquier formalidad en los cargos mencionados en el art. 3, hace posible tal interpretación. Conforme a ello, bastará con que el sujeto realice funciones de “administración y supervisión” para la persona jurídica, aunque formalmente no forme parte de ella.

## **2. Las condiciones de imputación en los sistemas español y chileno (I): la actuación *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica**

A la conducta de quienes detentan poder al interior de la persona jurídica se han incorporado otras condiciones para que sea procedente la RPPJ, tanto en el sistema español como en el chileno. Ellas han sido recogidas en instrumentos internacionales que han servido de base para la consagración de esta responsabilidad penal en ambos países, y también se encuentran presentes en la mayoría de las legislaciones comparadas que en la Segunda parte de este trabajo se han analizado.

---

<sup>1211</sup> Véase en este sentido *Historia de la Ley n° 20.393*, pp. 239ss.

<sup>1212</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Desafíos de la Ley N° 20.393”, op. cit., pp. 82s.

En el primer sentido, esto es, la consagración de los elementos aquí analizados a la luz de los instrumentos internacionales, cabe señalar que aquellos que tienen carácter global no establecen de manera expresa la concurrencia de tales condiciones, porque los mismos tampoco han aportado un modelo de imputación limitándose, en la mayoría de los casos<sup>1213</sup>, a señalar la necesidad de establecer sanciones a las personas jurídicas por los delitos que el respectivo instrumento recoge. Sin embargo, los instrumentos regionales, que tienen mayor influencia en el ámbito español que en el chileno -por las razones que se han expuesto en la Segunda Parte de este trabajo-, sí establecen condiciones que le otorgan un sentido social a las conductas de los sujetos físicos que pueden desencadenar la RPPJ. En efecto, la mención de las expresiones “en provecho” y “por cuenta” se encuentran presentes en múltiples Decisiones Marco. Así, la DM 2005/667/JAI (art. 5.1) menciona el requisito del provecho; la DM 2005/222 JAI (art. 8.1) incluye la condición del beneficio; la DM 2004/757 (art. 6.1) menciona la expresión “por cuenta” y, la DM 2004/68 JAI (art. 6.1) también recoge la expresión “provecho”.

En lo que respecta a las legislaciones comparadas, ellas han sido tratadas *supra* en la Segunda Parte de este trabajo, incluyéndose en dicho análisis los criterios y condiciones para la imputación del delito o la infracción a la persona jurídica, por lo que en este punto, sólo me remitiré a las más conocidas.

La legislación alemana contempla, para la aplicación de la sanción administrativa a la entidad (art. 30 OWIG), como requisito que la entidad haya resultado enriquecida o, por lo menos, que el acto tuviera como objetivo enriquecerla. Por su lado, el Decreto Legislativo n° 231 de 8 de junio de 2001, italiano, también contempla en su art. 6 como condición para derivar la responsabilidad de la persona jurídica, en su art. 6, que el delito sea cometido “en interés” o que tenga como objetivo el “provecho” de la misma. El Código Penal francés señala en su art. 121-2 que el delito deberá ser cometido “por cuenta” de la persona jurídica, aunque no se menciona el requisito del beneficio o provecho, por cuanto se ha entendido que la actuación “por cuenta” sería más amplia que el beneficio<sup>1214</sup>. El sistema estadounidense, también ha contemplado que la RPPJ condicionada a la existencia de un beneficio para la entidad, como también que la actividad delictiva se produzca en el ámbito de la actividad de esa entidad<sup>1215</sup>. Por último la legislación suiza también ha contemplado en el art. 102 de su Código Penal, que las conductas deban ser realizadas en el contexto de la actividad comercial y en línea con los objetivos sociales de la empresa.

---

<sup>1213</sup> A excepción del Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. Este instrumento contiene algunos elementos, por lo menos, en cuanto a los sujetos físicos que pueden desencadenar la RPPJ en la Guía de Buenas Prácticas de 2009 contenida en el Anexo I de la convención. En todo caso, aunque en ella se señala la posibilidad de desencadenar la RPPJ por las actuaciones de las personas que tienen posiciones de poder al interior de la entidad, como también por las actuaciones de quienes están sujetos a la supervisión de los primeros, no se han agregado las demás condiciones que la doctrina estima necesarias para entender que se trata de un delito corporativo.

<sup>1214</sup> De hecho, como plantea DECKERT, K., “Corporate Criminal Liability in France”, op. cit., pp. 161s., basándose en la Circular del Ministerio de Justicia de 1993 y en la doctrina francesa, que el sentido es el de *interés* para la persona jurídica.

<sup>1215</sup> Véase en este punto GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., pp. 46ss.

## 2.1. Las condiciones de imputación en el sistema español: la actuación *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica

a) Diferencias entre la actual legislación y las propuestas legislativas anteriores a la Reforma de 2010

El art. 31 bis CP exige respecto de las actuaciones de los directivos de la empresa, esto es, los representantes y administradores, que la comisión del delito se haga *en nombre o por cuenta* de la entidad y en su *provecho*. La opción del legislador en el actual art. 31 bis CP de exigir ambos requisitos de manera copulativa, no es la misma que se había adoptado en las iniciativas que precedieron a la actual legislación. En efecto, la actual normativa supera el problema que generaba el Proyecto de 2007 en el que los requisitos aparecían de manera disyuntiva, es decir, que la responsabilidad para la entidad concurría tanto si la actuación se realizaba *en nombre o por cuenta* de la entidad, como si se hacía en su *provecho*, de manera separada<sup>1216</sup>. Ello, a pesar de que las actuaciones *en nombre o por cuenta* o *en provecho* de la entidad claramente tienen un contenido distinto y, por lo tanto, su finalidad también lo es. En consecuencia, esta manera de exigir copulativamente la concurrencia de los requisitos es una decisión acertada, pues de haberse insistido en la alternatividad se habrían producido absurdos como que el delito no hubiera implicado ningún tipo de beneficio para la organización, o incluso la hubiera perjudicado y, sin embargo, ésta habría sido igualmente responsable penalmente, desconociendo así, el sentido social que le otorga el beneficio o interés al hecho delictivo individual, cuando el mismo se comete en el seno de una persona jurídica.

b) La actuación *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica en el art. 31 bis CP

Respecto de las conductas de los administradores y representantes el art. 31 bis.1 CP exige que las mismas se realicen *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica. El Código Penal, en el art. 31 CP, ya conocía la expresión utilizada en el art. 31 bis CP, toda vez que el primero -que regula la fórmula del *actuar en lugar de otro*-, incluye la exigencia de que esa actuación sea realizada *en nombre* de la persona jurídica.

Así, BACIGALUPO ZAPATER<sup>1217</sup> ha señalado, que la distinción entre las expresiones utilizadas dice relación con la distinta fuente del poder del representante y del administrador dentro de la entidad. En ese contexto, la expresión *en nombre* aludiría al cargo de representante, mientras que *por cuenta* aludiría al cargo de administrador. Por su lado, DÍEZ RIPOLLÉS<sup>1218</sup> señala que actuará *en nombre* de la persona jurídica, aquel sujeto cuyo comportamiento se adecúe a la política o directivas de la empresa previamente

---

<sup>1216</sup> El Proyecto de 2007 de 15 de enero, señalaba al respecto que “(e)n los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas...”.

<sup>1217</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., “El actuar en nombre de otro”, en AA.VV., *Íd.* (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 140

<sup>1218</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *op. cit.*, p. 22.

fijadas, mientras que actuará *por cuenta* si persigue los intereses de ésta, determinados autónomamente en el marco de sus funciones sociales, aun cuando contradiga la política o directivas empresariales. Lo que parece estar claro, en todo caso, es que ambas expresiones buscan establecer que la conducta, como señala GARCÍA ARÁN<sup>1219</sup>, se enmarque como una actuación social.

Por otro lado, el contenido de las expresiones utilizadas por el legislador, en el caso del art. 31 bis CP, respecto de las actuaciones de los administradores y representantes alude, claramente, a una exigencia que se encuentra vinculada a la relación que tiene el sujeto físico que ejerce un determinado poder de decisión con la persona jurídica, cuestión que ya ha sido tratada precedentemente. En tal contexto la exigencia aquí examinada apunta a que no cualquier persona, como señala QUINTERO OLIVARES “*puede estar en condiciones de actuar como si fuera la persona jurídica misma*”<sup>1220</sup>. Por tanto, con las expresiones utilizadas se indican tanto requisitos formales como materiales, puesto que no bastará con que la persona tenga asignada una determinada posición en el interior de la persona jurídica, sino que será necesario también que, ostentando un poder de decisión, el comportamiento delictivo tenga lugar con ocasión del ejercicio de sus competencias<sup>1221</sup>. Esto es lo que permitirá afirmar que actúa por la persona jurídica en el examen de dicho comportamiento delictivo<sup>1222</sup>.

En otras palabras, lo que se pretende establecer es una limitación para los actos de personas que tienen la representación o la administración de la persona jurídica, vinculándolos al mandato que las mismas tienen en el seno de la organización y al ejercicio de tales competencias en la comisión del delito que da lugar a la RPPJ<sup>1223</sup>.

La exigencia en análisis se encuentra vinculada, en consecuencia, con posibles casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica. Como se ha señalado en doctrina<sup>1224</sup>, podría distinguirse entre una *extralimitación formal* y una *extralimitación material*. En el primer caso, el administrador o representante podría realizar una acción *de exceso*, cuando sus actuaciones no se encuentren dentro de las competencias que formalmente han sido establecidas en el ámbito de su cargo. En segundo lugar, podría haber una *extralimitación material* cuando el administrador o representante, aunque actuando dentro de sus competencias formales, contradice la política empresarial.

---

<sup>1219</sup> GARCÍA ARÁN, M., “Artículo 31 bis”, op. cit., p. 390.

<sup>1220</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal español. Tomo I*, op. cit., p. 370.

<sup>1221</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica”, op. cit., p. 99.

<sup>1222</sup> Cabe recordar, en todo caso, como hace DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, nº1, del CP”, op. cit., pp.84ss. que en el ámbito mercantil, la *actuación a nombre de otro*, puede realizarla incluso si el administrador ejerce el cargo de forma aparente, por lo que podrían darse actuaciones contra la política social o incluso contra órdenes expresas, sin que ello implique necesariamente la exclusión automática de la responsabilidad corporativa. De hecho, agrega el autor, ni siquiera el objeto social limita la responsabilidad de la empresa por los actos realizados por el administrador con terceros, pues todos los actos por éste realizados obligan a la sociedad, aún si se encuentran fuera de dicho objeto social.

<sup>1223</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit, p. 50.

<sup>1224</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal”, op. cit., p. 64. Véase también DEL ROSAL BLASCO, B., *La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, nº1, del CP*”, pp. 85ss.

Lo anterior exige, en todo caso, que la actuación *en nombre* o *por cuenta* se produzca dentro del contexto empresarial, en el sentido de que ella se realice en el ámbito preciso en el que desarrolla sus actividades la empresa. Por ello, algún autor pronunciándose sobre dicha cuestión, ha planteado la exigencia de que se trate de “personas competentes”, en tanto la RPPJ se desencadena por la posición que ocupa la persona dentro de la estructura de la organización y por el ejercicio de dichas competencias<sup>1225</sup>. Cabe señalar, además, que ZUGALDÍA ESPINAR<sup>1226</sup> ha puntualizado que existirán casos en los que, a pesar de que existe una *acción de exceso*, no resulte tan claro que la responsabilidad de la persona jurídica no concurre y respecto de los mismos propone un análisis caso a caso de forma de evitar zonas de impunidad para la persona jurídica<sup>1227</sup>.

## 2.2. El silencio legal sobre el requisito de actuación *por cuenta* en el sistema chileno y su necesaria inclusión vía interpretativa

La iniciativa legal que dio origen a la Ley n° 20.393 contenía en su art. 3 inc. 2 la posibilidad de que la RPPJ se desencadenara por los delitos cometidos por quienes *actúan por* la entidad, aunque no se vinculaba tal expresión ni a los administradores ni a los representantes. Posteriormente, dicha disposición fue eliminada, a instancia parlamentaria, por cuanto se entendió que tal expresión ya se encontraba contenida, aunque tácitamente, en el inciso primero del art. 3, referido a los actos de los administradores y representantes y demás sujetos con poder de decisión. Ello, en la medida en que estas personas siempre *actúan por cuenta* de la persona jurídica.

Lo cierto es que la inclusión sin más en el proyecto de ley de personas que *actúan por cuenta* de la persona jurídica, al final del inciso segundo de la disposición que regulaba el supuesto de comisión del delito por los trabajadores, generaba cierta confusión<sup>1228</sup>. En efecto, la propuesta legal presentaba esta exigencia de forma desvinculada de los cargos en los que podría predicarse una actuación *por cuenta* de la entidad. Por ello, resultaba lógico que dicha cláusula fuera eliminada. Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta que justamente uno de los argumentos para la eliminación de la mencionada cláusula era que tal vínculo ya se encontraba implícito en los cargos de representante y administrador, puede concluirse que se trata de una condición presente en dichas actuaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, también la condición en análisis debería ser predicable

---

<sup>1225</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 49.

<sup>1226</sup> *Loc. cit.*

<sup>1227</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 49.

<sup>1228</sup> Esta cláusula final fue agregada durante la tramitación de la iniciativa legal en el primer trámite de la misma, por lo que el segundo inciso referido a las actuaciones delictivas de los trabajadores fue remitido al Senado, donde se eliminó, con el siguiente tenor: “Bajo los mismos presupuestos, serán también responsables dichas personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior o quien actúe por cuenta de la persona jurídica”. Su inclusión en el mismo inciso en el que se regulaba la actuación de los subordinados, ciertamente introducía un factor de confusión importante, por lo que resultaba lógica su eliminación. Al respecto puede consultarse *Historia de la Ley n° 20.393*, p. 151.

de las actuaciones de los subordinados, como ocurre en la legislación española, dándole el mismo contenido y alcance. De esta manera, deberían considerarse posibles supuestos de extralimitación, ya sea formal o material, para determinar si el acto punible resulta o no atribuible a la persona jurídica, por cuanto el solo hecho de detentar el cargo no resulta suficiente para dicha atribución. Además, será menester determinar si el delito ha sido cometido con ocasión del ejercicio de tales cargos.

### **3. Las condiciones de imputación en los sistemas español y chileno (II): la actuación “en provecho” de la persona jurídica**

#### **3.1. La actuación “en provecho” en los sistemas español y chileno**

Como ya se ha señalado se trata éste de un requisito conocido tanto a nivel de instrumentos internacionales como de legislaciones comparadas<sup>1229</sup>. En España y Chile se ha optado también por exigir la concurrencia de esta condición para establecer la RPPJ. Por ello, en este apartado el requisito en cuestión será tratado de manera común para ambos sistemas entendiendo, por cierto, que tienen el mismo contenido y alcance aunque, como se verá respecto del sistema chileno, con ciertas matizaciones. Como esta condición es exigida también en las actuaciones de sujetos subordinados a representantes y administradores -y demás altos directivos en el caso de la legislación chilena-, todo lo dicho en este apartado es también aplicable a las actuaciones de dichos subordinados en ambos sistemas.

Como cuestión previa debe destacarse la función que cumple la cláusula *en provecho*, en el sentido de que con esta expresión se desvinculan de la RPPJ todos aquellos delitos que se cometen en perjuicio de la propia persona jurídica o, de acuerdo a la clasificación proporcionada por SCHÜNEMANN, todos aquellos que forman parte de la *criminalidad en la empresa*, para comprender aquí los que conforman la *criminalidad de empresa*, como lo demuestra el catálogo de tipos penales contemplados en la legislación española y su escueto homólogo chileno. A partir de tal constatación, el *provecho* tiene la función también de permitir que las actuaciones de las personas físicas sean entendidas a la vez como actuaciones corporativas, adquiriendo el hecho una relevancia que supera la esfera individual<sup>1230</sup>.

Pero la cláusula utilizada por el legislador ha generado varias interpretaciones, por lo que la fijación de su contenido y alcance resulta fundamental. Al respecto, la doctrina se

---

<sup>1229</sup> Respecto de la inclusión de esta condición en los sistemas comparados que han consagrado el modelo vicarial, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo comparado*, op. cit., p. 101, señala que se habla de manera más genérica de “interés” de la empresa, agregando que ha tenido un marcado carácter subjetivo, pero que también ha ido experimentando un “notable proceso de abstracción y objetivización”. Por ello, ese beneficio de la empresa no es necesario que se presente como el único objetivo del agente, ni que sea un beneficio efectivo. Tiene, por tanto, en las legislaciones comparadas una misión procesal, en tanto facilita la prueba de que el agente actuó en el interés de la empresa, por ello no es preciso que la persona física actúe con un elemento subjetivo especial consistente en beneficiar a la empresa.

<sup>1230</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, op. cit., p. 100.

ha planteado si se trata de un elemento que debe analizarse en clave objetiva o como una intención subjetiva presente en la conducta de la persona física que realiza el delito. También existen posiciones divergentes en torno a si esta condición tiene un contenido económico puramente, o si el mismo es más bien amplio. Por último, también se ha planteado si debe tratarse de un beneficio exclusivo de la persona jurídica o es posible que pueda concurrir de manera paralela en la persona jurídica y en la física.

La primera cuestión que se plantea en torno a la interpretación de la cláusula *en provecho* es si ella debe ser entendida en clave objetiva o como un elemento subjetivo intencional especial. Como bien señala al respecto la CIRCULAR 1/2011<sup>1231</sup> de tratarse de un elemento subjetivo especial presente en la conducta del agente, ello obligaría a indagar en la “íntima convicción” del sujeto, en el sentido de estar realizando una conducta que pudiera favorecer a la entidad corporativa. La opción contraria sería la de entender que, con la inclusión de la expresión *provecho*, el legislador de ambos países ha querido significar que se trata de una “objetiva tendencia de la acción”. La CIRCULAR 1/2011 se pronuncia a favor de esta última opción. Sin embargo, el Ministerio Público chileno en su OFICIO n° 440/2010 no se pronuncia a este respecto<sup>1232</sup>.

Como parte de la doctrina<sup>1233</sup>, me inclino por estimar que el beneficio no debe ser entendido sólo como una intención subjetiva presente en la mente del agente, sino como una *tendencia objetiva* de la acción y, por lo mismo debe ser analizada *ex ante* su idoneidad para producir una ventaja a la persona jurídica. Lo anterior por cuanto, como se ha señalado en la CIRCULAR 1/2011, si el legislador hubiera querido darle un sentido subjetivo, es decir, como *íntima convicción de favorecer a la sociedad*<sup>1234</sup> habría utilizado frases tales como, “para beneficiar” o “con la intención de beneficiar”. Además de tener

---

<sup>1231</sup> CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p. 42.

<sup>1232</sup> Respecto de la posición respecto de este punto en la legislación chilena, el OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, pp. 5ss., no se pronuncia respecto de su naturaleza objetiva o como elemento subjetivo especial, sino sólo respecto de otros aspectos.

<sup>1233</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, op. cit., p. 101; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 53; BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno”, op. cit., p. 6. Entiendo que esta sería también la posición de DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, n°1, del CP”, op. cit., pp. 86s., y la de GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 85, aunque no parece muy conclusivo al respecto. Entiendo que se plantean por su interpretación en clave subjetiva, ORTÍZ DE URBINA, I., “Capítulo 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 165, pues el autor señala que la mejor forma de entender la cláusula en análisis es “en el sentido de exigir que la persona actúe para beneficiar a la jurídica”, agregando que éste puede no ser su “único ni principal objetivo (el sujeto puede querer beneficiar a la empresa para obtener un ‘bonus’ más elevado o un ascenso en la empresa)”. También es la posición de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, op. cit., p. 7, al referirse al provecho como una “intención de beneficiar” a la persona jurídica, y más adelante señala que se trata de un objetivo que guía el actuar del agente, con lo que, estimo, se estaría pronunciando a favor de su interpretación como elemento subjetivo especial. También GARCÍA ARÁN, M., “Artículo 31 bis”, op. cit., p. 390, quien define el provecho como “pretensión de proporcionar ventajas o beneficios a la persona jurídica”. En la doctrina chilena HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, op. cit., p. 221, parte señalando que podría ser entendida como una exigencia de carácter subjetiva, para luego concluir que podría tener una interpretación en clave objetiva.

<sup>1234</sup> CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p. 42.

ese sentido de intención del agente, se darían los problemas típicos de prueba que produce la inclusión de cláusulas subjetivas como ésta. También tiene razón la Fiscalía General del Estado cuando señala que resultaría difícil comprender por qué una intención perteneciente exclusivamente al agente podría erigirse en un factor fundamental para determinar la responsabilidad penal de la entidad. Por último, los cálculos que realiza el sujeto físico pueden finalmente perjudicar a la empresa y no por ello deberá entenderse que la empresa no es responsable<sup>1235</sup>.

Pero, una vez tomada la opción por una medición objetiva de la condición exigida para la procedencia de la RPPJ, quedan aún por determinar otros aspectos. Uno de ellos será decidir si el *provecho* debe ser examinado en un sentido puramente económico o más bien como un concepto amplio. Al respecto, como parte de la doctrina<sup>1236</sup>, estimo que el *provecho* tiene un alcance mayor que el que tendría si sólo se interpretara como antónimo de “perjuicio” y, por lo mismo, debe entenderse que es distinto de beneficio, aunque en algún punto puedan coincidir.

Como señala DEL ROSAL, el sentido del término aquí analizado escapa a aquél que se ha dado en el ámbito de los delitos patrimoniales, en el que prima la antinomia perjuicio/beneficio, pues de realizar tal interpretación, nos veríamos obligados con ello también a considerar que el concepto *provecho* tiene un contenido eminentemente económico.

Como el legislador en el art. 31 bis CP no ha restringido el alcance de la expresión *provecho*, debe concluirse que su naturaleza no solo es de índole económica, sino que puede adquirir otras dimensiones. En tal contexto, el *provecho* debería acercarse más al término “interés” usado en otras legislaciones, como la italiana<sup>1237</sup>, y en la propia definición del Diccionario de la Real Academia Española, en la que se incluye también la palabra *interés* para referirse al provecho. En consonancia con ello, el *provecho* podrá ser tanto de naturaleza económica, en el sentido de búsqueda de ganancias o todo tipo de compensación o beneficio avaluable económicamente, pero también como expresión que incluye la persecución de otros objetivos ventajosos que no resultan cuantificables<sup>1238</sup>. Así lo entienden los órganos persecutores tanto español como chileno<sup>1239</sup>. Esta interpretación es también posible, en el caso de la legislación española, porque no se hace mención a que dicho beneficio sea directo, como sí ocurre en el sistema chileno. Es más, ante cualquier duda interpretativa que pudiera llevar a restringirlo, el Proyecto de 2013 de reforma del Código Penal español, establece expresamente que puede ser directo o indirecto<sup>1240</sup>.

---

<sup>1235</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 53.

<sup>1236</sup> Véase en este sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típicas de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, nº 1, del CP”, op. cit., pp. 85s.

<sup>1237</sup> El art. 5 del Decreto Legislativo nº 231 señala: “1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio”.

<sup>1238</sup> En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., pp. 53s.

<sup>1239</sup> Véase CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado. Véase también, el OFICIO FN nº 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile, p. 6.

<sup>1240</sup> En efecto, el art. 31 bis que se propone señala: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto...”. La misma redacción se otorga al número 2, referido a las actuaciones de los



También en relación con el *provecho* se plantea la cuestión de si se exige un provecho *efectivo* o si es posible que se trate de una *expectativa*. La mayor parte de la doctrina considera, opinión aquí compartida, que no es necesario que se trate de una ventaja efectivamente percibida por la empresa por cuanto existen innumerables hipótesis en las que tal expectativa de *provecho*, por factores externos, no se hará efectiva, lo cual no puede impedir que la entidad sea sancionada. En este sentido, como señala la CIRCULAR 1/2011, debe tratarse de una expectativa razonable, aunque no se verifique finalmente. Por otro lado, ese provecho dará lugar a la RPPJ cuando se cometa en beneficio de la entidad pero también de la persona física que ha cometido el delito, debiendo excluirse, sin embargo, aquellas hipótesis en las que resulte beneficiada únicamente esta última, o un tercero, o éste y aquélla.

### 3.2. La posibilidad alternativa de actuación “en interés” en el sistema chileno

En el art. 3 de la Ley n° 20.393 chilena se ha agregado junto al *provecho* la expresión *interés*, de manera disyuntiva. De esta manera la disposición legal señala que el delito deberá cometerse “*inmediata y directamente*” “*en interés o provecho*” de la persona jurídica<sup>1241</sup>.

La introducción del término *interés* tiene, en mi opinión, sólo la función de aclarar, para el caso de que el *provecho* fuera entendido en un sentido puramente económico, que cualquier ventaja sea o no económica debe dar lugar a la RPPJ. Como ya he señalado anteriormente, estimo que el término *provecho* debe acercarse al de interés. Por ello, ante la eventual duda interpretativa, se cubre todo el espectro de ventajas posibles para la empresa.

La incorporación, sin embargo, de los advverbios “*inmediatamente*” y “*directamente*” podría llevar a la equivocada conclusión de que el *interés* o *provecho* deben ser analizados de manera restrictiva, en el sentido, de que sólo es procedente la condición cuando efectivamente se produce y es constatable. En mi opinión no es esta la interpretación correcta, pues como señala HERNÁNDEZ BASUALTO<sup>1242</sup>, en dicha interpretación de estas condiciones debe ser considerado lo prescrito en el inciso cuarto del art. 3, que señala que “*(l)as personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero*”. La función, por tanto, que deben tener los advverbios “*inmediatamente*” y “*directamente*” es la de excluir aquellas hipótesis en las que el delito es cometido con la finalidad exclusiva de beneficiar a los sujetos físicos y no a la empresa, como también aquellos en que resulte beneficiado exclusivamente un tercero o éste y el agente que ha cometido el delito<sup>1243</sup>. Como podrá apreciarse, existiendo la

---

subordinados.

<sup>1241</sup> Cabe señalar, que las expresiones “*inmediata*” y “*directamente*” fueron agregadas durante la tramitación legislativa, no estando muy claro el sentido que a las mismas pretendía darse, por lo que resultan bastante ambiguas y difusas. Véase, en este punto *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>1242</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, op. cit., p. 221.

<sup>1243</sup> El OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 6, aunque no se pronuncia

cláusula final antes citada, es poco lo que pueden aportar las expresiones en análisis, pues una lectura armónica y sistemática de los preceptos del art. 3 lleva a la inexorable conclusión de que bastaba con la incorporación de dicha cláusula final<sup>1244</sup>.

## CAPÍTULO V. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (III): DELIMITACIÓN Y CONDICIONES DE IMPUTACIÓN POR LA ACTUACIÓN DE LOS SUBORDINADOS

### 1. Introducción

Tanto la legislación española como la chilena contemplan una segunda vía para establecer la RPPJ a través de los comportamientos delictivos de los subordinados de la persona jurídica que se encuentren sometidos a la autoridad de los administradores, representantes y demás directivos. Por una parte, el segundo párrafo del art. 31.1 bis CP español establece que la persona jurídica será penalmente responsable *“de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”*. Por su lado, el art. 3 de la Ley n° 20.393 chilena, también contempla una hipótesis similar al señalar que la persona jurídica será penalmente responsable *“por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior”*.

Se agrega, en ambas legislaciones, que deberán darse también las demás condiciones señaladas respecto de los delitos cometidos por los administradores y representantes. En consecuencia, en ambos sistemas se establece una doble vía de atribución de RPPJ: a) la comisión de delitos por los administradores y representantes y b) la comisión por personas físicas que se encuentran sometidas a la autoridad de los primeros. Como se advierte, la fórmula utilizada por el legislador español y chileno es similar, aunque la diferencia podría estribar en la no inclusión del requisito de la ausencia del debido control que da lugar a la comisión del delito por el directivo en el caso del art. 31 bis español.

Por otro lado, la introducción de esta vía de atribución de RPPJ, tiene sus orígenes en la ampliación o flexibilización que ha experimentado el sistema vicarial puro que, dado los inconvenientes de una RPPJ únicamente basada en las actuaciones de los órganos de la empresa, fue incorporando las actuaciones del personal subalterno con el fin de superar

---

claramente acerca de la función que tendrían las expresiones *“inmediata”* y *“directamente”*, parece inclinarse por su entendimiento en el sentido que he expresado en el texto. Al respecto el Oficio solo señala que tienen como objetivo enfatizar que la empresa debe resultar beneficiada.

<sup>1244</sup> Lo anterior resulta claro, si se examinan las opiniones vertidas durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la actual redacción del art. 3, contenida en *Historia de la Ley n° 20.393*, p. 241, en la que se insiste en que el sentido y alcance de las expresiones *“directa”* e *“inmediatamente”* es la de excluir las hipótesis en las que pudiera resultar beneficiado sólo el agente que ha cometido el delito o un tercero, o ambos.

las lagunas de punibilidad que se presentaban con el modelo estricto basado en el *alter ego*. Con ello, se da lugar a la RPPJ en aquellos casos en los que el superior jerárquico no ha realizado conducta delictiva alguna sino que, a lo más, ha incurrido en una falta de vigilancia y control de los empleados<sup>1245</sup>.

Como se ha podido apreciar en la Segunda Parte de este trabajo, la vía de RPPJ por delitos cometidos por los empleados no es nueva, y se encuentra presente en innumerables instrumentos de carácter regional, pero también en otras legislaciones. Por una parte, es claro que en el caso de la doble vía utilizada en el sistema español las fuentes han sido las Decisiones Marco<sup>1246</sup>. Así, por ejemplo, la DM 2005/222 JAI señala expresamente la posibilidad de que se derive responsabilidad penal para la persona jurídica no sólo por las actuaciones de quienes ejercen cargos directivos, sino también, conforme al art. 8.2, por las actuaciones de personas que se encuentren sometidas a la autoridad de los directivos, siempre que el delito haya sido posible "*por la falta de vigilancia o control por parte de alguna de las personas*" que ejercen esos cargos directivos. La distinción, en todo caso, entre la forma en que se ha contemplado la doble vía de imputación en el sistema español de la contenida en el ámbito de las Decisiones Marco, es que en este último caso la doble vía responde al distinto sistema sancionatorio contemplado para los delitos cometidos por los directivos respecto de los cometidos por los subalternos, siendo, en el primer supuesto, la sanción para la persona jurídica más grave<sup>1247</sup>.

Respecto de los sistemas comparados, la OWIG alemana contempla en el art. 130 una multa aplicable a la persona jurídica cuando se cometa la infracción por alguna persona perteneciente al ámbito social, como consecuencia de la ausencia de medidas de prevención que tiendan a evitar la infracción. Se trata, en todo caso, del ámbito administrativo sancionador. En ese mismo ámbito, en el Decreto Legislativo nº 231 italiano, también se prevé la aplicación de sanciones a la persona jurídica, conforme al art. 5.1.b, cuando el delito sea cometido por personas que se encuentran sometidas a la autoridad o supervisión de sujetos que detentan posiciones de control de la persona jurídica, como representantes, administradores, directores, etc. Esta es la norma que sirvió de fuente para la correspondiente vía de imputación en el sistema chileno. Sin embargo, existen legislaciones europeas, como la francesa<sup>1248</sup>, en las que no cabe la RPPJ por actuaciones delictivas de trabajadores, siendo sólo posible la atribución de responsabilidad penal a la empresa por conductas de los representantes y órganos de dirección de la misma.

---

<sup>1245</sup> Véase al respecto, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., pp. 92s. Véase también, respecto de los sistemas comparados, la Segunda Parte de este trabajo.

<sup>1246</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, op. cit., p. 272.

<sup>1247</sup> *Loc. cit.* El autor señala al respecto que cuando el delito es cometido por los directivos las decisiones marco tienden a prescribir que la sanción consista en una multa de carácter penal o administrativo, mientras que cuando el delito es cometido por los trabajadores, se insta a la aplicación, de manera genérica, de medidas eficaces, proporcionadas y disuasivas.

<sup>1248</sup> Dispone el art. 121-2 del Código Penal francés que la responsabilidad de la persona jurídica, sólo puede proceder en caso de delitos cometidos por los "órganos o representantes" de la persona jurídica.

## 2. Configuración legal de la cláusula relativa a los subordinados en ambas legislaciones

Como puede advertirse, en los dos sistemas en estudio, se ha utilizado una cláusula bastante amplia para referirse a la segunda vía de imputación de responsabilidad penal corporativa. Por una parte, el legislador español alude genéricamente a las *personas que estén sometidas a la autoridad* de los representantes y administradores y, por su lado, el legislador chileno, de modo muy similar, alude a las *personas que estén bajo la dirección o supervisión directa* de los directivos de la persona jurídica. Al no establecerse en ninguno de los ordenamientos el alcance preciso de tales cargos ni la vinculación con la dirección de la empresa, debemos remitirnos a la doctrina.

## 3. Delimitación del círculo de subordinados en el sistema español

El alcance de la fórmula utilizada en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 CP ha dado lugar a debate, pues mientras parte de la doctrina otorga una gran amplitud a la cláusula, otra parte de ella estima que sólo algunos subalternos deben ser considerados como sujetos sometidos a la autoridad de representantes y administradores.

Por lo pronto, cabe señalar que de no optarse por la interpretación que aquí se sostiene en relación con la extensión del concepto de administrador de hecho, entonces deberán ser considerados como simples subalternos las personas que poseen poder autónomo para tomar decisiones que comprometen a la empresa pero sin que ese poder tenga un alcance global respecto de la entidad, en tanto se encuentran sometidos a la autoridad de los administradores y representantes<sup>1249</sup>. En tal contexto, deberían incluirse en esta vía de atribución de RPPJ a los directores generales, los directores de departamento y, en suma, quienes ejercen un poder sectorial pues, los mismos, aun cuando tienen una posición de control de la persona jurídica, están sujetos a la autoridad de los órganos directivos de la persona jurídica<sup>1250</sup>.

Volviendo al alcance que debe darse a la cláusula “*personas sometidas a la autoridad*”, la divergencia entre una y otra parte de la doctrina se centra en el vínculo que debe existir entre el subordinado y la persona jurídica, aunque una cuestión previa que debería quedar asentada es que, cualquiera sea ese vínculo, se trata de sujetos que se limitan a ejecutar decisiones ajenas<sup>1251</sup>. En otras palabras, lo que se discute a propósito de una fórmula tan

---

<sup>1249</sup> Entendiendo, como aquí se hace, que los mandos intermedios son efectivamente administradores de hecho, razón por la cual deben ser incluidos en la primera vía de imputación de la RPPJ, véase GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 79.

<sup>1250</sup> Esta es la posición, por ejemplo, de ORTIZ DE URBINA, I., “Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales”, op. cit., p. 165. El autor señala que no sólo cierta jurisprudencia del TS (como la del 25 de junio de 2010 EDJ 145126) avala esta postura, sino también la propia historia legislativa del art. 31 bis CP, por cuanto el proyecto de ley incluía “*junto a los representantes legales y administradores de hecho y de derecho, los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica*” y esta última frase fue eliminada del texto final aprobado del art. 31 bis CP “*por resultar demasiado amplia*”.

<sup>1251</sup> En tal sentido, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 79. Siguiendo al anterior, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit.,

vaga como la consagrada en el párrafo segundo del apartado primero del art. 31 bis CP es si a lo que se refiere dicha disposición es a los empleados de la persona jurídica con la que mantienen una relación de dependencia de tipo laboral y de subordinación jerárquica o si el ámbito comprendido en ella es más amplio<sup>1252</sup>. En consecuencia, de acuerdo a la posición que sustenta que tal vínculo debe ser laboral, el círculo de sujetos se hace bastante más restringido que en el caso de quienes sostienen que el vínculo no debe necesariamente ser laboral.

Por un lado se encuentran quienes sostienen que la persona física sometida a la autoridad de los representantes y administradores debe mantener un vínculo laboral con la entidad. En este sentido, se trataría de trabajadores que forman parte de la misma<sup>1253</sup>. El fundamento de tal posición es que “*el propio tenor literal del art. 31 bis impide una aplicación extensiva*” al exigirse respecto de sus actuaciones que se encuadren en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, de lo que se desprende que deben estar sometidas a una autoridad jurídicamente legítima, que sólo podría tenerla el empleador. Por tanto, el párrafo segundo sólo podría referirse a personas que trabajan para la organización de la que es titular la persona jurídica, pudiendo extenderse esa responsabilidad penal al grupo de empresas, cuando quien comete el delito es un empleado de una de las empresas pero no específicamente de aquella en la que ha tenido lugar dicho delito, sólo si la matriz posee personalidad jurídica. Por ello, se sostiene, el franquiciador no debe responder de un delito que tiene que ver con la gestión defectuosa de una franquicia específica que tiene su propia personalidad jurídica, como tampoco responde la empresa fabricante por el delito cometido en el seno de un concesionario que también goza de personalidad propia. Cuestión distinta será, en el caso de que existiera una externalización de servicios o de distribución, si empleados propios de la empresa delegante han participado en el delito cometido en el seno de la delegada, en cuyo caso sí deberá responder la primera<sup>1254</sup>.

En el marco de la interpretación anterior, se ha sostenido<sup>1255</sup> que, además de las relaciones laborales tipo, deberían incluirse las relaciones de prestación de servicios a favor de una persona jurídica “*con independencia del carácter ilícito del objeto o la causa del contrato de trabajo*” o “*de la regulación aplicable*”, por cuanto en el ámbito penal “*existe un entendimiento flexible de la noción de trabajador*”<sup>1256</sup>.

Por su lado, otra parte de la doctrina estima que la relación exigida en el párrafo

---

p. 48.

<sup>1252</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N°1, del CP”, op. cit., p. 88.

<sup>1253</sup> En tal posición se encuentra FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, op. cit., pp. 103s. y ORTÍZ DE URBINA, I., “Capítulo 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 166.

<sup>1254</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, op. cit., p. 104.

<sup>1255</sup> ORTÍZ DE URBINA, I., “Capítulo 2. (La responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales”, op. cit., p. 166.

<sup>1256</sup> *Loc. cit.* El autor señala que deben ser entendidos como trabajadores incluso las personas sometidas a contrato esclavo, los menores de edad laboral, servicios sometidos al Derecho administrativo y contratos de arrendamiento de servicios.

segundo no se restringe a una relación de dependencia laboral<sup>1257</sup>. En este contexto se entenderían como sujetos sometidos a la autoridad de los administradores y representantes a todo aquél que “*opere integrado bajo el ámbito de dirección de los administradores*”<sup>1258</sup>, sin necesidad de una vinculación laboral o mercantil, con tal que el subordinado desarrolle su función dentro de las actividades sociales de la persona jurídica. Esta, estimo, es la posición correcta, pues el texto legal sólo exige que exista un vínculo de “*autoridad*” entre el representante y/o administrador y la persona física mencionada en el párrafo segundo. De hecho, como se ha planteado<sup>1259</sup>, si el legislador hubiera querido restringir el ámbito de los sujetos del párrafo segundo, habría utilizado expresiones más precisas, como “*empleado*” o “*dependiente*”, sin embargo, la única exigencia es que exista una relación de autoridad.

Por último, ese concepto de autoridad debe ser entendido como “*un atributo de una persona, cargo u oficio que otorga un derecho a dar órdenes*”, por lo que en la segunda vía de atribución podrán incluirse a todos aquellos que están obligados a acatar las indicaciones, instrucciones u órdenes que imparta el administrador o el representante<sup>1260</sup>, con tal que su actuación se encuadre en el ámbito del “*dominio social*”<sup>1261</sup>.

En suma, en esta vía de imputación podrán ser comprendidos los empleados que mantienen un vínculo laboral, pero también aquellos trabajadores autónomos que se vinculan por un contrato de obra o servicio o bien personas que sean trabajadores en una empresa temporal que eventualmente presta sus servicios para aquella en cuyo marco se produce el delito<sup>1262</sup>. Lo anterior, por cuanto resultaría ilógico que un contable perteneciente a la plantilla de una empresa que presta servicios para otra, y que comete un delito contra la Hacienda pública por cuenta y dentro de las actividades sociales de esta última, no pueda generar responsabilidad penal para la misma. En estricto rigor, dicho sujeto, si bien no mantiene un vínculo laboral con la empresa delincuente, sí se encuentra sometido a la autoridad de los administradores de ésta, quienes imparten las instrucciones que el subordinado debe ejecutar. Por ello, es claro, que “*con independencia de la relación laboral concreta del trabajador con la sociedad, el hecho aparece como un hecho social o de empresa*”<sup>1263</sup>.

---

<sup>1257</sup> En tal posición se encuentran, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, op. cit., p. 13; DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del CP”, op. cit., pp. 88s.; GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 78; GÓMEZ MARTÍN, V., “Artículo 31 bis”, op. cit., p. 133, del mismo autor, *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, 2008 a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010*, op. cit., p. 13.

<sup>1258</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del CP”, op. cit., p. 88.

<sup>1259</sup> *Loc. cit.*

<sup>1260</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del CP”, op. cit., p. 88.

<sup>1261</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, 2008, a la L.O. 5/2010 al Código Penal que entra en vigor el 23-12-2010*, op. cit., p. 13.

<sup>1262</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 80.

<sup>1263</sup> Agrega en este punto, GÓMEZ TOMILLO, M., *ibidem*, p. 80, que en tales casos la sanción a la empresa, en términos de prevención especial o general positiva adquiere pleno sentido.

## 4. Las condiciones de imputación por la actuación de los subordinados en el sistema español

### 4.1. La actuación en el ejercicio de *actividades sociales y por cuenta y en provecho* de la persona jurídica

El párrafo segundo del art. 31 bis.1 CP establece que para que la actuación de los subordinados pueda imputarse a la persona jurídica, es necesario que se de en un contexto específico, que hace posible que la conducta individual se transforme en una conducta social o corporativa. Respecto del requisito del *provecho* de la entidad, ya se ha expuesto su contenido a propósito de las conductas de los representantes y administradores, que por resultar también enteramente aplicable al supuesto de los subordinados, no será tratado aquí. Sin perjuicio de ello, debe precisarse que dicho interés podrá ser compatible con un provecho personal, muy común en el caso de las actuaciones de estas personas físicas. En cambio las exigencias consistentes en una actuación "*en el ejercicio de actividades sociales*" y "*por cuenta*" de la entidad tienen aquí un sentido propio que debe ser analizado.

Con la exigencia antes mencionada el legislador, como ocurre con la actuación "*por cuenta*", busca establecer que la conducta se enmarque en el contexto social, pero además también limitar, como ocurre con el *provecho*, el ámbito delictivo únicamente a la *criminalidad de empresa*<sup>1264</sup>. Por ello, deberá tratarse de actuaciones que se enmarquen en el ejercicio de las actividades de la empresa, es decir, que estén dentro del ámbito organizativo de la misma, dentro de su giro<sup>1265</sup>. Además, "*por cuenta*" es una condición que también apunta a limitar el ámbito de actuación a aquellos casos en los que el subordinado ha cometido el delito dentro del marco de sus atribuciones y competencias<sup>1266</sup> y con ocasión del ejercicio de las mismas.

### 4.2. La *ausencia del debido control*

El párrafo segundo del apartado 1 también exige que las actuaciones de los subordinados hayan tenido lugar por "*no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*". Una primera lectura del primer apartado en su totalidad, podría llevar a la conclusión de que este requisito sólo es exigido respecto de las actuaciones de estas personas físicas, y no respecto de los representantes y administradores pues, en la primera vía de atribución de RPPJ, esta exigencia no se expresa. Sin embargo, como ya he señalado *supra* -a propósito del análisis del modelo que se ha consagrado en la legislación penal española-, estimo que en realidad se trata éste de un modelo mixto, en el que las actuaciones de las personas físicas resultan imprescindibles para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, pero en el que el defecto de

---

<sup>1264</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", op. cit., p. 100.

<sup>1265</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, op. cit., pp. 168s.

<sup>1266</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo art. 31 bis, N° 1, del CP", op. cit., p. 89.

organización constituye también otro elemento común.

Si bien es cierto que tal exigencia no se expresa en el texto legal respecto de los representantes y administradores, existen razones fundadas para estimar que éste ha sido el camino escogido por el legislador, y las mismas ya han sido expuestas con ocasión de dicho análisis. Por tal razón este requisito no será analizado en relación con los subordinados, sino en relación con todos los sujetos físicos mencionados en la norma.

Por otro lado, en apoyo de esta interpretación, esto es, la que sostiene que el legislador ha optado por un modelo mixto que, como tal, exige la ausencia de debidos controles en relación con todas las personas naturales que dan lugar a la RPPJ, se manifiesta el Proyecto de 2013 de modificación del Código Penal, cuya Exposición de Motivos expresa que “(s)e introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, **cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal**” (sin negrita en el original). En consecuencia, se corrobora en la Exposición de Motivos que el *debido control* es también un elemento que fundamenta la punibilidad de la persona jurídica. Pero además, y para eliminar cualquier rastro de dudas, se agrega que “(c)on ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”. Por tanto, se insiste en que el sistema que ha escogido el legislador español, incluso antes de la mejora técnica que ahora se introduce, se encuentra fundado también en el *defecto de organización* y no en un sistema vicarial puro.

En atención a ello, *infra* se hará un análisis no sólo de los elementos del *debido control* que hoy se encuentran residenciados de acuerdo al texto legal de manera expresa únicamente en los supuestos de delitos cometidos por los subordinados, sino también de aquellos que se proponen en el Proyecto de 2013 y que se refieren a todos los sujetos físicos que dan lugar a la RPPJ.

## **5. Particularidades de la regulación chilena en punto a los sujetos y criterios de imputación**

La disposición legal chilena que contempla la segunda vía de atribución de RPPJ, como ya se ha señalado, es notablemente similar a la contemplada en la legislación española, pero en aquélla las personas naturales deben además estar sometidas a la dirección o supervisión “*directa*” de los directivos mencionados en el inciso primero del art. 3. La inclusión de este advervio podría conducir a la conclusión errónea de que el ámbito de sujetos es más restringido que en el caso de los sujetos mencionados en la legislación española, sin embargo, pese a lo defectuoso e innecesario de tal inclusión, el círculo de agentes, en este supuesto, debería tener un alcance similar.

Entiendo que el círculo total de sujetos que pueden dar lugar a la RPPJ es tan



amplio como el contemplado en el art. 31 bis CP español<sup>1267</sup>. Ello, por cuanto, si se analizan los sujetos que se encuentran mencionados en el inciso primero del art. 3, no puede arribarse a otra conclusión que la de que dicha disposición amplía notablemente el círculo de sujetos que pueden dar lugar a la RPPJ. En efecto, se habla en ella de los dueños, controladores, ejecutivos principales, representantes y, en general, personas que realicen funciones de supervisión y administración. Con dicha fórmula se ha querido incluir a aquellos sujetos que, genéricamente, poseen un poder de decisión relevante dentro de la persona jurídica, pero no es necesario que pertenezcan exclusivamente a la alta dirección de la entidad.

En razón de lo anterior, con la exigencia de una autoridad “directa” no resulta restringido el círculo de subordinados, por cuanto en la primera línea de los sujetos que pueden dar lugar a la RPPJ, se encuentran incluidos multiplicidad de directivos, incluso puestos intermedios los que, por tanto, no necesariamente deben tener un control global de la empresa, como ocurre en el caso de los ejecutivos principales. Sin perjuicio de ello, es claro que no podrá tratarse de trabajadores que se encuentren en la últimas líneas jerárquicas de la organización y que se encuentran sometidos directamente a quienes no ostentan, por lo menos, un cargo directivo intermedio.

Por otro lado, como en el sistema penal español, deberá tratarse de sujetos que mantengan una vinculación con los directivos, aunque ese vínculo no necesariamente tiene que ser laboral o mercantil, bastando con una autoridad para impartir instrucciones, directrices, etc., que den cuenta del sometimiento del subordinado respecto de quienes mantienen control total o parcial en la persona jurídica. En ese sentido, la inclusión de otras exigencias dirigidas a limitar la comisión de delitos que se den dentro del contexto social no sería necesaria, pues el sometimiento a las instrucciones y directrices de los directivos ya da cuenta de tal contexto corporativo.

## 6. Naturaleza jurídica del *hecho de conexión*

Tanto el sistema español como el chileno contienen menciones a la expresión “delito”. Por una parte, en el sistema español, en los párrafos primero y segundo del art. 31 bis.1 CP, se señala que la persona jurídica será responsable, dándose además otras condiciones, de los “delitos” cometidos por los representantes, administradores o personas sujetas a la autoridad de los dos primeros. Tal mención se repite en el apartado 2 del mismo art. 31 bis CP. En el sistema chileno, el art. 3 de la Ley n° 20.393 también señala que la persona jurídica será responsable de los “delitos” cometidos por los directivos y subordinados.

La utilización de la expresión “delito” obliga, entonces, a determinar si el hecho de conexión cometido por los sujetos que dan lugar a la RPPJ debe ser entendido como un hecho típico, antijurídico y culpable o si en realidad en ambos sistemas es posible entender que la exigencia es menor. Estimo, adelantando ya mi posición, que en ambos sistemas existen disposiciones que permiten concluir que se exige una conducta típica y antijurídica

---

<sup>1267</sup> En este sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, op. cit., p. 220.

de la persona física, por lo que será necesario examinarlas separadamente.

## 6.1. Los requisitos de tipicidad y antijuridicidad en el sistema español

Aunque el Código Penal exige actuaciones delictivas de personas físicas determinadas, lo cierto es que la responsabilidad penal de la persona jurídica no es totalmente dependiente de la responsabilidad penal de la persona física. Lo anterior implica que es necesario que una persona física haya cometido un hecho típico y antijurídico, pero no es necesario que se imponga una pena a tal persona física<sup>1268</sup> ni que dicha persona sea declarada culpable<sup>1269</sup>.

Tal conclusión resulta obligada al examinar el apartado segundo del art. 31 bis CP que señala que la responsabilidad de la persona jurídica será exigible siempre que se constate que el delito *“haya tenido que cometerse”* por alguna de las personas señaladas en el apartado primero, aún cuando no sea posible establecer la *“concreta persona física”* que lo ha cometido, por lo que el umbral de exigencia se sitúa en la constatación de que se ha cometido un hecho delictivo por una persona física pero no se exige su identificación. Por otro lado, el apartado tercero del art. 31 bis CP señala que la concurrencia en las personas físicas que pueden dar lugar a la RPPJ de circunstancias que afecten su culpabilidad o el hecho de que las mismas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, *“no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Luego, aunque la persona física resultara eximida de responsabilidad penal por inimputabilidad, inexigibilidad o por error de prohibición, en suma por una causa que elimine su culpabilidad, o si la misma ha fallecido o se ha sustraído a la justicia, la responsabilidad de la persona jurídica se mantendrá en pie<sup>1270</sup>. En consecuencia, la declaración de RPPJ no se encuentra vinculada a la declaración de culpabilidad de la persona física.

Si a las disposiciones anteriores se aplica además la cláusula contenida en el art. 10 CP, se llega a la conclusión de que lo exigido en realidad es una acción típica y antijurídica penada en abstracto por la ley<sup>1271</sup>. Sin embargo, una cuestión distinta es la procesal, pues el legislador señala que será exigible la RPPJ cuando no haya sido posible seguir el procedimiento contra la persona física responsable, por lo que cabría la posibilidad de interpretar que en aquellos casos en los que la persona física se encuentra identificada y se ha podido llevar adelante el procedimiento en su contra, pero por alguna razón ello no ha ocurrido, entonces no podría declararse la RPPJ, evitando con ello que se renuncie a la persecución de las personas físicas cuando son plenamente identificables<sup>1272</sup>.

---

<sup>1268</sup> En tal sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, op. cit., p. 87.

<sup>1269</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 58.

<sup>1270</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español, (El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma)”, op. cit., pp. 69s.

<sup>1271</sup> En tal sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, op. cit., p. 87

<sup>1272</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español”, op. cit., p. 70.

## 6.2. Los requisitos de tipicidad y antijuridicidad en el sistema chileno

Como en el sistema español, la Ley n° 20.393 también contiene disposiciones que permiten llegar a idéntica conclusión que a la que puede arribarse en el primero, aunque con matices que obedecen a las deficiencias en la configuración legal que se ha dado al modelo de RPPJ en dicho caso.

El art. 5 de la Ley, titulado erróneamente “*responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica*” -pues no existen verdaderas hipótesis en las que la RPPJ se encuentre totalmente desvinculada del hecho de la persona física- expone, en realidad, ciertos supuestos en los que la RPPJ subsiste y se independiza de la responsabilidad penal de la persona física, aunque no totalmente. Así, señala que la responsabilidad corporativa subsiste aún cuando la responsabilidad individual se extinga por muerte de la persona física (después de cometido el delito y antes de que comience el juicio); cuando se extinga por prescripción de la acción penal y, cuando no pueda continuarse el procedimiento en contra del responsable individual por fuga o por enajenación sobrevenida que impida juzgarlo<sup>1273</sup>. Se trata de la consagración de supuestos similares a los contemplados en la legislación española, en la que no resulta necesario declarar la culpabilidad ni imponer condena a la persona física<sup>1274</sup>. Sin embargo, las diferencias también son notorias, ya que en el sistema chileno se restringen injustificadamente las hipótesis de persistencia de la RPPJ a las ya señaladas, mientras que en el sistema español simplemente se señala que las causas de afecten la culpabilidad del responsable individual o la imposibilidad de seguir el procedimiento contra de éste, no afectarán la RPPJ.

En tal sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO<sup>1275</sup> con razón crítica fuertemente la redacción que finalmente se dio al art. 5 que no coincidía con la presentada por el Ejecutivo chileno. Al respecto el autor señala que no se explica por qué determinadas causas de exculpación, como lo sería el error de prohibición, tendrían que tener el efecto de eliminar también la RPPJ. Lo lógico, en este caso, habría sido que las causas de justificación sí tuvieran tal efecto, pero no ocurre lo mismo con las causas de exculpación, por lo que lo acertado habría sido utilizar la fórmula que el legislador español ha incluido en el apartado 2 del art. 31 bis CP.

También se da lugar a la RPPJ cuando “*habiéndose acreditado la existencia*” del delito correspondiente “*y concurriendo los demás requisitos (...) no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°*”. Esta última hipótesis es similar a la contemplada en el apartado 2 del art. 31 bis CP, aunque en la chilena son notables los defectos que la fórmula presenta en comparación con la española. Nuevamente esta norma fue modificada durante la tramitación legislativa a instancias de quienes sostenían que siempre debía ser declarada

---

<sup>1273</sup> OFICIO FN n° 440/2010 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, p. 10.

<sup>1274</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, op. cit., p. 222.

<sup>1275</sup> *Ibidem*, pp. 223s.

la responsabilidad penal personal para que tuviera lugar la RPPJ<sup>1276</sup>. En razón de lo anterior la norma cambió drásticamente<sup>1277</sup>.

La mayor deficiencia de esta disposición es la de haber restringido de manera absolutamente infundada la persistencia de la RPPJ únicamente respecto de las conductas delictivas realizadas por quienes ostentan cargos directivos en la entidad y no respecto de los subordinados, lo que podría llevar a la injusta solución de establecer que respecto de estos últimos es necesario que los mismos sean identificados a todo evento y que se declare su culpabilidad para poder seguir adelante contra la persona jurídica. Ello resulta ilógico, pues existe un importante número de delitos cometidos en el ámbito de organizaciones complejas que no son cometidos directamente por los directivos sino justamente por aquellos que se encuentran en los eslabones más bajos de la cadena organizativa.

La exigencia de un hecho típico y antijurídico se restringe a los casos de directivos, pero no respecto de los delitos cometidos por los empleados, pues ellos necesariamente deben ser identificados, pudiéndose, en todo caso, en las hipótesis de muerte, prescripción de la acción penal o imposibilidad de proseguir el procedimiento por fuga o enfermedad sobreviniente, mantenerse en pie la RPPJ, aún cuando no se declare la culpabilidad de dicho subalterno<sup>1278</sup>. Resultado de esta ilógica restricción de la RPPJ, en caso imposibilidad de identificación de los subordinados, quedaría sin sanción la persona jurídica en ciertos delitos que, aunque en la actualidad no se encuentran contemplados en el escuálido catálogo de delitos a los que se aplica RPPJ, podrían ser incluidos en el futuro, como los delitos tributarios<sup>1279</sup>. Respecto de estos delitos tributarios, lo usual es que sean cometidos por un profesional subalterno, que podría no ser identificable, a pesar de que se ha cometido en interés de la empresa, e igualmente no dará lugar a la RPPJ.

---

<sup>1276</sup> Las actas de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dan cuenta de las intervenciones de algunos asesores que insistían en la necesidad de configurar una responsabilidad corporativa totalmente dependiente de la responsabilidad penal individual, desconociendo con ello que la RPPJ en los casos en que mayor sentido adquiere es en aquellos en los que no es posible identificar al responsable individual, lo que ocurre frecuentemente en ciertos delitos económicos. Tal fue el caso del asesor Jorge Bofill, quien se manifestó contrario a la existencia de una responsabilidad que en cierto punto adquiriera independencia respecto de la responsabilidad penal individual, véase al respecto *Historia de la Ley n° 20.393*, p. 52.

<sup>1277</sup> La norma presentada en el Mensaje Presidencial señalaba al respecto que: “La responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona natural y subsiste aun cuando: 1. La responsabilidad penal individual se haya extinguido conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal. 2. No haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales. 3. Concurrieren respecto de la persona natural alguna de las eximentes contempladas en el artículo 10 del Código Penal. Sin perjuicio de lo anterior, si concurriere las circunstancias N°1 y N°9 del artículo 10 del Código Penal, se excluirá asimismo la responsabilidad legal de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera podido y debido evitar su aparición”. Esta disposición igualmente presentaba defectos técnicos notorios, como por ejemplo, señalar que la RPPJ persistiría aunque concurrieran en la persona física causas de justificación (art. 10 CP). En el mismo sentido, a continuación establecía que en caso de que concurrieren las exculpantes de los números 1 y 9, igualmente persistiría la RPPJ si la persona jurídica hubiera “podido y debido evitar su aparición”.

<sup>1278</sup> Agrega otras críticas HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, op. cit., p. 224.

<sup>1279</sup> Contemplados en el Código Tributario, denominado “Decreto Ley n° 830 sobre Código Tributario”, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado hasta el 30 de julio de 1998.

## CAPÍTULO VI. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (IV): COMPLIANCE PROGRAMS Y LA AUSENCIA DEL DEBIDO CONTROL

### 1. El origen de los *compliance programs*: la autorregulación forzada

La incorporación de los *compliance programs* en el ámbito penal, como ya antes se señalara, no es una idea nueva sino que se origina en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, principalmente en el administrativo.

La introducción de elementos diversos como los *compliances* en el ordenamiento jurídico que permitan otorgar a la autoridad pública algún grado de control sobre el ámbito empresarial, tiene su origen en la idea de la *autorregulación regulada*. En efecto, ante la imposibilidad del Estado de conocer, regular y actuar de manera directa dentro de la organización de la empresa contemporánea, la autorregulación es el único camino a través del cual puede incidir en las actividades de las entidades corporativas. Ello se produce por medio de una actuación conjunta, en la que el Estado otorga un marco de actuación y la empresa implementa los sistemas de regulación interna de su actividad<sup>1280</sup>.

En el contexto actual, la actividad empresarial genera riesgos que se derivan principalmente de las nuevas formas de producción, y ante ello la sociedad ha desarrollado vías a través de las cuales el Estado logra establecer una cierta organización de la responsabilidad<sup>1281</sup>. La autorregulación, los riesgos y los peligros para los bienes jurídicos, si bien obligan a replanteamientos respecto de las formas en que puede incidir el Estado en las organizaciones, también imponen el reconocimiento de los límites del Estado respecto de su poder de incidencia en la organización interna de las empresas<sup>1282</sup>. De esta manera, el ordenamiento se aviene a permitir ámbitos de autorregulación organizativo-empresarial, a cambio de mantener un control del “contexto en el que se va a llevar a cabo esa autorregulación”<sup>1283</sup>.

En suma, la forma de control público sobre la empresa que se ha venido desarrollando es la de colaboración entre el Estado y el mundo privado con el fin de disminuir los riesgos, de todo orden, incluso delictivo. Esa vía ha sido la de la *autorregulación forzada* en la que el Estado, consciente de su escaso poder de control sobre el ámbito interno de las empresas, las insta a adoptar medidas de control interno<sup>1284</sup>. Pero

---

<sup>1280</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 266.

<sup>1281</sup> HERZOG, F., “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”, op. cit., p. 257.

<sup>1282</sup> MENDOZA BUERGO, B., “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, op. cit., p. 358, señala que “(1) *a inseguridad genera demandas de seguridad en todos los órdenes al Estado, pero lo cierto es que a éste se le exige una actuación más eficaz en las más diversas áreas de la evaluación, decisión, control y gestión de los riesgos, así como de protección frente a los eventuales daños, cuando su capacidad en algunos de estos terrenos está siendo puesta en entredicho con la globalización, que afecta también a todas las cuestiones aludidas*”.

<sup>1283</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 265.

<sup>1284</sup> Como señala NIETO MARTÍN, A., “El programa político-criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 11, 2004, pp. 262ss., la imposibilidad de intervención en el ámbito interno de las empresas se produce porque el mecanismo de control social elegido para encauzar normativamente a las mismas es el mercado. Por ello, ante la clara

esta colaboración no implica que el Estado se inhiba absolutamente, dejando que las empresas establezcan autónomamente el qué y el cómo controlar su actividad, antes al contrario, implica que el Estado establece un contexto o marco en el que las empresas deben desarrollar su actividad<sup>1285</sup>.

No se trata, por tanto, del *laissez faire* en el ámbito normativo, sino de una colaboración en la que el ordenamiento jurídico, principalmente a través del Derecho administrativo, asume un rol de control sobre la autorregulación de la actividad privada que adopta una multiplicidad de formas, algunas de las cuales se han incorporado en el ámbito penal, y precisamente en la Ley nº 20.393 chilena, y expresamente en el proyecto de reforma del Código Penal 2013 español<sup>1286</sup>. El fin es que se asuma “una actividad reguladora del Estado tendente a instrumentalizar las normas y controles privados, poniéndolos al servicio de fines públicos”<sup>1287</sup>, es decir, en donde el ente privado entra en el proceso de regulación pero de forma subordinada a los fines e intereses públicos fijados por el Estado<sup>1288</sup>. Por tanto, intervienen en este proceso de creación y ejecución de normas de conducta, el poder público, los sujetos regulados y también otros agentes sociales, como ONGs o sindicatos, como dan cuenta las regulaciones introducidas en ámbitos como el medio ambiente, la protección de los trabajadores, el blanqueo de capitales, etc.<sup>1289</sup>.

La eficacia del *self regulation* es, en todo caso, variada y ello lo demuestra la cantidad de casos sonados en los que, pese a existir en las empresas numerosos instrumentos propios de control interno, no han sido óbice para que se sigan ocasionando daños de magnitud al medio ambiente y a las personas. De todos modos, para que la autorregulación tenga una real eficacia es necesaria la intervención estatal. Se trata, como señala NIETO, de considerar que el Estado debe intervenir, pero a través de medios más sofisticados que los que antaño se conocían por la evidente inutilidad de los mismos frente a organizaciones en las que la vigilancia estatal queda absolutamente sobrepasada. Estos nuevos medios de control que implican, como señala el autor, un “*intervencionismo a distancia*”, en el actual estado de cosas, implican el reconocimiento de la necesidad de colaboración entre el mundo público y el privado<sup>1290</sup>. En ese contexto, y en el ánimo de que los instrumentos de autorregulación adquieran una real eficacia, la intervención del Derecho penal en estos ámbitos resulta necesaria, pues con ello se refuerza el valor y

---

inoperancia del mercado, ante daños en ámbitos tan relevantes como el medio ambiente, la corrupción, etc., la autorregulación forzada surge como única forma de instar a un correcto y respetuoso funcionamiento de este mercado.

<sup>1285</sup> Como señala DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 85, se trata de la utilización, por parte del Estado, de la autorregulación como “*estrategia indirecta de regulación*”.

<sup>1286</sup> NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de empresa”, *Política Criminal*, nº 5, 2008, *passim*.

<sup>1287</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, op. cit., p. 83.

<sup>1288</sup> COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? ”, en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 51.

<sup>1289</sup> NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de empresa”, op. cit., p. 3.

<sup>1290</sup> Como señala COCA VILA I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? ”, op. cit., p. 45, la heterorregulación es ineficiente, por cuanto el Estado ya no está en condiciones de actuar en solitario frente a la complejidad social y los niveles de tecnificación y desarrollo tecnológico.

compromiso de las obligaciones que, en este ámbito, suelen ser de carácter más ético que jurídico<sup>1291</sup>.

### 1.1. Contexto y fines de la *autorregulación forzada*

En la doctrina se ha señalado que existen cuatro grandes áreas que cubre la regulación pública de la autorregulación empresarial<sup>1292</sup>. Por una parte, se encuentra la creación de normas de comportamiento, de forma que, a través de ciertas reglas de carácter interno de la empresa, los sujetos que integran la organización comiencen a ajustar su conducta a las expectativas que la sociedad impone. Por otro lado, también tiene especial relevancia la introducción de mecanismos que mejoran la información en el interior de la organización de modo que, ante posibles infracciones, pueda detectarse de forma eficaz y rápida los vacíos que han permitido que la misma se produzca. En la regulación interna también se busca contar con ciertos órganos o personas encargadas de velar por el cumplimiento de los objetivos y principios fijados por la dirección de la entidad. Por último, también se contempla la existencia de instancias que establezcan la idoneidad de los sistemas de autorregulación de forma de asegurar que los programas internos creados por la propia organización sean idóneos para el cumplimiento de las expectativas legales y sociales. Se trata, en este caso, de auditorías y certificaciones externas destinadas a asegurar que la empresa ha cumplido y cumple con los estándares legales y sociales para el cumplimiento de los objetivos fijados en relación con el ámbito interno y externo de la organización<sup>1293</sup>.

En general estos elementos e instrumentos de la *regulación de la autorregulación* son también utilizados en el ámbito del Derecho penal económico, como podrá apreciarse al analizar las legislaciones comparadas y, en especial, la española y chilena. Por ello, resulta necesario hacer una revisión sucinta de los instrumentos que se utilizan por las entidades para la fijación de los criterios y principios que regirán la actividad empresarial, así como los objetivos empresariales y su cumplimiento.

### 1.2. Contexto de la *autorregulación forzada* y los *compliance programs*

En la tendencia de *heterorregulación de la autorregulación*<sup>1294</sup> como forma de

---

<sup>1291</sup> En ese sentido la actividad regulatoria del Estado en diversas áreas del Derecho, y también en el Derecho penal, se restringe por cuanto aquél asume su incapacidad para regularlas de manera eficaz, pero asumiendo también que tiene un rol relevante en la contención óptima de los riesgos en el seno de la empresa, por lo que la actuación estatal se encamina a crear mecanismos para canalizar el proceso de regulación. Sobre este punto, véase en detalle COCA VILA I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, op. cit., p. 48.

<sup>1292</sup> Véase por todos NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de empresa”, op. cit., *passim*. Por otro lado, expone ejemplos de buen gobierno corporativo, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., pp. 45ss.

<sup>1293</sup> NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de empresa”, op. cit., *passim*.

<sup>1294</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., p. 265.

cooperación entre el Estado y los agentes privados<sup>1295</sup>, se han desarrollado nuevos conceptos e instrumentos relacionados con las formas en que la actividad empresarial puede ser controlada. En tal contexto, se habla de responsabilidad social, de gobierno corporativo, de códigos éticos, de programas de cumplimiento, de *whistleblowers*, de *gatekeepers*, etc., todos conceptos que apuntan hacia la regulación de los agentes económicos tanto a nivel interno como en sus relaciones externas y que, en general, son impuestos por la dirección de empresa<sup>1296</sup>. Sin perjuicio de que su aplicación se da en el ámbito de la empresa, es indudable que es la autoridad estatal la que le otorga efecto público a dichos instrumentos. Y su eficacia incluso sobrepasa el ámbito nacional pues, como se verá más adelante, no sólo son los poderes públicos estatales los que interactúan en la configuración y en el otorgamiento de validez a tales herramientas<sup>1297</sup>, sino también las organizaciones e instrumentos internacionales, que suelen generar pautas que luego son imitadas a nivel nacional.

Se podría decir que en los orígenes de la regulación pública de la autorregulación<sup>1298</sup> se encuentran los conceptos de responsabilidad social corporativa y gobierno corporativo. El primero apunta a que las empresas asuman responsabilidad con su entorno, mientras que el gobierno corporativo se establece con el fin de que quienes controlan y gestionan esas empresas asuman responsabilidades de transparencia y fluidez en la información en el ámbito interno de la entidad<sup>1299</sup>. Dentro de tales áreas, los códigos éticos o códigos de buenas conducta, la gestión de riesgos, las evaluaciones, las certificaciones, etc., son herramientas destinadas a generar procedimientos de gestión (*management*) que le permitan a la dirección de la empresa cumplir ciertos objetivos y valores acordes con la legalidad, pero también que asuman funciones de protección del entorno e incluso de realización de tareas sociales<sup>1300</sup>.

En particular los *Códigos éticos* o *códigos de conducta*, que alcanzaron relevancia en EEUU en las décadas de 1970 y 1980, son de muy variada índole, pero en general contienen una “*serie de normas, reglas y principios*” que, pese a su relevancia, no tienen una categoría legal<sup>1301</sup>. Por ello, se trata de un conjunto normativo y de principios que la

---

<sup>1295</sup> En la que tiene especial importancia, no sólo la gestión de los riesgos sino también la integración entre países, como señala DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, op. cit., pp. 44ss., las decisiones estatales se ven restringidas en aras de la liberación de los mercados, con la consiguiente supresión de normas que supongan trabas innecesarias al comercio, reduciéndose también los controles de carácter estatal. Sumado a ello, el “neocorporativismo”, esto es, “*la presencia hegemónica de corporaciones en la sociedad*”, ha dado lugar a una regulación estatal cada vez menor.

<sup>1296</sup> SIEBER, U., “Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en Arroyo Zapatero, L., y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 65.

<sup>1297</sup> Así señala DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, op. cit., p. 84, que las certificaciones privadas, los códigos éticos o las sanciones disciplinarias, se desarrollan con la presión de los poderes públicos.

<sup>1298</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>1299</sup> NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de empresa”, op. cit., p. 2.

<sup>1300</sup> SIEBER, U., “Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, op. cit., p. 66.

<sup>1301</sup> De hecho, como señala, MÁLEM SEÑA, J., “Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción”, en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad Castilla-La Mancha, 2006, pp. 412s., la etiqueta de “ético” que



entidad asume voluntariamente y que pueden ser de distinto carácter pues responden a las necesidades y realidades particulares de las distintas organizaciones que se someten a ellos. En tal sentido, cumplen objetivos específicos, dependiendo del área en que se desarrollen y de los fines que se imponga la organización. Entre la multiplicidad de reglas que estos códigos contienen, también se encuentran aquellas destinadas a establecer las conductas que se estiman contrarias a la ética empresarial y que, en muchos casos, coinciden con comportamientos reprochados penalmente, que son incorporados en el ámbito de los *compliance*<sup>1302</sup>.

La finalidad de reiterar ciertas conductas ilícitas en el ámbito interno de la empresa, sería expresar, en términos sencillos y con ejemplos clarificadores, cuál es la cultura empresarial que se ha impuesto en la entidad, de manera que exista una mayor certeza respecto de cuál es el comportamiento que se espera, lo que rige tanto para los empleados como para los directivos, de hecho, en ciertos casos, se regula expresamente qué comportamientos pueden generar conflictos de interés para la empresa<sup>1303</sup>. La finalidad, por tanto, es la de refuerzo de la obediencia, la de generar un cierto grado de uniformidad en las reglas de comportamiento cuando la empresa tiene distintas localizaciones, y un clima de confianza en los mercados. Para el logro de tales fines la inclusión de los códigos de conducta, no sólo en ámbitos administrativos, como el medio ambiente o el laboral, sino también en el penal, resulta de especial interés, porque viene a constituirse en un sistema de cierre de las distintas instancias jurídicas que controlan la aplicación de estas reglas de comportamiento. Así, en el ámbito penal, los *compliance programs*, asumen la función de establecer las medidas destinadas a lograr que tanto directivos como empleados cumplan los mandatos y las prohibiciones jurídico penales y que, en caso de infracción, sea posible su detección y sanción<sup>1304</sup>.

En todo caso, es claro que estos códigos internos de conducta, pueden y suelen ser creados por las empresas con el fin único de mantener una buena imagen en el mercado y entre los consumidores por lo que, en ámbitos como la corrupción, se establecen pero no son cumplidos, pues la dirección empresarial se concentra más en la obtención de resultados que en la forma de conseguirlos. Por tanto, por un lado se mantienen las prohibiciones de realizar conductas como sobornos o pagos “en negro” pero, por otro, tales conductas son ocultadas. Lo anterior lleva a los empleados a entender que la corrupción está permitida, siempre que se realice de una forma más “eficiente”<sup>1305</sup>. Por ello, más relevante que el “papel” en que se contemplan tales principios y objetivos empresariales, es necesaria una correcta y eficiente aplicación de los mismos por las instancias de dirección, así como su efectivo control.

En esa misma línea, de generar vías de *control a distancia de la autorregulación* de las

---

se agrega a los códigos de conducta o códigos de buenas prácticas o estándares de conducta empresarial, sólo indica que tales instrumentos “carecen de relevancia penal”. De hecho, agrega el autor, históricamente la expresión “ética” sólo indica que se trata de sistemas que no pertenecen al sistema legal.

<sup>1302</sup> En el ámbito penal COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, op. cit., p. 55, señala que los *compliance* cumplen la función específica de que todos los miembros de la empresa cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales.

<sup>1303</sup> MÁLEM SEÑA, J., “Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción”, op. cit., pp. 412ss.

<sup>1304</sup> COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? ”, op. cit., p. 55.

<sup>1305</sup> MÁLEM SEÑA, J., “Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción”, op. cit., p. 420.

empresas, se inserta la protección de las autoridades administrativas de vigilancia y control en distintos ámbitos relacionados con la actividad económica privada<sup>1306</sup>. Aunque se trata de un control eminentemente administrativo, el rol del Derecho penal también resulta importante pues a través de él se generan formas de incriminación para proteger esa función de vigilancia y control. De esta forma, como se ha señalado en doctrina<sup>1307</sup>, la interacción entre Derecho administrativo y Derecho penal en el ámbito económico empresarial representa un *modelo integrado de intervención* que refuerza los *poderes sancionatorios autónomos* de tales autoridades administrativas sobre la actividad empresarial. En ese mismo contexto, la protección de los llamados *whistleblowers*, busca reforzar la eficacia de los códigos de conducta y de hacer más transparente la gestión empresarial.

Como señala HERZOG<sup>1308</sup>, el *whistleblower* puede ser definido como una “*persona que, a la vista de una situación precaria o de un proyecto irresponsable de un empresario o de una institución, sitúa el interés de la generalidad por encima de los intereses propios o institucionales e informa a la opinión pública, dando una señal de alarma*”. Estos “*avisadores sociales del riesgo*”, son regulados, principalmente en países como EEUU, a través de las cláusulas de protección de los denunciantes (*whistleblower protection clauses*) para, de esta forma, generar un “*control social*” sobre las instituciones y empresas<sup>1309</sup>. Generalmente, los *whistleblowers* son incluidos en los Códigos éticos de las empresas, y en ellos se contienen cláusulas en las que se protege e incentiva el actuar de los denunciantes, a través de premios a delatores, en caso de que su conducta repercuta de manera positiva para la empresa, o bien a través de la provisión de fondos para hacer frente a los gastos procesales en aquellos casos en que un delator haya demandado a la empresa que ha tomado represalias en su contra. Se potencia, además, estos comportamientos, a través de rebajas de condenas o medidas de protección de testigos y, en general, por la vía de medidas de protección en el ámbito laboral<sup>1310</sup>.

En el proceso de autorregulación de las empresas también se contempla la adecuada *gestión de los riesgos*. En ella se identifican las áreas de riesgo y se establecen canales de información eficientes de modo de mantener un control permanente y en constante revisión de tales áreas. Asimismo, se contemplan *encargados de prevención de riesgos* que mantienen permanentemente informados a los directivos, a fin de actuar preventivamente sobre las áreas más vulnerables de la empresa, o bien, reactivamente, para subsanar los errores en la gestión de los procesos internos de la empresa<sup>1311</sup>. Es

---

<sup>1306</sup> FOFFANI, L., “Obstaculización de la función de vigilancia y tutela penal de las autoridades administrativas independientes: apuntes sobre la experiencia italiana”, en Terradillos Basoco, J. M., y Acale Sánchez, M., *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 124ss.

<sup>1307</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>1308</sup> HERZOG, F., “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 258.

<sup>1309</sup> *Loc. cit.*

<sup>1310</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español”, en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, op. cit., p. 449. La autora señala que en el ámbito español, y en lo referido a la corrupción, aún no se ha incorporado de manera definitiva y en la práctica esta figura, como forma de persecución eficaz en la lucha contra la delincuencia en la empresa.

<sup>1311</sup> Se trata, como señala COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, op. cit., p. 59, del también conocido en el ámbito penal como *oficial de cumplimiento*, órgano

común, en ciertos ordenamientos, que también se contemplen instancias externas, de carácter público o privado<sup>1312</sup>, encargadas de verificar la idoneidad de los modelos de prevención y detección de riesgos.

La interacción de todos estos elementos tiene como fin lograr la transparencia y un eficaz sistema de flujos de información que redunde en una actividad empresarial acorde al cumplimiento de la legalidad y a los deberes de protección de los terceros a los que la actividad empresarial va dirigida<sup>1313</sup>.

Todos estos elementos que configuran la *autorregulación regulada*, como ya se ha adelantado, han sido llevados también al ámbito penal económico, a través de la introducción de los *programas de cumplimiento* que tienen relevancia a la hora de la fijación de la pena, cuando se han cometido delitos, pero que también pueden actuar como forma de exclusión de la misma, si han sido eficientes en la labor de dificultar la comisión de delitos propios del área en la que desarrolla su giro la empresa en concreto. De allí que esos modelos de prevención puedan ser elaborados por cada entidad o bien por sectores en los que se desarrollan empresas del mismo tipo, pero también pueden ser el fruto de la interacción entre los poderes públicos, el sector privado y otros agentes.

## **2. La previsión de *programas de cumplimiento* en los instrumentos internacionales antecedentes de las legislaciones nacionales**

Los principios relacionados con la responsabilidad social surgen a partir de los instrumentos internacionales, como resultado de las presiones de los agentes sociales en ámbitos como el medio ambiente, la seguridad de los trabajadores, la seguridad alimentaria, la corrupción, etc<sup>1314</sup>. Se trata de iniciativas que sólo tienen un carácter voluntario, y se asumen como recomendaciones para las empresas, en particular, las multinacionales. Ello, por cuanto el diverso grado de avance de las legislaciones en áreas como las mencionadas anteriormente implica que en aquellos países donde la normativa es menos protectora las empresas tienden a relajar los controles, produciendo daños, a veces irreparables y de alto coste social<sup>1315</sup>.

En esa línea se encuentra el Libro Verde de las Comunidades Europeas<sup>1316</sup>, destinado a fomentar la responsabilidad social de las empresas. Como se señala en el

---

encargado de gestionar la organización del *compliance*, que debe además ser distinto al Consejo de Dirección.

<sup>1312</sup> De carácter público es el órgano que aprueba los modelos prevención en el Derecho penal italiano, mientras que tal órgano tiene carácter privado en la legislación penal chilena.

<sup>1313</sup> HERZOG, F., "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo", op. cit., p. 257.

<sup>1314</sup> En el ámbito de la corrupción privada, NIETO MARTÍN, A., "La privatización de la lucha contra la corrupción", en Arroyo Zaptero, L., y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal en la era compliance*, op. cit., p. 207, señala que la idea que subyace a la transnacionalización de la lucha contra la corrupción es la de que las empresas multinacionales deben exportar sus estándares nacionales de corrupción en todos los Estados donde realicen sus negocios.

<sup>1315</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, op. cit., p. 81.

<sup>1316</sup> Véase, en este punto, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM(2001) 366 final, 18 de julio de 2001.

mismo documento, su finalidad es que las empresas asuman un compromiso que va más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, a fin de lograr un mayor desarrollo social, la protección medioambiental y la protección de los Derechos Humanos. La idea que subyace es que las empresas lograrán, a través de estos compromisos con su entorno, beneficios en el tiempo, a través de la mejora de su imagen corporativa, generando dividendos en el futuro. En consecuencia, la responsabilidad social corporativa es una inversión más que un gasto.

En este contexto, se contemplan incentivos para introducir buenas prácticas corporativas, que son incorporadas en las operaciones comerciales y en las relaciones con sus interlocutores, además, las empresas deben realizar informes públicos que son tenidos en cuenta por los inversores para valorar el riesgo de inversión. Se insiste, así, en la adecuada gestión de los recursos humanos internos de la empresa, a través de la contratación de empleados cualificados y de la permanente capacitación de los mismos. También se insta a la promoción de la salud y seguridad en el trabajo y a una adecuada gestión del impacto ambiental y los recursos naturales, entre otros aspectos. Por último, se contempla la interacción de la empresa con las comunidades locales y el respeto de los Derechos Humanos, como aspectos relevantes a considerar en los procesos comerciales de la empresa.

Por otro lado, se encuentran las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales<sup>1317</sup>. Estas directrices comparten los fines que se plantean en el Libro Verde, pero establece de manera más detallada los mecanismos y formas a través de las cuales las empresas se comprometen con una conducta socialmente responsable. Se señala expresamente en las Directrices que se busca *“garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible”*. Se trata, por tanto, también de *buenas prácticas corporativas* que son propuestas por los gobiernos y asumidas voluntariamente por las empresas, con el fin de hacer más transparente su gestión y más respetuosa su actividad en relación con las normativas que rigen en los distintos ordenamientos. Se habla en estas Directrices, de las certificaciones y evaluaciones, como forma de verificar la idoneidad de los *códigos de conducta* que se han implementado en las empresas.

Para guiar la ejecución de estos *códigos de conducta*, las Directrices señalan áreas en las que las empresas deben asegurarse de establecer compromisos fiables, e insisten en el deber de éstas de mantener una difusión permanente de la información de su sistema organizativo interno. Para ello señala *“las empresas deberán garantizar la publicación, en los plazos oportunos, de unas informaciones exactas sobre todos los aspectos significativos de sus actividades, estructura, situación financiera y resultados, accionariado y sistema de gobierno de la empresa”*. Además de instar a la implementación de los *códigos de conducta* internos, aclara que sólo serán eficaces en la medida en que sean aplicados y controlados periódicamente debiendo, además, efectuarse informes y auditorías en las empresas sobre su responsabilidad social. Se abordan también, concienzudamente, áreas especialmente

---

<sup>1317</sup> Su texto en su versión inglés original es *OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Recommendations for Responsible Business conduct in a Global context*, de 25 de mayo de 2011. Disponible en [www.comercio.mineco.gob.es](http://www.comercio.mineco.gob.es).

sensibles en el desarrollo empresarial, como la seguridad laboral o la corrupción.

Como es posible advertir, los elementos propios de la *autorregulación* y de los programas de cumplimiento se reiteran en los instrumentos internacionales y aunque ellos tienen carácter voluntario para las empresas, se han implementado en muchas de ellas<sup>1318</sup>. El siguiente paso es, por tanto, su incorporación en la legislación y, en particular, en el ámbito penal económico. Para ello será necesario dar un pequeño vistazo al contexto comparado.

Entre las legislaciones comparadas que contemplan la existencia de programas de cumplimiento destacan, en el ámbito anglosajón, Estados Unidos, y en el europeo, Italia. En el sistema estadounidense, las Directrices para la aplicación de sentencias a organizaciones<sup>1319</sup> (*Guidelines for sentencing organizations*), que se circunscriben al ámbito de los delitos federales graves y menos graves, tienen como finalidad incentivar a las empresas a prevenir, detectar e informar las infracciones de que tomen conocimiento. En todo caso, se trata de un sistema que actúa a nivel de determinación de la pena, por lo que el sistema preventivo de delitos actúa morigerando su imposición, pero no como forma de exclusión de responsabilidad por el delito cometido. Se contemplan para la determinación de la multa, principalmente, aunque igualmente se pueden contemplar también los trabajos en beneficio de la comunidad, en que se consideran ciertos factores relacionados con la actividad de la empresa en el ámbito preventivo y de detección de delitos<sup>1320</sup>.

Así, el sistema estadounidense considera para la imposición de la sanción si la organización contaba o no con estándares y procedimientos de cumplimiento del Derecho que puedan ser catalogados como idóneos para dificultar o reducir conductas delictivas. Asimismo, se considera si los directivos de la entidad han llevado a cabo labores de supervisión y control sobre los empleados, si han introducido formas a través de las cuales se de a conocer a los mismos los estándares y comportamientos esperados, así como si en la empresa se han aplicado procedimientos de revisión, control y auditoría de los *códigos de conducta*. También se considera si la entidad ha implementado, una vez ocurrido el delito, sanciones disciplinarias para castigar las infracciones y medidas reactivas destinadas a evitar que delitos como el cometido se reiteren en el futuro<sup>1321</sup>.

---

<sup>1318</sup> Señala SIEBER, U., "Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", op. cit., p. 67, que el cumplimiento del *corporate governance* tanto en Alemania como en el ámbito europeo en general, es creciente.

<sup>1319</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, op. cit., p. 65, señala que subyacen a estas Directrices elementos típicos de la teoría del análisis económico del Derecho en sus inicios, con la idea de generar sanciones óptimas que disuadieran de la comisión de delitos de la forma más eficaz posible. Sin embargo, posteriormente se introdujo una línea acorde con los postulados de la teoría de la organización y de la ética corporativa, con lo que se introduce también junto a la lógica de la disuasión la de la crear incentivos de autorregulación.

<sup>1320</sup> COCA VILA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", op. cit., p. 61, señala que aunque los programas de cumplimiento suelen asociarse a la famosos escándalos financieros como el caso Enron o World-Com, lo cierto es que su génesis es anterior a estos hechos.

<sup>1321</sup> También, en el ámbito de las Directrices de la Fiscalía Federal se encuentra el *Holder Memo*. Como señala NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: is a New Approach Warranted?", op. cit., p. 72, se contempla en el *Holder Memo* de 1999 los programas de cumplimiento, en cuanto se indica a los fiscales que éstos deben considerar, para efectos de la formulación de cargos contra la empresa, si ésta contaba o no con *compliance programs*, y si ha colaborado efectivamente con la fiscalía revelando la infracción. Posteriormente, en el año 2003 el *Thompson Memo* se insiste en la colaboración de la empresa con la labor del

En general, tanto en el ámbito de las Directrices para la imposición de sentencias, como en el de las Directrices de la Fiscalía Federal se analiza la eficacia de los mecanismos de gestión empresarial o de gobierno corporativo dentro de la empresa, a fin de establecer si esas medidas son más que meros programas de papel<sup>1322</sup>. Debe señalarse, en todo caso, que respecto de las Directrices de la Fiscalía Federal, un aspecto especialmente relevante ha sido el de la cooperación de la empresa en la investigación del delito, a efectos de la formulación de cargos en su contra.

Otro país que ha contemplado en su legislación los programas de cumplimiento, es Italia, pero en éste la implementación de medidas de prevención y detección de infracciones (delitos cometidos por miembros de la persona jurídica) puede, a diferencia de lo que ocurre a nivel federal en Estados Unidos, dar lugar a la exención de la sanción a la entidad<sup>1323</sup>. Los arts. 6 y 7 regulan la existencia de modelos de prevención de delitos, tanto si los mismos son cometidos por sujetos que ostentan una posición apical como respecto de los cometidos por personas que se encuentran sometidas a los primeros. En suma, en el Decreto Legislativo n° 231 se establece que si el modelo preventivo en particular era idóneo para disminuir el riesgo del delito, entonces la empresa resultará absuelta. En concreto se indica que de haber adoptado un modelo de organización, gestión y control idóneo para prevenir delitos como el que se ha verificado, entonces no será considerada responsable por el mismo<sup>1324</sup>.

En cuanto a la aplicación del sistema de prevención, se contempla la existencia de un órgano de vigilancia y control, así como la aprobación del modelo por las autoridades públicas<sup>1325</sup>. Debe indicarse, en todo caso, que el *onus probandi*, como se ha expuesto en la Segunda Parte de este trabajo, se invierte en el caso de los delitos cometidos por los sujetos que se encuentran en posición apical, pues en este caso es la propia empresa la que debe probar que el delito se ha cometido burlando los controles que la empresa se había impuesto correctamente. Aunque se trata de programas de cumplimiento de naturaleza facultativa para la entidad, su aplicación es frecuente y, en general, son elaborados por empresas agrupadas en sectores de la economía. En ellos se contemplan diferentes elementos que coinciden con los contemplados en la legislación norteamericana.

En cuanto a las exigencias que se imponen en relación con los *compliance programs* en el Decreto Legislativo n° 231 italiano, se contempla la identificación de las actividades en las que pueden ser cometidos delitos, es decir, la determinación de las áreas de riesgo delictivo; la necesidad de prever protocolos de actuación en relación a los delitos a prevenir; la gestión de recursos financieros destinados a la prevención de delitos; obligaciones de información en relación con el encargo de vigilancia y observancia del modelo (*compliance officer*) y, la contemplación de mecanismos disciplinarios internos para la sanción de la infracción<sup>1326</sup>.

---

fiscal en la investigación del delito.

<sup>1322</sup> *Ibidem*, pp. 74s.

<sup>1323</sup> Se trata del Decreto Legislativo n° 231. Respecto de su naturaleza y contenido véase la segunda parte de este trabajo.

<sup>1324</sup> MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 123.

<sup>1325</sup> El art. 6.3 del Decreto Legislativo n° 231, señala que el organismo público corresponde al Ministerio de Justicia.

<sup>1326</sup> MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", op. cit., p. 123.

### 3. El alcance de los *compliance programs* en Derecho penal

Como ya ha podido observarse los códigos éticos internos de las empresas suelen contener reglas y principios relativos a conductas prohibidas que se corresponden también con comportamientos delictivos. Hay, por tanto, una reiteración que busca establecer de manera clara qué es lo que se espera de los empleados y, en general, de los miembros de la empresa. Pero, lo que realmente coincide con el ámbito penal, es la intención de que se implementen en la organización programas o modelos destinados a determinar las áreas de riesgo delictivo en la actividad de la empresa, a fin de implementar, en dichos ámbitos, los mecanismos que permitan prevenir el delito. Lo buscado, por tanto, es que los programas sean una forma de colaboración con el legislador penal “*transfiriendo al interior de la empresa estándares de cuidado públicos, para hacerlos más accesibles y para reforzar su carácter vinculante*”<sup>1327</sup>.

Los *compliance programs* son incorporados especialmente en el ámbito de la RPPJ y guardan con ésta una íntima relación. De esta forma en los sistemas penales se establecen ciertas exigencias que son tomadas por el Juez como parámetros que deben ser cumplidos por la empresa encausada para determinar si se cumplen los estándares de un modelo idóneo para prevenir delitos. Es claro, sin embargo, que los efectos de los *compliance programs* en el ámbito de la RPPJ no son la evitación del delito, pues él mismo es el que ha dado lugar al procedimiento penal en contra de la persona jurídica. Lo buscado con su implementación y aplicación es poder determinar si con el programa se ha logrado obstaculizar o disminuir el riesgo de comisión de delitos. Por ello, cuando la infracción penal es cometida por los sujetos que se encuentran en los cuadros directivos de la empresa, se entiende que éstos, por su posición en la organización, han intervenido en la creación e implementación de los programas de cumplimiento, lo que hace más dificultoso para la empresa eximirse de responsabilidad penal.

La eficacia de estos programas en el Derecho penal debe, en todo caso, ser mirado con distancia pues, como señala TIEDEMANN<sup>1328</sup>, en el ordenamiento estadounidense -a través de las *Guidelines for sentencing organizations*- se ha constatado que “*las empresas utilizan estos programas muchas veces como una pantalla protectora contra las sanciones estatales y las investigaciones criminológicas informan como los altos directivos con programas impresionantes hacen a la vez un << guiño >> para la comisión de delitos*”. De allí que exista una desconfianza justificada en países europeos, como Francia o Alemania, respecto de su real eficacia. Uno de los problemas que se observan es que ellos sean de voluntaria aplicación, por lo que su real incidencia en la disminución de comisión de delitos en el seno de las empresas, es una cuestión aún por determinar<sup>1329</sup>.

---

<sup>1327</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., “Compliance, debido control y unos refrescos”, en Arroyo Zapatero, L., y Nieto Martín, A., *El Derecho penal económico en la era Compliance*, op. cit., p. 129.

<sup>1328</sup> TIEDEMANN, K., “El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico”, op. cit., p. 37.

<sup>1329</sup> Tal vez, como señala GÓNZALES DE LEÓN BERINI, A., “El Criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act”, en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, op. cit., p. 141, el rol del *whistleblower* debe ser reforzado a fin de hacer realmente eficaz el programa de cumplimiento en el interior de las entidades corporativas, tal como se ha hecho en la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer protection Act* estadounidense, como forma de asegurar que los trabajadores informen a las autoridades gubernamentales de posibles infracciones.

Los modelos de prevención de delitos en el ámbito empresarial deben guiarse por los estándares que se establecen en la ley penal. Ellos coinciden con los elementos que ya se han mencionado anteriormente. En general, deben contener la designación de un encargado de prevención, la determinación de las actividades de riesgo, el establecimiento de eficaces sistemas de información, la fijación de las conductas prohibidas, mecanismos de control y evaluación, actualización de los programas de cumplimiento y, frecuentemente, sistemas de certificación y auditorías externas o internas.

#### **4. La configuración de los *compliance programs* en la legislación española vigente y el Proyecto de 2013**

##### **4.1. Cuestiones previas en torno a la aplicación de los *debidos controles***

Tanto para los partidarios de la autorresponsabilidad (que entiende que el delito lo comete por la propia persona jurídica y que el hecho de la persona física no es más que un presupuesto) como para los que defienden que es tan relevante la conducta de la persona física (en tanto hecho que dadas determinadas condiciones pasa a ser considerado de la persona jurídica misma) como el llamado *defecto de organización* para fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, se entiende que aunque el párrafo segundo del art. 31 bis.1 CP se refiere a la ausencia del ejercicio de los *debidos controles* sobre los subordinados, la norma también debe ser aplicable a las conductas de los superiores jerárquicos<sup>1330</sup>. Todos ellos estiman que, aunque la mención del legislador se ha limitado a los subordinados, ello no quiere decir que sea sólo predicable respecto de éstos. Debe aclararse, en todo caso, que no es esta la posición de aquellos que sostienen que el modelo asumido en España es vicarial<sup>1331</sup>. Como, ya he señalado anteriormente, estimo que hay ciertos elementos presentes en la ley que permiten llegar a la conclusión de que estamos frente a un modelo mixto, en el que los *debidos controles* o más bien, su ausencia o deficiencia, debe fundamentar la pena de la persona jurídica, lo que obliga a aplicar esta exigencia respecto de todos los sujetos físicos mencionados en la norma penal.

Anudada a la discusión anterior, también se ha planteado la cuestión acerca si esos *debidos controles*, que no fueron aplicados, se exigen respecto de personas físicas o respecto de la persona jurídica misma. Hay quienes sostienen que los controles son exigidos sólo a las personas físicas que están en una posición jerárquica superior<sup>1332</sup>. Por su parte, hay otros que mantienen que en realidad tales *debidos controles* sólo pueden ser predicables de

---

<sup>1330</sup> En esa posición se encuentran, entre otros, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., pp. 109ss.; ORTÍZ DE URBINA, I., "Capítulo 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit., pp. 166ss.; y GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., pp. 141ss.

<sup>1331</sup> La norma, en todo caso, no es interpretada de la misma forma por quienes sostienen que el modelo que el legislador español ha introducido en el ámbito penal es un modelo vicarial, por cuanto, para éstos en realidad los *debidos controles* sólo son exigibles respecto de los superiores jerárquicos en relación con sus deberes de supervisión sobre los empleados. Véase en este sentido, la CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.

<sup>1332</sup> Entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G., "El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado", op. cit., p. 426.



la persona jurídica misma, como ente en el que se radica la responsabilidad penal. En mi opinión, lo que se pretende con la consagración de los *debidos controles* -que no son más que la expresión de medidas idóneas para el cumplimiento de la legalidad penal- es fundamentar la responsabilidad propia de la persona jurídica, pero no deja de ser cierto que son personas físicas las que resultan obligadas a establecer tales controles. Sin embargo, la responsabilidad última, en el ámbito de la RPPJ, corresponde a la persona jurídica como tal y no a las personas físicas que deben aplicar tales medidas de control.

Con ello se busca reconocer que, dada la configuración de la empresa como sujeto de derechos y también de responsabilidades, es necesario que sea la persona jurídica la que implemente medidas para conjurar la existencia de riesgos delictivos. Cuestión distinta es que si los superiores, al infringir los controles, han cometido con ello también un delito, podrá darse lugar a la primera de las vías de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, pero ello no implica que no deban analizarse de manera global tales infracciones, esta vez, como mecanismos globales de prevención de delitos exigibles respecto de la empresa misma, a efectos de determinar su responsabilidad penal. En ese sentido, debe insistirse en que el análisis a efectos de la fundamentación de la pena a la persona jurídica, debe radicarse en esos *debidos controles* como una obligación de la persona jurídica, esto es, como medidas globales de cumplimiento de la legalidad, y no como actuaciones concretas de los superiores jerárquicos respecto de los delitos de los subordinados<sup>1333</sup>.

Lo que debería resultar meridianamente claro, es que la consagración en la legislación penal de los llamados *compliance programs* tiene como finalidad que la persona jurídica, incorpore los elementos propios de la responsabilidad social corporativa y de la *corporate government* para, de manera preventiva, dificultar la comisión de delitos. Tales elementos del *compliance programs* pueden ser extraídos a partir del segundo párrafo del art. 31 bis.1 CP como también de la letra d) del art. 31 bis.4 CP, regulada como circunstancia atenuante<sup>1334</sup>. Sin embargo, ante lo vago y oscuro de la actual legislación en materia de consagración de un modelo basado en el *defecto de organización*, el Proyecto de 2013 de modificación del Código Penal desarrolla todos los aspectos que deben ser tomados en consideración para la determinación de las medidas de control de riesgo delictivo en el interior de la persona jurídica, por ello su análisis aportará más luces respecto de su contenido mínimo.

#### **4.2. Alcance de los *debidos controles* en el artículo 31 bis del Código Penal**

Como se indicaba la LO 5/2010 no ha esbozado los elementos básicos del modelo de prevención de delitos, sino que se ha limitado a señalar que para atribuir RPPJ no debe haberse ejercido el *debido control*, atendidas las concretas circunstancias del caso, en el

---

<sup>1333</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit., p. 61.

<sup>1334</sup> En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., pp. 89ss. Un estudio detallado de las atenuantes del art. 31 bis.4 CP en GOENA VIVES, B., "La atenuante de colaboración", en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, op. cit., pp. 231ss.

segundo párrafo del art. 31 bis.1 CP<sup>1335</sup>. Sin embargo, la circunstancia atenuante contemplada en la letra d) del mismo art. 31 bis.4 CP entrega algunos elementos que pueden ser tenidos en cuenta para la configuración de tal sistema de prevención de delitos. Esta norma hace referencia a “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos”, aunque sólo se refiere a los que en el futuro pudieran producirse “con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”. Es lógico entender, desde la posición que aquí se sostiene, que si tales medidas existen al momento de la comisión del delito que ha dado lugar al procedimiento en contra de la persona jurídica, ésta puede eximirse de responsabilidad penal si las mismas resultan adecuadas e idóneas para dificultar la comisión del delito, aunque éste se haya producido.

En relación con la referencia a las “concretas circunstancias del caso” que se agrega a la infracción de los *debidos controles*, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>1336</sup> sostiene que los mismos “suponen siempre la concreción de lo establecido en general por la norma en el caso concreto y, por ello, para determinar la infracción del deber derivado de la norma penal siempre hay que atender a las concretas circunstancias del caso”. Con ello se aludiría, en consecuencia, a que no cualquier delito cometido por la persona física, puede dar lugar automáticamente a la RPPJ. De hecho, el Preámbulo de la LO 5/2010 señala al respecto que las “infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados” se realiza “naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación”.

Al hablar el legislador de *debidos controles*, hace alusión, por tanto, a un sistema de control interno de supervisión y cumplimiento para prevenir y descubrir delitos que puedan cometerse o que se hayan cometido al amparo de la persona jurídica<sup>1337</sup>. Para su determinación, en la órbita penal, deberá atenderse, en primer término, a si existen o no normas extrapenales actualmente vigentes que rijan la actividad que desarrolla la persona jurídica y que pueden servir como contexto regulatorio para la fijación del contenido y alcance de los *debidos controles*<sup>1338</sup>.

Esa normativa extrapenal, aunque no está destinada necesariamente a conjurar riesgos delictivos, puede ser considerada por el Juez a objeto de fijar el alcance los *debidos controles* en el contexto del art. 31 bis CP -aplicable tanto como forma de exclusión de responsabilidad penal, o como forma de atenuar la responsabilidad penal para el caso de la atenuante de la letra d)-. En ese sentido, en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico español se han contemplado estándares de cumplimiento, como ocurre por ejemplo, en corrupción, blanqueo de capitales, información privilegiada, etc.

En esa línea se encuentra la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del sistema

---

<sup>1335</sup> En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., p. 89.

<sup>1336</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, op. cit., p. 104.

<sup>1337</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, op. cit., pp. 89s.

<sup>1338</sup> ORTÍZ DE URBINA, I., “Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales”, op. cit., pp. 171s., ejemplifica algunos ámbitos en los que existe una normativa extrapenal que establece los estándares de diligencia de la empresa los que, para el autor, ayudarán a los operadores jurídicos en la tarea de determinar los *debidos controles* propios de art. 31 bis CP.

financiero, que obliga a la creación de un Comité de Auditoría<sup>1339</sup>. Entre otras competencias que se le han otorgado a dicho órgano, se encuentra el conocimiento del proceso de información financiera y de los sistemas de control interno de la sociedad, como también la supervisión sobre los servicios de auditoría interna en el caso de que exista esta instancia dentro de la entidad. Como ya se ha visto anteriormente, este tipo de instancias son las que típicamente se incluyen en los *compliance programs*, por lo que aunque no tenga un contenido específicamente penal, pueden servir al Juez para determinar si existió o no una infracción en el control interno de la entidad, a efectos de determinar la RPPJ.

Por su lado, también se encuentra la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que establece expresamente normas sobre diligencia debida (arts. 3 a 16); normas sobre obligación de información (arts. 17 a 25) y normas sobre control interno (26 a 33). En el caso de esta ley, las obligaciones que se establecen recogen, en general, los elementos y factores a tener en consideración para la configuración de los programas de cumplimiento y para el ejercicio del control interno destinados a disminuir el riesgo de blanqueo, por lo que su utilidad en el contexto del art. 31 bis CP es indudable. Resulta especialmente interesante, por cuanto se condensa allí el contenido general de los modelos de prevención, el art. 26 que señala “*Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo*”. Además se agrega que deberá crearse un órgano de control interno responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos que la ley obliga a implementar.

Como puede advertirse, el valor que estas normativas tienen para la fijación de los *debidos controles* a que hace mención el art. 31 bis CP puede también tener un alcance mayor al ámbito que regulan, por lo que, en aquellos casos en los que no exista una regulación extrapenal, podrán ser éstas utilizadas como parámetro en la elaboración e implementación de tales programas en las empresas, cuando las mismas se enfrenten a un proceso penal.

Por otro lado, en la determinación de los *debidos controles*, atendidas las concretas circunstancias del caso, también deberá considerarse la dimensión y la configuración de la persona jurídica sometida al proceso. En este sentido, los deberes de control pueden estar referidos a un ámbito más o menos extenso dependiendo del tamaño y la complejidad de la empresa en particular<sup>1340</sup>. Asimismo, esa extensión dependerá de la actividad o actividades a las que se dedique la entidad corporativa. En tal sentido, no podrá exigirse a la empresa conjurar cualquier tipo de riesgo delictivo, sino aquél que se encuentra en su propio giro<sup>1341</sup>. Todos estos factores resultan relevantes por cuanto la implementación, así

---

<sup>1339</sup> Se trata de una modificación en la Ley de Mercado de Valores, añadiendo una disposición adicional decimoctava.

<sup>1340</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Capítulo VIII. La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 207.

<sup>1341</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, op. cit., p. 105.

como los medios destinados al programa de cumplimiento dependerá, de forma decisiva, de las características y dimensiones de la persona jurídica concreta.

#### 4.3. Alcance de los *debidos controles* en el Proyecto de 2013

La reforma presentada por el Gobierno en lo relativo a la RPPJ es amplia y profunda, pero principalmente busca incidir en los aspectos más relacionados con la implementación y aplicación de mecanismos que permitan prevenir delitos en el seno de la persona jurídica.

En esa línea, como ya antes se indicaba, la Exposición de Motivos del Proyecto de 2013 señala que ante las dudas que en doctrina se han presentado en torno a la naturaleza del modelo de RPPJ introducido en el ordenamiento jurídico-penal español con la LO 5/2010, respecto del cual algunos autores han planteado su carácter vicarial, la regulación propuesta delimita “*adecuadamente el contenido del <<debido control>>, cuyo quebrantamiento permite fundamentar*” la responsabilidad penal de la persona jurídica. Con ello, se puede afirmar que el sistema consagrado está basado en el llamado *defecto de organización*. Para ello, se introducen modificaciones, tanto respecto de la comisión del delito por los cuadros directivos, como también respecto del cometido por los subordinados. Se aclara, en todo caso, que el alcance de las obligaciones que conlleva ese *debido control* se condiciona a las dimensiones de la persona jurídica.

##### a) Los *debidos controles* en el caso de los delitos cometidos por los cuadros directivos

Cabe señalar que el Proyecto de 2013, respecto de los directivos, propone una fórmula algo más genérica y amplia que, en mi opinión, da cuenta de la intención de hacer primar criterios más materiales y funcionales que formales. En tal sentido, la propuesta legislativa señala ahora que podrán ser los “*representantes legales*” o “*aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”. Sin duda, la norma propuesta se asemeja mucho más a legislaciones como la chilena o la italiana, con lo que se busca alcanzar a todos aquellos sujetos que tienen un poder autónomo dentro de la entidad para adoptar decisiones, por sobre el criterio de la dirección y control global de la misma<sup>1342</sup>. Con ello, una interpretación amplia del concepto de administrador de hecho ya no resultaría necesaria.

---

<sup>1342</sup> De la misma opinión PULITANÒ, D., “La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d’imputazione”, op. cit., p. 7, quien señala que el Decreto Legislativo n° 231 de 2001 ubica en el nivel apical (directivo) junto a los representantes, directores o gerentes de la empresa, incluso a la alta dirección de las estructuras descentralizadas, autónomas, dotado de poderes autónomos de dirección. Con ello, la nueva regulación propuesta en el sistema español, también habría acogido una fórmula amplia que logre incluir a cualquier sujeto directivo que tenga poderes autónomos de control y gestión al interior de la entidad; también en ese sentido se pronuncia MUSCO, E., “La responsabilidad penal de las entidades colectivas”, op. cit., pp. 118s., quien sostiene que basta con que el directivo tenga poder autónomo sobre una unidad organizativa dotada de autonomía financiera y funcional.

Cuando el delito sea cometido por cualquiera de estas personas físicas, el art. 31 bis CP que se propone dispone en su apartado 2 que “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal” si:

“1.<sup>a</sup>) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza;

2.<sup>a</sup>) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;

3.<sup>a</sup>) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

4.<sup>a</sup>) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b)”.

La semejanza con la regulación italiana, en el caso de los delitos de los cuadros directivos, es notable. También en el caso del Decreto Legislativo n° 231 italiano se distingue, para efectos de la exención de responsabilidad penal corporativa, cuando el delito es cometido por los sujetos que se encuentran en posición apical de aquellos que son cometidos por subordinados. Y las condiciones también son similares en lo relativo a los delitos de los directivos<sup>1343</sup>.

Respecto de la primera condición, referida a los modelos de organización y gestión, en el sistema (cuasi) administrativo italiano, la persona jurídica puede resultar exenta de responsabilidad penal si logra probar -invirtiéndose, eso sí, la carga de la prueba en el caso italiano- que ha implementado “efectivamente” protocolos de gestión y control que eran adecuados para la prevención de delitos como el cometido. Como se aprecia el Proyecto de 2013 también incluye la mención de que esas medidas de vigilancia y control deben ser “idóneas” para la prevención de delitos como el cometido<sup>1344</sup>.

Las siguientes condiciones son, esencialmente, las mismas en ambos ordenamientos. Tanto en el sistema italiano como el propuesto en el ordenamiento español, se establece que la vigilancia y control del modelo de prevención debe haber sido encargado a un órgano de la persona jurídica que cuente con poderes autónomos, que el delito debe haber sido cometido por los directivos eludiendo “fraudulentamente” el modelo de organización y control y, que las medidas de control y vigilancia hayan sido ejercidas, de manera constante y global, esto es, sin incurrir en una omisión o insuficiencia en su ejercicio<sup>1345</sup>.

---

<sup>1343</sup> El art. 6 del mencionado Decreto Legislativo n° 231, señala: “Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente 1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:/ a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;/ b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;/ c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;/ d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)”.

<sup>1344</sup> MUSCO, E., “La responsabilidad penal de las entidades colectivas”, op. cit., p. 123, anuda la eficacia del programa preventivo de delitos a la actuación fraudulenta del directivo en la comisión del delito.

<sup>1345</sup> Al respecto señala MUSCO, *ibidem*, p. 124, que la enunciación de las condiciones es extremadamente general y vaga, lo que se explicaría por razones prácticas de no adoptar un esquema rígido para todas las empresas.

La inclusión de los modelos de prevención de delitos en los delitos cometidos por los cuadros directivos, es la expresión de la idea, ya bastante arraigada en el contexto internacional, en torno a la relevancia que tiene la organización de la entidad para disminuir los riesgos delictivos. Ello, sin perjuicio de que cuando el delito es cometido por los sujetos físicos que se encuentren más cercanos a la cúspide de la organización, mayor asimilación existe entre la voluntad de la persona jurídica y la voluntad expresada por quienes la dirigen. De allí que sea comprensible que se incorpore la condición de que los sujetos evadan “fraudulentamente” los sistemas de control. La función que tendría una cláusula como ésta, de acuerdo a la doctrina italiana<sup>1346</sup>, es la de restringir la exención de responsabilidad a situaciones límite, en las que el directivo, además de actuar claramente en favor o a nombre de la entidad, lo ha hecho, no sólo contra las reglas, sino también para frustrar, con engaño, el cumplimiento diligente por parte de la persona jurídica de sus deberes.

En todo caso, lo que parece no haberse tomado de la legislación italiana es la inversión en la carga de la prueba, cuestión que tampoco el sistema chileno introdujo, a pesar de estar inspirado en dicho ordenamiento. Sin embargo, se observa que el nivel de las exigencias es superior en este caso, lo que se explica por esa cercanía del directivo con el gobierno de la entidad y por la más que probable identificación del delito con los intereses de la corporación. El nivel de la exigencia, se corresponde, por tanto, con el objetivo de que se demuestre que la confección e implementación de los sistemas preventivos de delitos son reales y se han instaurado con el serio compromiso de que los mismos sean aplicados por todos los miembros de la entidad, incluidos los que se encuentran en la cúspide de la organización. Por ello, se insiste en que deben haberse ejercido las funciones de vigilancia y control, de manera suficiente.

Sin perjuicio de lo antes dicho, el Proyecto de 2013, en coherencia con lo señalado en la Exposición de Motivos, concede ciertas facilidades cuando se trata de una persona jurídica de pequeñas dimensiones. En efecto, respecto de la condición segunda, relativa al órgano autónomo encargado de la vigilancia y control del modelo de prevención, la propuesta legislativa autoriza a la empresa a que las funciones de vigilancia sean asumidas directamente por el órgano de administración. Para estos fines, se definen como persona jurídica de pequeñas dimensiones las que están autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias, abreviada. Como se verá, la contemplación de facilidades a pequeñas empresas en relación con las funciones de vigilancia y gestión de los modelos preventivos de delitos, también está presente en la legislación chilena<sup>1347</sup>. La regulación de esta hipótesis es justificada, por cuanto a través de ella se busca aligerar los costes que implican la implementación de los sistemas de control cuando la empresa es pequeña o incluso de medianas dimensiones, evitando que, en algunos casos, la implementación de los *compliance* pueda implicar un sacrificio económico no asumible, por ejemplo, por empresas familiares<sup>1348</sup>.

---

<sup>1346</sup> PULITANÒ, D., “La responsabilità <<da reato>> degli enti: i criteri d’imputazione”, op. cit., p. 10.

<sup>1347</sup> Como se verá más adelante, la consideración de las dimensiones de la empresa se advierte en distintas disposiciones de la ley chilena, específicamente en la regulación de las normas procesales, en las que se considera las dimensiones y el número de trabajadores a efectos de suspender la pena de la persona jurídica.

<sup>1348</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Capítulo VIII. La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 207 quien sostiene que cuanto mayor sea la organización, más formal y extenso debe ser el programa de cumplimiento. Evidentemente, el requisito de que exista, por ejemplo, un departamento autónomo que lleve el programa de cumplimiento, no puede ser exigido a una empresa

Por último, el Proyecto de 2013 abre la posibilidad de que no se logre acreditar el cumplimiento de todas las exigencias señaladas para excluir la responsabilidad penal y, en tal caso, señala que de no cumplirse, entonces estas circunstancias serán valoradas a efectos de atenuación de la pena. Lo anterior permitiría solucionar el problema que con la actual legislación se presenta, por cuanto la atenuante de la letra d) del art. 31 bis.1 CP, sólo considera los programas de prevención respecto de delitos futuros con lo que, de existir el programa al momento de perpetración del delito, pero no ser suficiente para la exculpación, no señala la posibilidad de que el mismo tenga la fuerza de atenuar la sanción de la persona jurídica.

#### b) Los *debidos controles* en el caso de los delitos cometidos por los subordinados

Cuando el delito es cometido por un subordinado el art. 31 bis que se propone señala en su apartado 4 que *“la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido”*. Aunque en este punto la legislación italiana es un poco más detallada, en lo esencial, son similares<sup>1349</sup>. Las condiciones en este supuesto delictivo son menos estrictas, lo que se explica por la posición que el sujeto físico tiene en el entramado organizativo, como ya se ha señalado precedentemente, de manera que lo que realmente es decisivo en el caso de los empleados es la existencia y eficiencia del modelo de prevención de delitos.

También en este caso se contempla que, de no acreditarse la condición, ésta sea considerada a los efectos de disminuir la pena. En este caso, la condición es una y la única posibilidad que se vislumbra podría dar lugar a la atenuante es que el modelo existiera, pero que el mismo no fuera adecuado o idóneo para la prevención de delitos.

#### c) Los requisitos impuestos en relación con el modelo de prevención

El apartado 5 del art. 31 bis propuesto menciona cuáles son los requisitos que se tomarán en cuenta en relación con la implementación de modelos preventivos de delitos. Tales requisitos son comunes para las dos vías de atribución de RPPJ. Lo que no señala la propuesta legislativa es si el modelo de prevención es voluntario u obligatorio pero, estimo, que no podría imponerse la aplicación de tales sistemas a las empresas, pues lo que se regula en realidad es su eficacia para excluir la responsabilidad penal. Es decir, que la existencia o no de los modelos es una cuestión entregada a la voluntad de la persona

---

familiar, por los altos costes que ello conlleva, por ello la inclusión de normas que permitan adecuar las condiciones a la realidad de la empresa, es adecuado e incluso necesario.

<sup>1349</sup> El art. 7 del Decreto Legislativo n° 231 señala: *“1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente e' responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza./ 2. In ogni caso, e' esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi./ 3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonche' al tipo di attivita' svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attivita' nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.”*

jurídica, como ocurre, en general, en el ámbito de los programas de cumplimiento. Por lo mismo, el apartado 5 propuesto señala los lineamientos básicos que tendrán que ser considerados para entender que tales programas tienen eficacia “exculpatoria”, si quisiera hacerse un símil con el delito de las personas físicas.

En relación con los requisitos de los modelos de prevención de delitos se señala que en la persona jurídica se:

*“1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

*2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*

*3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*

*4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

*5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”.*

En general los requisitos que se imponen guardan estrecha relación con los contenidos que ya se han analizado más arriba en relación con los programas de cumplimiento y, aunque no se señala expresamente, su objetivo es el de dificultar la comisión de delitos. Con ello, se introducen los elementos propios de la *autorregulación regulada* en el ámbito penal, considerando que su cumplimiento tendrá fuerza excluyente de la responsabilidad penal corporativa. Se contempla, también la revisión periódica del modelo así como la aplicación de sanciones frente a las eventuales infracciones al mismo.

Llama la atención, en todo caso, que no todos los requisitos se relacionen directamente con la prevención de delitos, sino que se hayan planteado de manera general, tal como se hace en el ámbito de los programas de cumplimiento. En efecto, aunque dichos requisitos se corresponden con los contemplados en el Decreto Legislativo n° 231 italiano<sup>1350</sup>, no se refieren directamente a su implementación para evitar el riesgo delictivo, por lo menos, en el caso de los números 2 y 4, que se mencionan con carácter general para la evitación de cualquier tipo de riesgo corporativo. Así, por ejemplo, mientras el Decreto Legislativo n° 231 relaciona los protocolos de adopción y ejecución de decisiones con la prevención de delitos, la propuesta legislativa española se refiere, en general, a los protocolos de adopción y ejecución de decisiones sin exigir su relación con el ámbito delictivo. Aunque parece tener un ámbito más amplio, lo lógico sería circunscribir dichos protocolos a la evitación de riesgos delictivos.

---

<sup>1350</sup> Al respecto el art. 6 señala los requisitos que en el caso de la legislación italiana se detallan en relación con los delitos cometidos por los directivos que: “2. *In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:*

*a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;*

*b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;*

*c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;*

*d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;*

*e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello”.*



La condición consistente en la existencia de protocolos debería, por tanto, dirigirse a evitar los riesgos, pero delimitados a los no permitidos y a que los permitidos no rebasen el nivel permitido por el ordenamiento jurídico<sup>1351</sup>, así como centrarse en la gestión de aquellos riesgos propios de la actividad económica específica que desarrolla la entidad. Por su lado, en cuanto a la obligación de informar posibles riesgos e incumplimiento, aunque esta condición podría haber sido regulada de forma más detallada, las experiencias en otros ámbitos normativos deberían servir para determinar el alcance de su contenido, así como de los mecanismos idóneos para su cumplimiento. En todo caso, es necesario contar con un procedimiento interno de denuncias que asegure la confidencialidad, de modo de hacer fiable el sistema para todos los empleados<sup>1352</sup>.

## 5. La configuración de los *compliance programs* en el sistema penal chileno

### 5.1. Aspectos generales de los modelos de prevención de delitos

El art. 3 de la Ley n° 20.393 señala que los delitos cometidos tanto por los directivos como por los subordinados sólo darán lugar a la RPPJ si la comisión de los mismos ha sido consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. Además se agrega en el inc. 3 del mismo art. 3 que “(s)e considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Por lo tanto, de acuerdo a la legislación chilena, expresamente se condiciona la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica a la comisión del delito por algunas de las personas físicas analizadas anteriormente en interés de la primera, y a la infracción de los deberes de supervisión que se encuentran referidos a la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos<sup>1353</sup>.

Tal modelo de prevención de delitos se regula de manera pormenorizada en el art. 4 de la Ley n° 20.393, cuya rúbrica es “*modelos de prevención de delitos*”, otorgándole fuerza excluyente de responsabilidad penal si su implementación y aplicación ha resultado idónea aún cuando el delito ha sido cometido. Pero si tal modelo no es idóneo o eficaz o incluso si el mismo no existe en la empresa, igualmente la persona jurídica puede resultar eximida de responsabilidad penal. Ello ocurre, por cuanto el art. 3 señala expresamente que el delito debe haber tenido lugar “*como consecuencia*” de la infracción de los deberes de

---

<sup>1351</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., “Compliance, debido control y algunos refrescos”, op. cit., p. 125.

<sup>1352</sup> También a favor de la relevancia de un procedimiento interno de denuncias en todo programa de cumplimiento se pronuncia NAVAS MONDACA, I., “Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, op. cit., p. 120.

<sup>1353</sup> En el mismo sentido, MATUS ACUÑA, J. P., “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 08-357”, op. cit., p. 295.

dirección y supervisión de la persona jurídica<sup>1354</sup>. Por ello, si el delito no es consecuencia del incumplimiento de los deberes de evitación de delitos por parte de la persona jurídica no podrá ser hecha responsable penalmente, aún cuando tales modelos no existan o sean deficientes<sup>1355</sup>. Esta exigencia impone un nivel demasiado alto, en mi opinión, para hacer procedente la RPPJ. Si la función del modelo preventivo es la de dificultar el delito, no podría, por otro lado, exigirse que el mismo sea la consecuencia directa del incumplimiento de los deberes de control.

La normativa chilena respecto de la RPPJ es, en este sentido, pionera, por cuanto incorpora los modelos preventivos en el ámbito penal con fuerza excluyente de responsabilidad penal, a diferencia de los modelos angloamericanos que sólo le otorgan el valor de atenuar la responsabilidad<sup>1356</sup>. La regulación de tales modelos en la ley se inspiró en la legislación italiana y en el trabajo doctrinario desarrollado por NIETO MARTÍN<sup>1357</sup>, en especial en lo referido a la consideración de las dimensiones de las empresas para fijar su responsabilidad. La diferencia que guarda con la legislación italiana, es que en el sistema chileno el modelo es incorporado en una ley que regula derechamente la responsabilidad penal y no administrativa, como ocurre con el Decreto Legislativo n° 231 italiano.

Tal como se ha planteado respecto del modelo de prevención que se propone en el Proyecto de 2013 español, el sistema preventivo chileno no tiene carácter obligatorio para las empresas<sup>1358</sup> pero, de ser adoptado, deberá cumplir con ciertos requisitos para entender que los deberes de dirección y supervisión han sido cumplidos y, por lo tanto, pueden excluir la responsabilidad penal de la empresa.

Los modelos de prevención de delitos tienen por finalidad tanto demostrar que la empresa mantiene una cultura corporativa apegada al cumplimiento de la ley penal, en tanto se encuentra comprometida con la prevención de delitos, como por otro lado, permitirle a la misma eximirse de responsabilidad penal si logra demostrar que tales sistemas preventivos han sido eficaces debiendo, por tanto, la conducta delictiva ser atribuida a la persona física que lo ha cometido<sup>1359</sup>. Así, deberá entenderse que el sujeto

---

<sup>1354</sup> Se diferencia, por tanto, de la legislación española que, como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., "Compliance, debido control y algunos refrescos", op. cit., p. 120, que no señala que el delito debe haberse posibilitado por la falta de debido control.

<sup>1355</sup> En el mismo sentido PIÑA ROCHEFORT, J., *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012, pp. 7s.

<sup>1356</sup> En el mismo sentido PIÑA ROCHEFORT, J., "Algunas consideraciones acerca de los modelos de prevención de delitos (MDP) establecidos en la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Doctrina y Jurisprudencia penal*, n° 10, Universidad de los Andes, n° 10, 2012, p. 17 (nota marginal n° 1).

<sup>1357</sup> La obra del autor denominada *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., *passim*, fue considerada para la elaboración del art. 3 y 4, pero especialmente en la aplicación de sanciones a las pequeñas empresas. Finalmente algunas normas que habían sido incluidas en este sentido fueron eliminadas, pero se mantuvo el espíritu de protección a las mismas a través de una norma de carácter procesal destinada a suspender la aplicación de la pena, en atención a determinados elementos relacionados con las dimensiones de la misma.

<sup>1358</sup> En este mismo sentido, MATUS ACUÑA, J. P., "La certificación de los programas de cumplimiento", en *El Derecho penal en la era compliance*, op. cit, p. 146.

<sup>1359</sup> En un sentido similar, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", op. cit., p. 117s.

físico ha actuado en contra de los objetivos y principios que la entidad, globalmente entendida, persigue en el desarrollo de su actividad.

El proyecto presentado por el Gobierno no contenía la regulación de los aspectos específicos que debía reunir el modelo de prevención de delitos para que el mismo tuviera fuerza excluyente de responsabilidad penal, sino que se dejaba entregado a un Reglamento la regulación de tales aspectos, en el entendido que los mismos, por su especificidad, debían tener un desarrollo autónomo. Sin embargo, dada la importancia que a los mismos se le otorga para llenar de contenido los “deberes de dirección y vigilancia” y, en mi criterio, por una incorrecta interpretación de algunos especialistas acerca de encontrarnos ante una ley penal en blanco en este punto<sup>1360</sup>, se estimó necesario contemplar los requisitos en la propia ley. El resultado, debe estimarse a todas luces positivo, por cuanto es preferible que el Estado intervenga en la labor de entregar pautas de regulación a través de una norma de carácter legal, por sobre una reglamentaria.

La regulación en todo caso de las exigencias del modelo de prevención de delitos no es exhaustiva, sino que establece elementos mínimos a considerar por el juez y por las propias empresas. Lo anterior no es un defecto de la Ley, por cuanto la finalidad es que las empresas a través de una posterior certificación, que tiene carácter voluntario al igual que el modelo mismo, regule en forma detallada estos aspectos atendiendo a sus propias necesidades, características, dimensiones y áreas de actividad, en el entendido de que es la propia empresa la que conoce mejor las actividades en que habrá mayor riesgo delictivo<sup>1361</sup>. La ley, dadas sus características de generalidad y abstracción, evidentemente no está destinada a regular estos aspectos de detalle. Por otro lado, la regulación de los programas de cumplimiento en otras áreas del ordenamiento, así como las experiencias comparadas en la regulación de los requisitos que se consideran suficientes para entender que la empresa se compromete en la regulación de los riesgos corporativos, son especialmente relevantes para complementar los requisitos señalados en la ley en relación a los modelos de prevención de delitos.

Por otro lado, la adopción del modelo de prevención de delitos será analizada por el Juez en relación con el delito concreto que ha dado lugar al proceso, por lo que su capacidad para conjurar el riesgo delictivo se deberá examinar en relación con él y no con todos aquellos que pudieran ser cometidos en el seno de la persona jurídica. Es decir, que el examen de la idoneidad del sistema preventivo adquiere relevancia en relación con el caso concreto y no respecto de todos los riesgos delictivos que se pueden presentar en la actividad que desarrolla la empresa.

---

<sup>1360</sup> Sobre este punto véase *Historia de la Ley n° 20.393*.

<sup>1361</sup> En el mismo sentido, PIÑA ROCHEFORT, J., *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, op. cit., p. 7.

## 5.2. Las exigencias impuestas en el artículo 4 de la Ley n° 20.393 chilena en relación con los deberes de dirección y supervisión

El art. 4 de la Ley comienza señalando que las personas jurídicas “podrán” adoptar los modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, por lo que su carácter es facultativo. Sin embargo, de ser adoptado por la persona jurídica, la disposición legal señala varios aspectos que serán tenidos en consideración para estimar que se han cumplido con los deberes de supervisión y dirección. Ellos son: la designación de un encargado de prevención, la definición de los medios y facultades para el desarrollo de las funciones de prevención de delitos; la adopción de un sistema de prevención de delitos y la certificación de dicho sistema.

### a) La designación del encargado de prevención de delitos

La figura del encargado de prevención de delitos no es nueva. Conocido en el ámbito anglosajón como *compliance officer*, a este funcionario le son entregadas facultades y medios para el desarrollo de actividades que tienen que ver con la detección de las áreas de riesgo corporativo, debiendo mantener una relación fluida y directa con los órganos de dirección de la entidad<sup>1362</sup>.

No existe una definición exacta del *compliance officer*, pero sus funciones se centran principalmente en evaluar los riesgos corporativos a través de la configuración, implementación y vigilancia de programas que permitan a la empresa cumplir con la legalidad y prevenir la comisión de delitos. Su tarea también se extiende a la formación de los trabajadores y, en general, a todos los miembros de la persona jurídica, manteniendo a la vez una permanente comunicación con la dirección, a fin de informar acerca del “desarrollo, incidencias y eventuales riesgos detectados en su actividad”<sup>1363</sup>. Su labor, en consecuencia, comprende tanto la adopción, la implementación de los modelos preventivos, como la formación en materia de prevención de delitos, lo que podrá lograrse a través de la creación de códigos de estándares de conducta, así como al deber de mantener permanentemente informados a quienes gobiernan la entidad acerca de los resultados de su tarea de supervisión y control. Se entiende, por tanto, que para el desarrollo de su actividad es necesario que el encargado de prevención cuente con todos los medios materiales e intangibles que la empresa le pueda suministrar. Asimismo, será necesario que el *compliance officer* pueda ejercer el cargo con total autonomía e independencia de la administración de la entidad.

En este sentido, el art. 4 de la Ley señala que deberá el órgano de administración de la persona jurídica nombrar al encargado del modelo de prevención de delitos, quien ejercerá su cargo hasta por tres años, pudiendo prorrogarse por igual período (art. 4.1 letra

---

<sup>1362</sup> Un estudio detallado de la figura del *compliance officer* en ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento (<<Compliance officer>>) ante el Derecho penal, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, op. cit., *passim*

<sup>1363</sup> *Ibidem*, p. 321.

a). En el entendido que el encargado de prevención debe contar con la suficiente autonomía, puede concluirse que la referencia al período de tiempo por el que podrá ejercer el cargo tiene el sentido de que el sujeto pueda desarrollar sus actividades apoyado por una cierta estabilidad en el puesto<sup>1364</sup>. Sin embargo, la norma resulta poco adecuada al señalar que el período será “hasta tres años” y no “a lo menos por tres años”, frase que habría logrado el fin efectivamente buscado.

Asimismo, para asegurar el cumplimiento de sus funciones, se señala expresamente en la Ley (art. 4.1 letra b)) que el encargado de prevención debe desarrollar su actividad con “autonomía” respecto de la dirección de la persona jurídica. Sin perjuicio de ello, se autoriza a la persona jurídica para que tales funciones sean desarrolladas por quienes tienen asignadas funciones de auditoría o contraloría interna. En consecuencia, el encargado de prevención podría ser tanto un órgano interno de la empresa como uno externo expresamente contratado para tal fin. La posibilidad de que órganos internos desarrollen la labor de prevención de delitos tiene sentido, pues con ello se evita que pequeñas empresas incurran en un gasto que podría resultarles excesivo dada su limitada capacidad económica<sup>1365</sup>.

En el mismo sentido de considerar las dimensiones y capacidad económica de la persona jurídica concreta, la Ley agrega que “(e)n el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención”. De acuerdo con la norma, cuando se trate de pequeñas empresas la labor correspondiente al encargado de prevención puede ser desarrollada directamente por el dueño o el controlador, en definitiva, por quien gobierna la persona jurídica, de un modo similar a la propuesta legislativa española.

## b) Definición de medios y facultades del encargado

En el aseguramiento de la plena autonomía en el desarrollo de sus actividades, la Ley señala que el encargado de prevención deberá contar con los medios y facultades para el ejercicio de la función (art. 4.2 letras a) y b)). En ese contexto se indica que el encargado de prevención debe tener acceso directo a la administración de la persona jurídica a fin de poner en su conocimiento las medidas y planes que se han implementado así como para rendir cuentas de su gestión, lo que deberá realizarse a lo menos cada seis meses. En todo

---

<sup>1364</sup> Este fin se señalaba ya en el art. 4 presentado en el Mensaje Presidencial. En tal sentido, haciendo alusión al reglamento que debía regular los aspectos que en la posterior fueron incorporados en su propio articulado, indicaba: “Dicho reglamento establecerá los estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta delictiva; el ejercicio de una supervisión eficiente por parte de la dirección de la persona jurídica; la evaluación permanente del cumplimiento de la finalidad y los mecanismos que permitan el anonimato y la confidencialidad, a objeto de asegurar que los miembros de la persona jurídica puedan informar respecto de conductas delictivas presentes o potenciales”. Como se advierte se insiste en que deben darse los factores que permitan el cumplimiento de la finalidad de prevenir delitos a través de mecanismos de supervisión eficientes.

<sup>1365</sup> Al respecto señala PIÑA ROCHEFORT, J., “Algunas consideraciones acerca de los modelos de prevención de delitos (MDP) establecidos en la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 23, también destaca la necesidad de que en el otorgamiento de autonomía al órgano encargado de la prevención de delitos, se consideren las dimensiones y capacidades económicas de la persona jurídica concreta, por ello señala que “deben cuidarse la racionalidad de esta exigencia”.

caso, respecto de los medios materiales, nuevamente se atiende a las capacidades económicas de la entidad, al señalarse en la Ley que, en su otorgamiento, se estará al tamaño y la capacidad económica de la persona jurídica. Esto último es un criterio que, más que entregarse a la empresa, va dirigido al Juez, quien deberá tener en consideración esos factores a la hora de determinar si los medios entregados al encargado de prevención han sido o no suficientes para desarrollar sus funciones. Además, como se ha señalado en doctrina<sup>1366</sup>, la exigencia de dotar al *compliance officer* de medios, va más allá de la simple enunciación de la autonomía para prescribir de manera concreta la forma en que la misma deberá ser plasmada.

### c) Establecimiento del sistema de prevención de delitos

En la médula de la Ley se encuentra el número 3) del art. 4, en el que se establece el requisito de que la persona jurídica cuente con un sistema de prevención de delitos y dispone los elementos mínimos que deben estar contemplados en dicho sistema. Así, se recogen conceptos que ya han sido expuestos anteriormente y que resultan recurrentes en el ámbito de la *regulación de la autorregulación*. En efecto, la letra a) señala que deberán identificarse las actividades permanentes o esporádicas en las que se incrementa el riesgo de comisión de delitos. Asimismo, se insta a la empresa a adoptar protocolos y procedimientos mediante los cuales las personas que intervienen en actividades de riesgo delictivo dentro de la empresa puedan contar con pautas de conducta adecuada que conjuren dichos riesgos y se insta a la entidad a establecer procedimientos y auditorías que le permitan evitar que los recursos financieros de la misma sean utilizados en la comisión de delitos. Por último, también se requiere que la empresa establezca sanciones internas de carácter disciplinario para aquellas personas que incumplan el modelo de prevención de delitos.

Todas las exigencias anteriores son conocidas en el contexto de la gestión de riesgos corporativos pero, en este caso, se trasladan al ámbito concreto del riesgo delictivo. En la gestión de dichos riesgos debe identificarse la o las áreas de incremento de riesgo, para de esa forma establecer las formas de control del mismo. Para ello el *encargado de prevención* debe conocer a cabalidad los procesos corporativos así como las funciones de cada uno de los integrantes de la corporación. Es por ello que se indica en la doctrina que la gestión de riesgos “no puede entenderse como una descripción de un momento” sino que es un “proceso continuo”<sup>1367</sup>. Lo anterior implica, por cierto, un monitoreo constante del sistema preventivo y el reporte de los resultados del mismo. En ese sentido, se incluye el establecimiento de los estándares de conducta deseados a través de los protocolos que se señalan en la Ley y que se corresponden con los códigos de conducta. Por ello no concuerda con lo señalado por alguna doctrina en el sentido de que tales códigos de conducta no habrían sido mencionados en la ley<sup>1368</sup>. Los protocolos son en esencia los estándares de conducta que la empresa, a través del órgano encargado de la adopción del

---

<sup>1366</sup> PIÑA ROCHEFORT, J., *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, op. cit., p. 14.

<sup>1367</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>1368</sup> De esta opinión, PIÑA ROCHEFORT, J., “Algunas consideraciones acerca de los modelos de prevención de delitos (MDP) establecidos en la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 19.

modelo de prevención de delitos, debe aplicar en todos los niveles de su organización.

Esos protocolos, así como las sanciones internas frente a la infracción de los sistemas preventivos deben ser incluidos en un reglamento interno, como señala el inciso final del número 3 del art. 4, que debe ser dictado por la empresa y comunicado a los empleados. Pero se exige, además, que el contenido del reglamento interno, se entiende en lo esencial, debe ser incluido también en los respectivos contratos de trabajo. Con ello se logra uno de los objetivos que se plantea en el ámbito de los programas de cumplimiento y es que la empresa de a conocer de manera clara y directa a los trabajadores cuáles son los comportamientos que se desean y cuáles están expresamente prohibidos.

Es claro que este es un aspecto fundamental de la prevención de delitos en el ámbito empresarial y su regulación, de manera clara en la legislación chilena, es un acierto. Las conductas precisas que se prohíben o que se incentivan, esto es, en definitiva los estándares éticos, no son señalados en la Ley y no podría ser de otra manera, pues es la empresa en conjunto con el órgano encargado de prevención la que deberá determinar cuáles áreas resultan riesgosas y, en consecuencia, también cuáles son las conductas que pueden implicar mayor peligro de comisión de delitos. Todo ello se determinará además en relación con el giro de la empresa, su tamaño, etc.

#### d) Supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos

La ley (art. 4.4), una vez más ha incorporado uno de los elementos de la *autorregulación regulada* y de los programas de cumplimiento corporativo, al establecer que el sistema de prevención debe crear métodos de supervisión que le permitan a la empresa detectar posibles fallas, así como mantener una permanente actualización del sistema, de acuerdo al cambio de circunstancia de la entidad. Lo anterior es lógico si se tiene en cuenta que la gestión corporativa de riesgos es un proceso, como se ha dicho, continuo. El cambio de dimensiones de la empresa, la entrada de nuevos trabajadores o el cambio de giro de la entidad, pueden hacer que el modelo preventivo se vuelva obsoleto frente a las nuevas circunstancias. Por ello, la revisión constante de las condiciones del modelo sólo puede jugar a favor de la idoneidad del sistema frente a la posible comisión de un delito.

Por otro lado, la Ley también contempla un mecanismo novedoso para establecer una garantía mediana de idoneidad del programa de cumplimiento: la certificación del mismo, la que podrá efectuarse por *“empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador”*. Se trata de un procedimiento que no se observa en legislaciones como la italiana, en la que también se contempla el modelo de prevención de delitos. En esta última, la normativa contempla que la acreditación del cumplimiento de tales programas se haga ante el Ministerio de Justicia de ese país. La opción chilena se basa en la acreditación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley por entidades privadas autónomas que se encuentren acreditadas ante el organismo público, Superintendencia de Valores y Seguros.

Por ello la mencionada Superintendencia en 2011 dictó la Norma n° 302 de Responsabilidad de entidades certificadoras de modelos de prevención de delitos. En ella se establece que, para que las entidades puedan emitir certificados que acrediten el cumplimiento de la ley penal, deberán estar inscritas en un Registro creado al efecto. Se contemplan también ciertas incompatibilidades referidas a tres áreas en las que la entidad certificadora no podrá expedir certificados de cumplimiento: a la misma empresa o una relacionada en las que la entidad certificadora hubiera prestado servicios de asesoría para la adopción del modelo de prevención de delitos; a las personas jurídicas que integran el grupo empresarial al que pertenece la persona jurídica a la que la entidad certificadora prestó servicios para el diseño o implementación del modelo de prevención y, a las personas jurídicas que integran el grupo empresarial al que la entidad certificadora pertenece. Se establece también en la referida Norma n° 302, ciertas obligaciones de información a la Superintendencia de Valores y Seguros que la entidad certificadora deberá cumplir luego de realizada la certificación.

En cuanto al contenido de la certificación, el art. 4.4 señala que la misma deberá acreditar que se han cumplido con todas las exigencias analizadas en las letras anteriores, por lo que la propia Norma n° 302 de la Superintendencia de Valores y Seguros también contempla que el certificado deberá indicar que la empresa certificada *“cuenta con un modelo de prevención de delitos, que éste se encuentra implementado y que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en la ley”*. Esta acreditación, además de ser voluntaria, no constriñe al Juez en modo alguno. Es cierto que la acreditación tendrá un cierto valor para el Juez, pero no puede jamás ser interpretada por la persona jurídica imputada como una *“patente de corso”* que la excluirá inmediatamente de las sanciones contempladas en la Ley. En realidad, la acreditación del modelo de prevención podría servir para estimar que la empresa ha cumplido con los requisitos de la ley, pero el Juez podría estimar, dado el análisis de los antecedentes y las pruebas acercadas por la fiscalía, que en realidad el programa no resulta idóneo para evitar la comisión de delitos, como el cometido. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que deben considerarse las reales posibilidades que podría tener el juzgador o el órgano persecutor para conseguir pruebas acerca del estado interno del programa de cumplimiento, tal como podría hacerlo una entidad acreditadora. La realidad, debería demostrar que es esta última la que estará en mejores condiciones para asegurar si el modelo es adecuado o no.

Aunque el peso de la acreditación debería ser importante en el juicio para eximir de responsabilidad penal a la empresa, como señala MATUS<sup>1369</sup>, el Juez puede concluir que, aunque la persona jurídica se ha comportado como un buen ciudadano corporativo, en los hechos el programa preventivo no ha logrado el fin para el que fue creado: evitar delitos como el que efectivamente se cometió. Además, la certificación podría ser entendida en el juicio como un indicio de ese buen comportamiento corporativo, pero por si misma puede no lograr demostrar que el programa es realmente eficiente en su implementación, especialmente si se considera que la certificación acredita la realidad de la entidad en un momento dado, que puede en el futuro cambiar radicalmente y ello, aunque dicha acreditación tendrá efecto por un período determinado.

Lo cierto, es que como señala el autor, tanto la certificación como el programa de prevención de delitos en si mismo son elementos que tendrán que demostrar su real

---

<sup>1369</sup> MATUS ACUÑA, J. P., *“La certificación de los programas de cumplimiento”*, op. cit., p. 151.



eficacia para excluir la responsabilidad penal. En criterio de MATUS la posibilidad *ex ante* de eximirse de responsabilidad penal por el solo hecho de contar con sistemas preventivos y con la acreditación de los mismos, en sistemas como el chileno tendrán la virtud sólo de atenuar la pena mas no de excluirla. Como estos sistemas son aún muy jóvenes será necesario, primero ampliar el catálogo de delitos, así como contar con una experiencia jurisprudencial importante para determinar sus reales posibilidades para liberar a la empresa de responsabilidad penal.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La conclusión a la que llego en la Primera Parte del trabajo es la insuficiencia de los instrumentos clásicos de corte individual para la atribución de responsabilidades penales en el seno de organizaciones colectivas.

Todas las categorías clásicas del delito tienen como sustrato fáctico hechos individuales cometidos por sujetos igualmente individuales y fácilmente identificables, con independencia de que su acción pueda valorarse como parte de un colectivo (como en los delitos de asociación ilícita, grupo u organización criminal), o que los bienes jurídicos afectados puedan ser igualmente colectivos o difusos.

En contraste con ello, los efectos perjudiciales de la acción empresarial no siempre son atribuibles a hechos aislados imputables a la acción o voluntad de sujetos asimismo singulares. Con frecuencia, el producto de la actividad empresarial (compleja, especializa y marcada por la división de funciones) es producto de un cúmulo de informaciones, decisiones, ausencia de controles y actuaciones de una pluralidad de sujetos que, aun sin tener relación directa entre ellos, en su conjunto pueden contribuir a realizar los fines y planes de actuación colectiva.

SEGUNDA.- El vacío de punibilidad que dejan los instrumentos penales clásicos se hace evidente cuando se constata la imposibilidad de imputar las graves consecuencias que pueden derivarse de la acción empresarial a sujetos singulares, so pena de infringir garantías básicas del Derecho penal. De ahí, la necesidad de contar con nuevos instrumentos para la exigencia de responsabilidades.

TERCERA.- Las posibilidades visibles en Derecho comparado son variadas. Sin embargo, sólo la vía penal está dotada de la fuerza comunicativa necesaria para afirmar la seriedad de la amenaza penal frente a los gravísimos daños que puede producir la actividad empresarial.

De otro modo, los delitos empresariales continuarán siendo percibidos como meros accidentes, daños colaterales, o el precio que debe pagarse para el buen funcionamiento de la empresa en un mundo competitivo, privando a la sociedad del efecto intimidatorio de la sanción penal.

CUARTA.- El modo de afrontar los vacíos de punibilidad hasta ahora descubiertos debe ser doble. Por un lado, erigiendo la RPPJ en una vía sancionatoria subsidiaria y complementaria de la responsabilidad de las personas físicas. Por otro, permitiendo la simultánea imposición de sanciones penales a unas y otras.

Sólo de este modo la amenaza penal podrá alcanzar a ambas, con independencia de que, ante la imposibilidad de sancionar al responsable individual, pueda sancionarse sólo a la empresa.

QUINTA.- La Segunda Parte del trabajo asume la premisa de la trascendencia de las distintas experiencias de Derecho internacional y comparado para la superación del dogma *societas delinquere non potest* (Capítulo Primero), y sus aportaciones a la clasificación y comprensión de los sistemas de RPPJ adoptados por España y Chile.

La conclusión a la que he llegado, tras el análisis de los antecedentes y modelos de responsabilidad existentes, es que en nuestros respectivos sistemas puede apreciarse la huella del Derecho civil (Capítulo Segundo) y la influencia del Derecho internacional y comparado (Capítulos Tercero y Cuarto). Todos ellos han influido en las opciones penales y técnica legislativa empleada por ambos ordenamientos para la regulación de la RPPJ.

SEXTA.- Del análisis de los diversos modelos comparados, se desprende que ninguno prescinde de la conexión entre la RPPJ y la conducta de la persona física individual, fácilmente reconocible y apreciable por el Juez con los instrumentos al uso del Derecho penal sustantivo y procesal.

SÉPTIMA.- A su vez, el análisis de los anteriores modelos muestra como la dependencia de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la actuación de la persona física (que varía en función de si se parte de la teoría de la identificación o la vicarial, ampliada o agregativa) introduce una traba a la autonomía material de la primera.

Incluso las versiones más modernas de RPPJ, como las organizacionales o integrales, se ven lastradas por ese vínculo aparentemente indisoluble.

OCTAVA.- Las dificultades aplicativas advertidas en el desarrollo y aplicación de los modelos presentes en Derecho comparado pueden explicar la timidez con la que se introdujo la RPPJ en Chile, sin prácticamente debate previo. Por otro lado, la común opción de ambos países por un sistema de incriminación penal demuestra la par convicción acerca de la necesidad de transmitir un mensaje de gravedad y seriedad sobre esta clase de criminalidad (Capítulo Quinto).

NOVENA.- Las opciones a nivel comparado en materia de selección de los sujetos susceptibles de RPPJ y de delitos generadores de responsabilidad demuestran, por un lado, que la sola consideración de los criterios formales para la determinación del sujeto suelen ser insuficientes, al no comprender toda la diversidad de organizaciones y, por otra, que los países tienden a ampliar la lista de delitos de manera progresiva conforme comprueban la necesidad de darles mayor cobertura a través de la RPPJ (Capítulos Sexto y Séptimo).

DÉCIMA.- La conclusión a la que se llega en la Tercera Parte, destinada al análisis pormenorizado y comparado de los sistemas español y chileno, es que éstos se han beneficiado de los avances en la teoría de la RPPJ desarrollada en el Derecho internacional y comparado, pero a la vez han heredado algunos de los inconvenientes que lastran sus posibilidades aplicativas.

UNDÉCIMA.- Del examen del bloque de normas que regulan la RPPJ en los dos sistemas se deriva la común opción por un sistema de penas y de determinación de la

sanción flexible y adaptado a las particularidades del nuevo sujeto activo de delitos que se incorpora al sistema penal (Capítulo Primero).

DUODÉCIMA.- Entre los avances de la doctrina sobre la RPPJ, de los que se han beneficiado los sistemas español y chileno, debe destacarse el reconocimiento de la posibilidad de sanción acumulativa y complementaria de la persona física y jurídica (Capítulo Segundo)

DECIMOTERCERA: De la clasificación y valoración de los sistemas chileno y español a la luz de los modelos comparados en materia de sujetos susceptibles de responsabilidad penal y de delitos generadores de RPPJ, se deriva que existe la necesidad de incluir formas de organización distintas a las tradicionales y extender la lista de delitos a todos los abarcados por el capo de actuación ordinaria de las entidades colectivas.

DECIMOCUARTA.- La común opción de ambos países por un concepto formal del sujeto responsable da cuenta de la necesidad de incorporar elementos materiales, que ofrezcan seguridad y flexibilidad jurídica a la vez (Capítulo Segundo).

DECIMOQUINTA.- La común opción por un sistema de incriminación específica o lista cerrada de delitos generadores de RPPJ permite identificar los ámbitos en los que se concentra la amenaza penal, con el consiguiente beneficio en seguridad jurídica aunque sin perjuicio de ulteriores ampliaciones.

La experiencia internacional y comparada puede servir, a su vez, para la crítica y revisión de las respectivas listas de delitos y, en especial, la decisión del legislador chileno de limitar la responsabilidad a una breve serie de delitos, incapaces de dar respuesta a casos de especial gravedad como algunos de los acaecidos recientemente relativos al fraude en la educación o en el sistema de salud (Capítulo Segundo).

DECIMOSEXTA.- El análisis del sistema español y chileno a la luz de las categorías clásicas realizado por la doctrina nacional y comparada revela los obstáculos que existen para la construcción dogmática de la RPPJ.

Los esfuerzos por homologar la teoría del delito de la persona jurídica con la teoría clásica del delito de corte individual generan, inevitablemente, distorsiones (Capítulos Tercero y siguientes).

DECIMOSÉPTIMA.- El objetivo práctico de ambos sistemas es claro y compartible: huir de la responsabilidad objetiva a la que llevaría residenciar toda la responsabilidad de la persona jurídica en el hecho de la persona física, sin ignorar la efectiva contribución de ésta en la comisión del delito.

El modelo de RPPJ que ofrece mejores y mayores garantías para la efectiva persecución y sanción es el que contempla el hecho de la persona física como condición de aplicación de la sanción a la persona jurídica. Ello, sin perjuicio de los casos en que la dificultad de detección y sanción de la persona física aconseje no prescindir de la sanción a la persona jurídica.

Con todo, los problemas dogmáticos que conlleva son asimismo patentes, por cuanto, como mínimo hasta la fecha, han conducido a construcciones que han recurrido simultáneamente elementos clásicos de la teoría del delito y otros todavía en desarrollo y vías de integración con los primeros.

DECIMOCTAVA.- Entre los elementos que, hasta la fecha, han contribuido a la construcción de la responsabilidad en los sistemas mixtos están los relativos a las condiciones de actuación de la persona física (en nombre, por cuenta o provecho), por un lado, y el relativo al defecto de organización (situado ora en la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad), por otro (Capítulos Cuarto, Quinto y Sexto).

DECIMONOVENA.- A la vista de las dificultades para configurar la RPPJ con las que se tropieza en la actualidad, defiendo que, a largo plazo, deberán flexibilizarse las hipótesis de persecución de las personas jurídicas, en especial en el ordenamiento chileno, pero sin soslayar la investigación del responsable individual, cuando ello sea posible.

VIGÉSIMA.- Considero que sólo de este modo será posible entender la verdadera naturaleza de la dinámica delictiva en el seno de la empresa y distinguir los elementos que deban ser objeto de verificación y valoración forense. Entre ellos, el “defecto de organización” como desencadenante de la acción delictiva.

VIGÉSIMOPRIMERA.- Asimismo, el desarrollo de esa vía de imputación debe servir para poder identificar mejor, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial, la clase y grado de sanciones que puedan demostrarse más adecuadas para la legitimidad y eficacia de la amenaza penal.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- Entre tanto, los modelos de prevención (más desarrollados en Chile que en España) se ofrecen como un instrumento que puede contribuir a la construcción de una cultura de responsabilidad empresarial (Capítulo Sexto).

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., "Sistemas penales comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Penal*, nº 9, 2000, pp. 203-252.
- ABDEL SAMAD, S., *La Responsabilité Pénale des Sociétés. Dans le Droit Libanais et le Droit Français*, Édition Alpha, Paris, 2010.
- ABOSO, G. y ABRALDES, S., *Responsabilidad de la personas jurídicas en el Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2000.
- ADAM, S., COLETTE-BASEQZ, N. y NIHOUL, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruxelles, 2008.
- ADAM, S., VERMEULEN, G. y DE BONDT, W., "Corporate Criminal Liability and the EC/EU: Bridging Sovereignty Paradigms for the Sake of an Area of Justice, Freedom and Security", en Adam, S., Colette-Basecqz, N., Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruxelles, 2008, pp. 373-432.
- ALLENS ARTHUR ROBINSON, 'Corporate Culture' as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, Prepared for the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Business, 2008, pp. 1-100.
- AMADOR PERILLA, J., "Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, [www.urosario.edu.com](http://www.urosario.edu.com), 2012, pp. 1-89.
- AMBOS, K., *Dominio de hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Cuadernos de Conferencias y Artículos, Universidad Externado de Colombia, nº 20, 1998.
- AMBROSETTI, E., MEZZETTI, E., RONCO, M., *Diritto Penale dell'impresa*, Zanichelli Editore, Terza edizione, Bologna, 2012.
- ARROYO ZAPATERO, L., "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal*, nº 1, 1998, pp. 1-15.
- ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ministerio de Justicia, 2008.
- BACH FABREGÓ, R. y GIMENO CUBERO, M., "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas, arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66bis, 83, 100, 103 y 116 CP", en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 71ss.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- "Las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal (insuficiencia del <<levantamiento del velo>>)", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 22, 2002.
  - "Artículo 33.7", en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 280ss.
  - "Los criterios de imputación de la responsabilidad de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", *Diario La Ley*, nº 7541, 2011, pp. 1-7.
- BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos directivos y

representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", en Cobo del Rosal, M. y Bajo Fernández, M. (dirs.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo V., vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.

- "El actuar en nombre de otro", en AA. VV., *Íd.* (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

- *Compliance y Derecho penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad penal colectiva", en AA.VV., Vieira Morante, F. (dir.), *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 33-92.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012.

BARBERO SANTOS, M., "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", *Revista Española de Derecho Mercantil*, nº 64, 1957, pp. 285ss.

- "Las medidas de seguridad en el Proyecto de la Ley Orgánica de CP", en AA. VV., *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 93ss.

BAUCCELLS LLADÓS, J., "Título III. (De las penas). Arts. 32 a 60", en AA. VV., Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 417-584.

BECK, U., *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

BERIAIN, J., "De la Sociedad Industrial a la Sociedad del Riesgo", *REIS*, nº 63, 1993, pp. 145-164.

BERNAL DEL CASTILLO, J., *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011.

BLANCO CORDERO, I. y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio", *Revista Penal*, nº 6, 2000, pp. 3-14.

BOLDOVA, M. y RUEDA, M., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal español", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 271-288.

BOLLMANN, H., "Criminal Liability of Companies. Switzerland", *Lex Mundi Publication*, [www.lexmundi.com](http://www.lexmundi.com), 2008, pp. 1-15.

BÖSE, M., "Corporate Criminal Liability in Germany", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 227-254.

BOTTKE, W., "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica", en AA.VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 129-198.

BRAMIERI, M., BAGAGLIA, D., FIRMANI, A. y MIFSUD, A., *La Responsabilità Amministrativa e Penale delle Imprese*, Egea, Milano, 2008.

BRANDARIZ GARCÍA, J., "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades modernas", en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 15-64.

BUSTOS RAMÍREZ, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Maier, J. y Binder, A. (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Editores del

Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 15ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Trotta, Madrid, 1997.

CALVILLO DÍAZ, G., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra el ambiente: una tendencia inevitable", *Derecho Penal Ambiental*, [www.ceja.org.mx](http://www.ceja.org.mx), pp. 11-13.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Derecho europeo de sociedades", en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 283-329.

CARBONELL MATEU, J. C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su <<dogmática>> y al sistema de la reforma de 2010", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 101, 2010, pp. 1-30.

CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F., "Capítulo 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Álvarez García, F. y González Cussac, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 55ss.

CARMONA RUANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA.VV., Bajo Fernández, M. (dir.), *Empresa y Derecho penal (II)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 271-330.

CENTONZE, A., *Criminalità Organizzata e Reati Transnazionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría Jurídica del Delito*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.

CESANO, J., "Criminalidad económica e internacionalización del Derecho penal: experiencias en la Unión Europea y en el Mercosur", *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, nº 24, 2008, pp. 57-86.

CHOCLÁN MONTALVO, J., "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", en Soler Pascual, L. (dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, nº 91, Madrid, 2007, pp. 14-46.

CLIFFORD CHANCE, "Corporate Criminal Liability in Europe", [www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com), 2012, pp. 1-41.

COCA VILA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43ss.

CORCOY BIDASOLO, M., "Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo", en *Derecho Penal del Siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 363-402.

CODERCH, P. et al., "Respondet superior I", *Indret*, nº 2, 2002, pp. 1-19.

CÓRDOBA RODA, J., "Artículo 31", en Íd. y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 381-385.

COUSIÑO MAC IVER, L., *Derecho penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

CUADRADO RUIZ, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás?", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007, pp. 121-152.

CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.



- DANNECKER, G., *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Bascón Granados, C. (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2001.
- "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Penal*, nº 7, 2001, pp. 40-54.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., "La personalidad jurídica de la sociedad en formación. (Comentario a la RDGRN de 22 de abril de 2000)", *Derecho de Sociedades*, 2010, pp. 131-165.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Armonización penal en la Unión Europea", en Da Costa, M. et. al. (coords.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 1, Universidad de Coimbra, 2009, pp. 647-686.
- "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *Revista Electrónica de la AIDP*, A-05, 2011, pp. 1-29.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, F., "Los entes colectivos como sujetos del Derecho penal. Su tratamiento en el Código Penal", *ADPCP*, vol. LV, 2002, pp. 203-233.
- *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- DE MAGLIE, C., "Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law", *4 Wash. U. Glob. Stud. L. Rev.*, 2005, pp. 547-566.
- "Societas delinquere potest? The Italian Solution", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 255-270.
- DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Las actuaciones en nombre de otro", *ADPCP*, T. XLI, Fasc. I, enero-abril, 1984, pp. 23-66.
- "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal", en AA.VV., Diez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C., Gracia Martín, L. e Higuera Guimerá, J. (edits.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1113-1152.
  - "¿Responsabilidad penal para entes sociales?", *ADPCP*, Tomo 62, Fascículo/mes 1, 2009, pp. 93-155.
- DE VERO, G., *La Responsabilità Penale delle Persone Giuridiche*, en Grosso, C., Padovani, T. y Pagliaro, A. (dirs.), *Trattato di Diritto Penale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 147-176.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., "La autoría en organizaciones complejas", en AA.VV., Puerta Luis, L. (dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 195-234.
- DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, Nº 1, del Código Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, 2011, pp. 41-94.
- DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE, J. (edits.), ed. castellana a cargo de Bacigalupo, E. y Silva Castaño, M. L., *Un Derecho penal para Europa: Corpus Iuris 2000; un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E., "Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea", *Revista Penal*, nº 16, 2005, pp. 43-53.
- "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados", *CIIDPE*, 2007, en [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar), pp. 1-28.
  - *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.

- "Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas", en AA. VV., Serrano-Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, pp. 11ss.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría y participación", *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 10, 2008, pp. 13-61.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", *Indret*, nº 1, 2012, pp. 1-32.
- DISKANT, E., "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure", *The Yale Law Journal*, www.theyalelawjournal.org, vol. 118, nº 1, 2008, pp. 126-176.
- DÖLLING, D. y LAUE, C., "Corporate Criminal Liability in Germany. A Never Ending Story?", en Adam, S., Colette-Bascqz, N., Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruxelles, 2008, pp. 25-46.
- D'ORAZIO, E., "Codici Etici, Cultura y Responsabilità d'impresa", *Politeia*, XIX, 72, 2003, pp. 127-143.
- DOS REIS BRAVO, J., *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008.
- ECHARRI CASI, F., "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", *Diario La Ley*, nº 7632, 2011, s/p.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A., *Derecho penal*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.
- "Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad penal individual?", en Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 200-252.
- *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.
- "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas", *CIIDPE*, 2009, en www.ciidpe.com.ar., pp. 1-30.
- "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 49ss.
- "Capítulo III. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 65ss.
- "Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 91ss.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El Administrador de hecho y de derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J., "Las denominadas <<actuaciones en lugar de otro>> a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Dykinson, 2003, en www.vlex.com, pp. 1-12.

- "La aplicación jurisprudencial del art. 31 del Código Penal español", en *Estudios de Derecho penal económico*, Dykinson, 2003, en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), pp. 1-5.
- "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal", en *Estudios de Derecho penal económico*, Dykinson, 2003, en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), pp. 1-22.
- FERRE MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011.
- FOFFANI, L., "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral", *Revista General del Derecho Penal*, 10, 2008, pp. 1-11.
- "Obstaculización de la función de vigilancia y tutela penal de las autoridades administrativas independientes: apuntes sobre la experiencia italiana", en Terradillos Basoco, J. M. y Acale Sánchez, M., *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 117-132.
- "Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización", *Revista Penal*, nº 23, 2009, pp. 33-40.
- FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo", en AA. VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 99-128.
- GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad", *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 15, 2011, pp. 171-217.
- GALAÍN PALERMO, P., "Uruguay", en AA.VV., *Sistemas penales comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Revista Penal*, nº 17, 2006, pp. 245-248.
- GALLEGO DÍAZ, M., "Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español", *Revista Penal*, nº 31, 2013, pp. 85-99.
- GALLEGO SOLER, J., "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal", en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 147-176.
- "Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras empresariales", en *Íd.* y Modolell González, J., *Empresa y Derecho penal*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 83ss.
- "(Comentario a los) "Arts. 109 a 129", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 265ss.
- GARCÍA ARÁN, M., "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., Faraldo Cabana, P. y Valeije Alvarez, I. (coords.), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, 1998, pp. 45-56.
- "Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007", en AA.VV., García García, M. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, Madrid, 2007, pp. 235-279.
- "Artículo 31 bis", en Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 385-415.
- "(Título III. De las penas). Arts. 61 a 72", en Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 591-663.
- "Título VI. De las consecuencias accesorias", en Córdoba Roda, J. y García Arán, M.

- (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 949-987.
- GARCÍA CAVERO, P., "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 9, 2002, pp. 103-140.
- "Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho", *Indret*, n° 3, 2006, pp. 1-12.
- "Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, 2012, pp. 55-74.
- GARCÍA FIGUEROA, F., "¿Los colegios profesionales y otras corporaciones de Derecho público están sujetos a responsabilidad penal en virtud del nuevo artículo 31 bis?", en Dopico Gómez-Aller, J. (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 88-94.
- GARCÍA RUBIO, M., "Persona jurídica sin ánimo de lucro", en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 261-282.
- GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- *Derecho penal*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- GARUTI, G., "La Responsabilità Penale delle Persone Giuridiche", *Camera di Commercio di Modena*, 2008, pp. 22-23.
- GIL GIL, A., "La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española", *ADPCP*, vol. LXI, 2008, pp. 53-88.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa", *ADPCP*, vol. LIV, 2001, pp. 5-26.
- *Autor y cómplice en Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- GOENA VIVES, B., "La atenuante de colaboración", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 229ss.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, 2008 a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010*, Reppertor, Barcelona, 2010.
- "Art. 31 bis", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 117ss.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *La Responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", *Cuadernos de Política Criminal*, n° 88, 2006, pp. 119-154.
- "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en AA.VV., *Íd.* (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas contemporáneas*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 93-162.
- "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, n° 8, 2006, pp. 1-27.
- *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2010.
- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", *Diario La Ley*, n° 7534, 2010, s/p.

- "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 43-112.
- "Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 109ss.
- "Capítulo VI. El injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad)", en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 135ss.
- "Capítulo VII. La culpabilidad de la persona jurídica", en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 153ss.
- GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A., "El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 131ss.
- GONZÁLEZ SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Universidad de Granada, 2012 (Tesis).
- GOODE, M., "Corporate Criminal Liability", en Gunningham, N., Norberry, J., McKillop, S. (edits.), *Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September 1993*, Hobart, Canberra: Australian Institut Criminology, [www.aic.gov.au](http://www.aic.gov.au), 1995, pp. 1-14.
- GÓRRIZ ROYO, E., "Parte cuarta: Derecho penal", en Altava Lavall, M. (coord.), *Lecciones de Derecho comparado*, Publicaciones Universitat Jaume I, 2003, pp. 238ss.
- GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, II*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1986.
- "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en AA.VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 35-74.
- "La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales", en Serrano-Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, pp. 85ss.
- "Lección 11: Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica", en *Íd.* (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 201ss.
- GRIFO BENEDICTO, A. y SOLER VILAR, A., "Aproximación a los actuales sistemas administrativos de Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia", en Altava Lavall, M. (coord.), *Lecciones de Derecho comparado*, Publicaciones Universitat Jaume I, 2003, pp. 199ss.
- GRONDIN, R., "La Responsabilité Pénale des Personnes Morales et la Théorie des Organisation", *Revue Generale de Droit*, nº 25, 1994, pp. 379-402.
- GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- HASSEMER, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 23-36.
- HEIN VAN KEMPEN, P., "The Recognition of Legal Person in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?", en Pieth M. e Ivory, R., *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 355-392.
- HEINE, G., "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y

consecuencias nacionales", Hurtado Pozo, J. et. al. (coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 49-72.

- "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en Gómez-Jara Díez, C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas contemporáneas*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 26-58.

- "Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies", en Adam, S., Colette-Baseqz, N. y Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe. Corporate Criminal Liability in Europe*, La Chartre, Bruxelles, 2008, pp. 303-318.

HÉRNANDEZ BASUALTO, H., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política Criminal*, vol. 5, nº 9, 2010, pp. 207-236.

- "Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 16, 2012, pp. 75-98.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J., *La Autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.

HERZOG, F., "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo y regulación del riesgo", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Arroyo Zapatero, L., Neumann U. y Nieto Martín, A. (coords.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 249-258.

HILL, J., "Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?", Vanderbilt Law School, Law and Economics Research Paper Series nº 03-10; *Journal of Business Law*, p. 1, www.ssrn.com, 2003, pp. 1-40.

HIRSCH, H., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", *ADPCP*, Fascículo III, Tomo XLVI, septiembre-diciembre, 1993, pp. 1099-1124.

HURTADO POZO, J., "La responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo", *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, nº 86-87, 2008, pp. 95-116.

JAKOBS, G., "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos", en AA.VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 75-98.

- "La omisión: estado de la cuestión", en AA.VV., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 129-154.

JELÍNEK, J. y BERAN, S., "Why the Czech Republic Does Not (Yet) Recognize Corporate Criminal Liability: A Description of Unsuccessful Law Reforms", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 333-354.

JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica", en García Arán, M. (dir.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, nº 61, 2004, pp. 149-178.

JÖNSSON, S., "Criminal Legal Doctrine as a Spanner in the Works? The Swedish Experience", en Adam S., Colette-Baseqz, N., Nihoul, M (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, La Chartre, Bruxelles, 2008, pp. 297-302.

KEULEN, B. y GRITTER, E., "Corporate Criminal Liability in the Netherlands", en Pieth M. e Ivory, R., *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 177-192.

KHULEN, L., "El Derecho penal del futuro", en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A. (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El*

- análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 225-230.
- KINDHÄUSER, U., "Cuestiones fundamentales de la coautoría", *Revista Penal*, nº 11, 2003, pp. 53-70.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.
- "Compliance, debido control y unos refrescos", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 111-136.
- LATORRE VIVAR, P., "Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº XXX, 2008, pp. 223-240.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996.
- LOUIS, J. y WASSMER, M. P., "Alemania", en AA. VV., *Sistemas comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Revista Penal*, nº 17, 2006, pp. 203-206.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M., "Autoría y participación en los delitos económicos", en AA.VV., García Arán, M. (ed.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 61, Madrid, 2005, pp. 273-323.
- "Título V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 869-948.
- MÁLEM SEÑA, J., "Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad Castilla-La Mancha, 2006, pp. 411-422.
- MANES, V., "La incidencia de las <<Decisiones Marco>> en la interpretación en materia penal: perfiles de Derecho sustantivo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007, pp. 1-20.
- MANNOZZI, G. y CONSULICH, F., "Criminal Liability of Corporations in the Italian Legal System: an Overview", Adam S., Colette-Basacqz, N., Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruxelles, 2008, pp. 207-226.
- MANSDÖRFER, M., "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo", *Indret*, nº 2, 2007, pp. 1-23.
- MARÉCHAL, J., "L'exigence variable de l'identification de la Personne Physique", Daury-Fauveau, M. y Benillouche, M. (dirs.), *Dépénalisation de la Vie des Affaires et Responsabilité Pénale des Personnes Morales*, PUF, 2009, pp. 49-60.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, A., "La autoría mediata: autor detrás del autor, en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas", *Dialogo de Saberes*, nº 23, 2005, pp. 19-34.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MASFERRER, A., "Capítulo 5. La ciencia del Derecho penal en la codificación

decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales", en AA.VV., Alvarado Planas, J. y Serrano Maíllo, A. (edits.), *Estudio de Historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, 2007, pp. 273-350.

MATUS ACUÑA, J. P., "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", *Revista de Derecho*, nº 21, 2009, pp. 47-67.

- "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje nº 018-357", *Ius et Praxis*, nº 2, 2009, pp. 285-306.

- "La certificación de los programas de cumplimiento", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 145-154.

MAURO, C., "Dépénalisation de la Vie des Affaires et Responsabilité Pénale des Personnes Morales. Elements de Droit Compare", Daury-Fauveau, M. y Benillouche, M. (dirs.), *Dépénalisation de la Vie des Affaires et Responsabilité Pénale des Personnes Morales*, PUF, 2009, pp. 61-79.

MAZZACUVA, N., "El futuro del Derecho Penal", en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A. (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 231-240.

MAZZACUVA, N. y AMATI, E., *Diritto Penale dell'economia. Problemi e Casi*, Cedam, Padova, 2010.

MEINI MÉNDEZ, I., "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", *Revista Derecho*, nº 52, diciembre 1998-abril 1999, pp. 883-914.

- *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

- "Gestión del riesgo y política de seguridad en la sociedad del riesgo", en AA. VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, 2006, pp. 351-372.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, J., "Las sociedades en formación", Jornadas de Jueces para la Democracia, 2007, en [www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es), pp. 1-16.

MILITELLO, V., "La responsabilidad penal en los grupos de empresas", en AA. VV., Faraldo Cabana, P. y Valeije Álvarez, I. (coords.), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, 1998, pp. 27-44.

MIR PUIG, S., "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-01, 2004, pp. 1-17.

MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D., (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996.

MIRAS MARÍN, N., "El concepto de personas jurídicas penalmente responsables", Ediciones de la Universidad de Murcia, vol. 28, 2010, pp. 219-235.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA & ASSOCIADOS, "Criminal Liability of Companies. Portugal", en Lex Mundi Business Crimes and Compliance Practice Group, *Criminal Liability Companies, Lex Mundi Global Practice Guide Series*,



www.lexmundi.com, 2009, pp. 207-216.

MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en Quintero Olivares, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 45ss.

MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Dykinson, Madrid, 1997.

MORÓN LERMA, E., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 21 (*Las sanciones penales en Europa*), 2009.

MUÑOZ CONDE, F., "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones 'no desvinculadas al Derecho'?", *Revista Penal*, nº 6, 2000, pp. 104-114.

- "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", en AAVV., Bacigalupo Zapater, E. (dir.), *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, nº 14, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 181-260.

MUSCO, E., "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", *Revista Penal*, nº 13, 2004, pp. 117-125.

NANDA, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", en Pieth, M. e Ivory, R., *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 63-90.

NAVAS MONDACA, I., "Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 111ss.

NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012.

NIETO MARTÍN, A., "El programa político-criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004, pp. 259-284.

- "Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo", en AA. VV., Bajo Fernández, M., Bacigalupo Saggese, S. y Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho penal económico: mesas redondas de Derecho y Economía*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, pp. 189-203.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal", en AA.VV., Serrano-Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 131-160.

- "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de empresa", *Política Criminal*, nº 5, 2008, pp. 1-18.

- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras de la LO 5/2010", *Revista Xurística Galega*, nº 63, 2009, pp. 47-70.

- "La privatización de la lucha contra la corrupción", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191-210.

NOVOA MONREAL, E., *Curso de Derecho penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.

NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia,

2000.

NUOTIO, K., "Chapter VI. Harmonization of Criminal Sanctions in the European Union-Criminal Law Science Fiction", en Johannes, E. y Strandbakken, A. (edits.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 79ss.

OJALVO CLAVERÍA, R., *Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, concordada, comentada e interpretada*, Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2006.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Capítulo 2. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas). Cuestiones materiales", en *Íd.* (coord.), *Memento práctico. Penal económico y de la empresa, 2011-2012*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2011.

PALIERO, C., "Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano", en Hurtado Pozo, J. *et. al.* (coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 109-132.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<Caso de la Colza>> (Segunda parte)", en AA. VV., Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 289-310.

PAZ-ARES, C., "Las sociedades mercantiles", en Menéndez, A. (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 287-306.

PEÑARANDA RAMOS, E., "Autoría y participación en la empresa", en AA.VV., Serrano-Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 161-186.

PEREIRA, B., *La Responsabilité Pénale des Entreprises et de leurs Dirigeants*, Editions EMS, 2011.

PÉREZ CEPEDA, A., *La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997.

- "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", *Revista Penal*, nº 9, 2002, pp. 106-121.

- *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.

- "De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal", en AA. VV., Muñoz Conde, F. (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-200.

PERRIN, B., "La Responsabilité Pénale de l'entreprise en Droit Suisse", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 193-226.

PERRON, W., "Chapter II. Perspectives of the Harmonization of Criminal Law and Criminal Procedure in the European Union", Johannes, E. y Strandbakken, A. (edits.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 5-22.

PIETH, M. e IVORY, R., "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", en *Íd.* (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 3-60.

PIÑA ROCHEFORT, J., *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012.

- "Algunas consideraciones acerca de los modelos de prevención de delitos (MDP) establecidos en la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Doctrina y Jurisprudencia Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Universidad de

Los Andes, nº 10, 2012, pp. 17-33.

PINTO DE ALBUQUERQUE, P., "A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas ou Equiparadas", Conferência proferida na Universidade Lusíada, Lisboa, 2006, no âmbito de um colóquio sobre o Anteprojecto de revisão do Código Penal, [www.oa.pt](http://www.oa.pt), s/p.

PLANQUE, J., "La Responsabilité Penale des Personnes Morales en Droit Français: une oeuvre encore perfectible", en Adam S., Colette-Basiecz, N., Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte, Bruxelles, 2008, pp. 175-206.

POLITOFF LIFSCHITZ, S., "Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata", en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1231-1284.

POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P. y RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

PORTERO HENARES, M., "El concepto de sociedad en el Código Penal. Análisis del artículo 297", *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 71-88.

PRADEL, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones", *Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo de Bisgovia*, 2 y 3 mayo de 1998, [www.perso.unifr.ch](http://www.perso.unifr.ch), pp. 75-94.

PRITTWITZ, C., "Sociedad del riesgo y Derecho penal", en AA.VV., Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259-288.

PULITANÒ, D., "La Responsabilità <<da Reato>> degli Enti: i Criteri d'imputazione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nº 2, 2002, pp. 415-426.

QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y Culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.

- "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en AA.VV., Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coords.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004.

- "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", en AA.VV., García García, M. A. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, Madrid, 2007, pp. 157-198.

- "La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA.VV., Morillas Cuevas, L. y Cruz Blanca, M. J. (coords.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 33ss.

- "Administradores de hecho y de derecho ante una reforma del Código Penal", *Iuris*, nº 142, 2009, pp. 18-22.

- *Parte general del Derecho penal*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2010.

- "La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 130 CP)", AA. VV., *Íd.* (dir.), *La Reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 117ss.

- "Responsabilidad penal de personas jurídicas, entes y grupos, y sus individuos. Su responsabilidad tras la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 22, 2011, pp. 4-13.

- "La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal", en Bañeres, F. (dir.), *Incidencias de la reforma del Código*

*penal: novedades en la Parte General*, Curso de Formación Continuada a Fiscales, 2011.

- "La imputación a personas físicas y jurídicas de los delitos generados en actividades empresariales", Contribución al VII European Jurist Forum, 18-20/4/2013, Actas del Congreso, Barcelona, 2013.

- QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., y VALLE MUÑIZ, J. M., "De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal", en AA.VV., Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra.

RAMON RIBAS, E., "De las consecuencias accesorias", en AA.VV., Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Madrid, 2005.

- *La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009.

- "Artículo 129", en AA. VV., Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 789-807.

ROBLES PLANAS, R., "¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos", *Indret*, nº 2, 2006, pp. 1-25.

- "El responsable de cumplimiento (<<Compliance Officer>>) ante el Derecho penal", en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España", Neira Pena, A. (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, 2012, pp. 197-232.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, pp. 417-442.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal", *La Ley*, nº 1, 1980, pp. 1004-1007.

- "¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", en *Anuario Derecho Penal* 96, Grijley, 1997, pp. 127-140.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad Castilla-La Mancha, 2006, pp. 447-484.

ROMEO MALANDA, S., "Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 313-386.

ROMERO SEGUEL, A., "Sobre el concepto de persona jurídica para hacer efectiva su responsabilidad penal", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 3, 2010, pp. 27-46.

ROTH, R., "Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión", en Hurtado Pozo, J. et. al. (coords.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 177-224.

ROXIN, C., "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", en AA.VV., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 155-178.

- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- "Dirección de la organización como autoría mediata", *ADPCP*, vol. LXII, 2009, pp. 51-65.
- RUIZ RODRIGUEZ, L., "Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad económica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, 2009, pp. 347-394.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M., *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, Universidad de Burgos, 2002.
- SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *ADPCP*, Tomo 41, Fascículo/mes 2, 1988, pp. 529-558.
- "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", *ADPCP*, Tomo 49, Fascículo/mes 1, 1996, pp. 187-218.
- "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación", *ADPCP*, Tomo 55, Fascículo/mes 1, 2002, pp. 9-38.
- *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.
- "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", *RDP*, nº 2, 2005, pp. 13-25.
- SEGOVIA ARANCIBIA, A., "Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la ley nº 20.393", *Revista Jurídica del Ministerio Público*, nº 43, 2010, pp. 218-233.
- SIEBER, U., "Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 63-110.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en *Íd.* (ed.) y Schünemann, B. y De Figueiredo Dias, J. (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 357-379.
- *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", en AA.VV., Bacigalupo Zapater, E. (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 9-58.
- "Artículo 31", en AA. VV., Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 369-414.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- "Evolución ideológica de la discusión sobre la 'responsabilidad penal' de las personas jurídicas", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, nº 86-87, 2008, pp. 129-148.
- "La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto", *Diario La Ley*, nº 7464, 2010, pp. 1-16.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, I., "El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de una pena de multa?", *Indret*, nº 2, 2006, pp. 1-46.
- SILVA, P., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Ciencias Penales*, T. IV, 1938, pp. 317-329.
- TAMARIT SUMALLA, J., "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en

- AA.VV., Diez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C., Gracia Martín, L. e Higuera Guimerá, J. (edits.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1153-1172.
- TENA, J., *Organización de la empresa: teoría y aplicaciones*, EADA Gestión, Barcelona, 1989.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.
- "Código Penal-Leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta", en Diez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C., Gracia Martín, L. e Higuera Guimerá, J. (edits.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 511-530.
  - "Sistema penal y empresa", en AAVV., *Nuevas tendencias del Derecho penal económico*, Terradillos Basoco, J. M. y Acale Sánchez, M. (coords.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, pp. 13-38.
  - "Financiarización económica y política criminal", en Serrano-Piedecabras Fernández, J. y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, 2010, pp. 129-152.
- TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993.
- "El Derecho penal económico en la Comunidad Europea", en AA.VV., Arroyo Zapatero, L. y Tiedemann, K. (coords.), *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 235ss.
  - "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Anuario de Derecho Penal*, 1996, pp. 97-125.
  - "La armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea", *ADPCP*, vol. XLIX, Fascículo/mes 2, 1996, pp. 385-405.
  - "Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado", en Gómez Colomer, J. L. y González Cussac, J. L. (coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, 1997, pp. 23-48.
  - "La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", *Revista Penal*, nº 5, 2000, pp. 90-98.
  - *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2ª ed., Grigley, Lima, 2007.
  - "El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico", en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-42.
- TOLVANEN, M., "Corporate Criminal Liability in Finland. Trust, Business Ethic and Crime Prevention", en Adam, S., Colette-Basecqz, N., Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, La Chartre, Bruselles, 2008, pp. 159-174.
- TORRES ZAGAL, O., "Las sociedades de hecho e irregular (con referencia a la sociedad colectiva comercial)", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIX, 1998, pp. 193-198.
- VAN WEEZEL, A., "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Política Criminal*, vol. 5, nº 9, 2010, pp. 114-142.
- VARELA, L., "Strict-liability como forma de imputación jurídico-penal", *Indret*, nº 3, 2012, pp. 1-25.
- VENTURA PÜSCHEL, A., "Corrupción entre particulares", en AA.VV., Álvarez García, F. y González Cussac, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 319-329.

- VERVAELE, J., "La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, 1998, pp. 153-184.
- "La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea", *Revista Penal*, nº 15, 2005, pp. 169-184.
- "*Societas/universitas delinquere ed puniri potest. ¿La experiencia holandesa como modelo?*" en Consejo General del Poder Judicial, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, Madrid, 2007, pp. 11-64.
- VILLEGAS DÍAZ, M., *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en Chile y España*, Universidad de Salamanca, 2002.
- WAGNER, M., "Corporate Criminal Liability. National and International Responses", *Background Paper for the "International Society for the Reform of Criminal Law 13th International Conference Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective Malta, 8-12 July 1999"*, www.ubc.ca, pp. 1-10.
- WELLS, C., "Corporate Criminal Liability in the United Kingdom. Much Ado About Nothing?", en Adam, S., Colette-Basecqz, N. y Nihoul, M. (edits.), *La Responsabilité Pénale des Personnes Morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, La Chartre, Bruxelles, 2008, pp. 283-296.
- *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, Second Edition, 2001.
- "Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future", en Pieth, M. e Ivory, R. (edits.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011, pp. 91-112.
- ZOPPINI, A., "Imputazione dell'illecito Penale e <<Responsabilità Amministrativa>> nella Teoria della Persona Giuridica", *Rivista delle Società*, 2005, pp. 1314-1335.
- ZOVATTO, D., "Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada", en www.biblio.jurídicas.unam.mx, pp. 1-187.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional 'societas delinquere non potest'", *CPC*, nº 11, 1980, pp. 613ss.
- "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", en Arroyo Zapatero, L. (coord.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 723-727.
- *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- "Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes del trabajo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-10, 2008, pp. 1-15.
- *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, Comares, Granada, 2009.
- "Societas delinquere potest", www.perso.unifr.ch, 2010, pp. 1-11.

## TEXTOS LEGISLATIVOS Y OFICIALES

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley n° 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*, [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl), pp. 1-441.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM(2001) 366 final, 18 de julio de 2001.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2006*, en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

FISCAL NACIONAL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, *Instrucción General que imparte criterios para la actuación y persecución penal de las personas jurídicas*, Oficio FN n° 440-2010, en [www.fiscaliadechile.cl](http://www.fiscaliadechile.cl).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011, "Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010"*, en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

OECD WORKING GROUP ON BRIBERY, *Germany. Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, [www.oecd.org](http://www.oecd.org), pp. 1-19.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual, Chapter Eight: Sentencing of Organizations*, [www.ussc.gov](http://www.ussc.gov), 2013, pp. 489-532.



## ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	6

### PRIMERA PARTE

#### LAS LIMITACIONES DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

CAPÍTULO I. LA EMPRESA COMO ESCENARIO Y MOTOR DEL DELITO	10
1. Características de la realidad empresarial actual: división del trabajo y límites a la atribución de responsabilidades penales individuales	10
2. Retos y respuestas del Derecho penal frente a la nueva realidad empresarial	16
a) El problema de la irresponsabilidad penal organizada y la exención de responsabilidad de los mandos superiores	16
b) La temprana respuesta jurisprudencial al problema de la actuación en nombre de otro	17
c) La revisión doctrinal de la teoría de la participación	17
d) Valoración de las anteriores soluciones	18
CAPÍTULO II. ALCANCE Y LÍMITES DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS TRADICIONALES	20
1. Alcance y límites de la regla del actuar por otro (artículo 31 del Código Penal)	20
1.1. Génesis y sentido de la regla del actuar por otro	20
1.2. Contenido y función de la regla del actuar por otro	25
1.3. Análisis y crítica de la teoría de la representación como fundamento de la regla del actuar por otro	28
1.4. La superación de la teoría de la representación por criterios de contenido material	31
1.5. La inclusión de los órganos fácticos en el artículo 31 del Código Penal	33
1.6. La relación entre el concepto de administrador del artículo 31 y los criterios de imputación del artículo 31 bis del Código Penal	37
1.7. Casos complejos en la aplicación de la regla del actuar por otro y consecuencias para la apreciación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	41
a) Delegación de funciones	41

b) Representación de una persona jurídica por otra	42
c) Grupos de empresas	43
2. Alcance y límites de la teoría de la participación	45
2.1. La difícil dilucidación de responsabilidades individuales en contextos de actuación colectiva	45
2.2. Particularidades de la responsabilidad por acción y omisión	48
2.3. Responsabilidad penal de los subordinados y mandos intermedios	50
a) La responsabilidad de los subordinados	50
b) La responsabilidad de los mandos intermedios	52
2.4. Responsabilidad penal de los altos directivos por delitos activos	53
2.4.1. El superior jerárquico como autor mediato	54
2.4.2. El superior jerárquico como coautor	63
2.4.3. El superior jerárquico como partícipe	68
2.4.3.1. El superior jerárquico como inductor	69
2.4.3.2. El superior jerárquico como cooperador necesario	70
2.5. Responsabilidad penal de los altos directivos por delitos omisivos	71
2.6. Particularidades de la autoría y participación en delitos especiales	79
3. Algunas conclusiones: limitaciones del modelo clásico de responsabilidad individual en el ámbito empresarial	82

## SEGUNDA PARTE

### CONTEXTO HISTÓRICO E INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: FUNDAMENTO Y MODELOS REGULATIVOS

CAPÍTULO I. LA SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i>	87
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES Y MODELOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS PAÍSES OCCIDENTALES	94
1. La raíz civilista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	95
2. La exigencia de responsabilidades en Derecho comparado: modelos de <i>Common Law</i> y <i>Civil Law</i>	98
CAPÍTULO III. MODELOS DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO COMPARADO	102
1. Modelos de responsabilidad penal en ordenamientos del <i>Common Law</i>	104
1.1. El sistema británico de responsabilidad por "identificación" y su evolución hacia la responsabilidad organizacional	104
1.2. El sistema norteamericano de responsabilidad vicarial y su evolución hacia el sistema de <i>agregación</i>	109
	368

1.3. El sistema australiano de responsabilidad por "organización"	114
2. Modelos de respuesta extrapenal en ordenamientos del <i>Civil Law</i>	117
2.1. El sistema alemán de responsabilidad administrativa	117
2.2. El sistema italiano de responsabilidad administrativa directa	122
3. Modelos de respuesta penal en ordenamientos del <i>Civil Law</i>	130
3.1. El sistema francés de responsabilidad " <i>par ricochet</i> "	130
3.2. El sistema portugués de responsabilidad autónoma y la progresiva superación de su excepcionalidad	133
3.3. El sistema suizo de responsabilidad penal "integral" o "de organización"	136
CAPÍTULO IV. COMPROMISOS INTERNACIONALES Y SU INFLUENCIA SOBRE LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y CHILENO	140
1. Instrumentos internacionales: las Convenciones de la ONU y el Convenio OCDE de <i>Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales</i>	143
2. Instrumentos regionales	147
2.1. Principales hitos en el proceso de armonización regional	147
2.2. El proceso de armonización en la Unión Europea	151
CAPÍTULO V. LA INTRODUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE: ANTECEDENTES Y PRINCIPALES OPCIONES DE TÉCNICA LEGISLATIVA	156
1. Antecedentes de las reformas en España y Chile	158
2. La común opción por la vía penal	170
3. Las diversas opciones de técnica legislativa: codificación española <i>v. lex specialis</i> chilena	173
CAPÍTULO VI. LA SELECCIÓN DE SUJETOS IMPUTABLES EN LOS DIVERSOS SISTEMAS	175
CAPÍTULO VII. LA SELECCIÓN DE DELITOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD EN LOS DIVERSOS SISTEMAS	182

**TERCERA PARTE**  
**EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS**  
**PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE**

**CAPÍTULO I. EL BLOQUE DE NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE** 189

1. El bloque de normas reguladoras de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español 189

- 1.1. La regla del actuar por otro 190
- 1.2. La responsabilidad civil derivada de delito 192
- 1.3. Las consecuencias accesorias 194
- 1.4. Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal 198
- 1.5. Penas aplicables a las personas jurídicas 202
- 1.6. Reglas para la determinación judicial de la pena 206
- 1.7. Consecuencias de la transformación o disolución aparente de la persona jurídica 209

2. El bloque de normas reguladoras de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema chileno 211

- 2.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal 212
- 2.2. Penalidad 217
- 2.3. Criterios para la determinación de la pena 222
- 2.4. Consecuencias de las posibles transformaciones de la persona jurídica 224
- 2.5. Consecuencias accesorias 226

**CAPÍTULO II. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE** 227

1. La común opción por el modelo de responsabilidad acumulativa 227

2. La común opción por el modelo mixto en atención al grado de dependencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto del hecho de la persona física 230

- 2.1. Modelos de referencia en Derecho comparado 230
- 2.2. Clasificación de los sistemas español y chileno a la luz de los modelos comparados 237
  - 2.2.1. El modelo mixto en el Derecho español 237
  - 2.2.2. El modelo mixto en el Derecho chileno 239

3. Destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	240
3.1. Sujetos susceptibles de responsabilidad penal	240
3.2. Los sujetos susceptibles de responsabilidad penal en España	241
3.3. Los sujetos susceptibles de responsabilidad penal en Chile	252
3.4. Recapitulación y valoración	256
4. Delitos generadores de responsabilidad penal de las personas jurídicas	257
4.1. El sistema español de incriminación específica y lista diseminada	257
4.2. El sistema chileno de incriminación específica y lista concentrada	260
4.3. Recapitulación y valoración	262
CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (I): LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN A LA LUZ DE LAS CATEGORÍAS CLÁSICAS Y SUS LÍMITES	263
1. Intentos de interpretación del sistema de imputación a la luz de las categorías dogmáticas clásicas	263
1.1. Naturaleza jurídica del <i>hecho de conexión</i> o <i>hecho de referencia</i> de la persona física: posiciones doctrinales	265
1.1.1. La ubicación del <i>hecho de conexión</i> en la tipicidad	265
1.1.2. La consideración del <i>hecho de referencia</i> como presupuesto de la responsabilidad	268
1.2. Naturaleza jurídica del <i>defecto de organización</i> de la persona jurídica: posiciones doctrinales	271
1.2.1. El <i>defecto de organización</i> como fuente de injusto	271
1.2.2. El <i>defecto de organización</i> como fuente de culpabilidad	272
1.3. Otras posiciones en torno a la culpabilidad de la persona jurídica	275
2. Posición personal: la relatividad de las categorías dogmáticas clásicas en la interpretación del sistema de imputación	280
CAPÍTULO IV. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (II): DELIMITACIÓN Y CONDICIONES DE IMPUTACIÓN POR LA ACTUACIÓN DE ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES	283
1. Delimitación del círculo de “representantes” y “administradores” en los sistemas español y chileno	283

1.1. Los representantes y administradores del artículo 31 bis del Código Penal español	284
1.1.1. Los representantes legales	284
1.1.2. Los administradores de derecho y de hecho: conceptos mercantil y penal	287
1.1.3. Casos específicos de administración de hecho: altos directivos, grupos de empresas, testaferros y personas jurídicas administradoras de otras	290
1.1.4. Problemas específicos que plantea la responsabilidad penal por delitos especiales	292
1.2. Los administradores, representantes y demás sujetos del artículo 3 de la Ley n° 20.393 chilena	294
 2. Las condiciones de imputación en los sistemas español y chileno (I): la actuación <i>en nombre</i> o <i>por cuenta</i> de la persona jurídica	295
2.1. Las condiciones de imputación en el sistema español: la actuación <i>en nombre</i> o <i>por cuenta</i> de la persona jurídica	297
2.2. El silencio legal sobre el requisito de actuación <i>por cuenta</i> en el sistema chileno y su necesaria inclusión vía interpretativa	299
 3. Las condiciones de imputación en los sistemas español y chileno (II): la actuación " <i>en provecho</i> " de la persona jurídica	300
3.1. La actuación " <i>en provecho</i> " en los sistemas español y chileno	300
3.2. La posibilidad alternativa de actuación " <i>en interés</i> " en el sistema chileno	303
 CAPÍTULO V. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (III): DELIMITACIÓN Y CONDICIONES DE IMPUTACIÓN POR LA ACTUACIÓN DE LOS SUBORDINADOS	304
1. Introducción	304
2. Configuración legal de la cláusula relativa a los subordinados en ambas legislaciones	306
3. Delimitación del círculo de subordinados en el sistema español	306
4. Las condiciones de imputación por la actuación de los subordinados en el sistema español	309
4.1. La actuación en el ejercicio de <i>actividades sociales</i> y <i>por cuenta</i> y <i>en provecho</i> de la persona jurídica	309
4.2. La <i>ausencia del debido control</i>	309
5. Particularidades de la regulación chilena en punto a los sujetos y criterios de imputación	310
6. Naturaleza jurídica del <i>hecho de conexión</i>	311
	372

6.1. Los requisitos de tipicidad y antijuridicidad en el sistema español	312
6.2. Los requisitos de tipicidad y antijuridicidad en el sistema chileno	313
<b>CAPÍTULO VI. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA Y CHILE (IV): COMPLIANCE PROGRAMS Y LA AUSENCIA DEL DEBIDO CONTROL</b>	<b>315</b>
1. El origen de los <i>compliance programs</i> : la autorregulación forzada	315
1.1. Contexto y fines de la <i>autorregulación forzada</i>	317
1.2. Contenido de la <i>autorregulación forzada</i> y los <i>compliance programs</i>	317
2. La previsión de <i>programas de cumplimiento</i> en los instrumentos internacionales antecedentes de las legislaciones nacionales	321
3. El alcance de los <i>compliance programs</i> en Derecho penal	325
4. La configuración de los <i>compliance programs</i> en la legislación española vigente y el Proyecto de 2013	326
4.1. Cuestiones previas en torno a la aplicación de los <i>debidos controles</i>	326
4.2. Alcance de los <i>debidos controles</i> en el artículo 31 bis del Código Penal	327
4.3. Alcance de los <i>debidos controles</i> en el Proyecto de 2013	330
5. La configuración de los <i>compliance programs</i> en el sistema penal chileno	335
5.1. Aspectos generales de los modelos de prevención de delitos	335
5.2. Las exigencias impuestas en el artículo 4 de la Ley n° 20.393 chilena en relación con los deberes de dirección y supervisión	338
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>344</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>348</b>