

**MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL
EN LA LEY N° 20.393 QUE ESTABLECE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:
¿CULPABILIDAD DE LA EMPRESA,
HETERORRESPONSABILIDAD O DELITO DE INFRACCIÓN
DE DEBER?**

**Model of attribution of criminal liability in the N° 20.393 Act, that
introduces the criminal liability of legal persons: culpability of the
corporation, hetero-responsibility or breach-of-duty crime?**

*Andrés Ortúzar Gjuranovic**

Resumen: La nueva Ley N° 20.393 introdujo un principio completamente nuevo en el ordenamiento jurídico chileno: *societas delinquere potest*. En efecto, hoy en día es posible atribuirle responsabilidad penal directa a una persona jurídica, aunque sólo por un pequeño grupo de delitos contemplados en la misma ley. Para la imputación de esta clase de responsabilidad se deben cumplir ciertos presupuestos, cuya sola revisión pone en cuestión si realmente la Ley N° 20.393 modificó el principio *societas delinquere non potest* vigente con anterioridad. En este trabajo se revisarán tres modelos de atribución de responsabilidad penal y, a la luz de ellos, se buscará examinar qué modelo contempla la nueva ley y si es posible dar una nueva interpretación que permita explicar la verdadera innovación de la Ley N° 20.393.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas – modelos de atribución de responsabilidad penal – Ley N° 20.393 – delitos de infracción de deber.

Abstract: The new Law N° 20.393 introduced a completely new principle in the Chilean law system: *societas delinquere potest*. It is now possible to directly attribute criminal responsibility to legal persons, but only for the group of offenses covered by the Act. Because the Act requires that certain prerequisites be met for this type of responsibility to be applied, it is unclear whether the law actually changed the previously existing principle *societas delinquere non potest*. This article reviews three different models of attribution of criminal liability, examines which model is contained in the new law, and provides a new interpretation that accounts for the true innovation of N° 20.393 Act.

Keywords: legal persons' criminal liability – models of attribution of criminal liability – N° 20.393 Act – breach of duty crimes.

* Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: aortuzargj@gmail.com

1. Comentarios previos

Con la publicación de la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas se dio paso en nuestro país un nuevo ámbito de materias a considerar en la rama del Derecho Penal. Y es que con esta nueva norma no sólo se viene a quebrar –al menos aparentemente– el principio *societas delinquere non potest* que ha imperado en nuestro ordenamiento jurídico penal durante toda nuestra historia normativa, sino que también abre puertas a un nuevo análisis dogmático que permita dilucidar qué modelo de atribución de responsabilidad societaria en definitiva quiso implementar la nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¿Qué produjo que nuestro país diese este impulso en la dogmática penal?

Esta premisa fundamental de que las personas jurídicas no pueden delinquir comenzó a ser cuestionada a raíz de diversos fenómenos que se fueron desarrollando y profundizando desde la segunda mitad del siglo pasado. Es así que la complejización de las empresas y corporaciones en su organización, la globalización y su profundización, y el aumento de la delincuencia económica y particularmente la imposibilidad, en la gran mayoría de los casos, de identificar al delincuente económico individual –precisamente por la complicada organización de la empresa–, han sido los fundamentos para entrar a revisar este principio –que parecía inmodificable– de que las personas jurídicas no pueden delinquir. Atendiendo especialmente a este nuevo orden de cosas, y especialmente por razones político-criminales, es que muchas naciones comenzaron a revisar sus sistemas de castigo penal, para posteriormente instaurar mecanismos de atribución de responsabilidad penal a estos entes morales, y así hacerlos responsables por la comisión de delitos cometidos en su seno empresarial. Tal es el caso de EE.UU. e Inglaterra que ya desde larga data castigaban penalmente a las personas jurídicas, la ley italiana de 2001 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, y también países como Francia y Holanda, y durante el año 2010 España, entre otros.

Chile, por su parte, no pudo estar ajeno a este proceso. Si bien la razón última del impulso de esta normativa fue cumplir con una de las exigencias impuestas por la OCDE para que el país pudiese ser miembro de este foro internacional,¹ la realidad es que la normativa ha sido finalmente integrada a nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, es fundamental determinar qué modelo de responsabilidad adoptó la Ley N° 20.393.

La ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en un pequeño código penal que regula desde la atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas por actuaciones de sus directivos, hasta aspectos procesales

¹ Para llegar a esta conclusión, es suficiente examinar el Mensaje de la Ley N° 20.393 que en definitiva hace hincapié únicamente en la necesidad de dictar esta ley como requisito de ingreso de Chile a la OCDE.

relativos al juicio oral seguido en contra de ellas. En este trabajo, sin embargo, se revisará únicamente el asunto relativo a la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas. En efecto, lo que se buscará por medio de esta revisión es lograr responder si es que la nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas contempla efectivamente un modelo de responsabilidad penal *de* la persona jurídica o si en cambio no es sino otra forma de la clásica responsabilidad penal individual: ¿Concibe la Ley N° 20.393 propiamente una responsabilidad penal de la persona jurídica?

Para responder a esta interrogante se analizarán en primer lugar las clásicas críticas que la doctrina ha usado contra la responsabilidad penal de la empresa, como la exposición de un nuevo punto de partida para resolverlas. A continuación se revisarán brevemente tres modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, el sistema vicarial que se destaca por la transferencia de culpabilidad a la persona jurídica por el hecho delictivo realizado por una persona natural dentro de la organización empresarial. Luego se revisarán los postulados de los sistemas mixtos de atribución de responsabilidad, los que se destacan por recoger elementos tanto de un sistema heterónimo de responsabilidad como de uno autónomo. Finalmente se hará una revisión de lo que desde el punto de vista de este trabajo se considera un verdadero modelo de autorresponsabilidad de la empresa.

A continuación de esta parte expositiva pasará a revisarse el contenido de la Ley N° 20.393 en lo relativo a los requisitos de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. En ello se hará referencia especialmente a los artículos 3°, 4° y 5°, siendo esos artículos los pilares básicos para la determinación de la procedencia de responsabilidad penal de la persona jurídica. Cumplido este cometido, se podrá determinar si es que el chileno es un modelo de atribución autónomo, heterónimo o si en cambio existe una tercera interpretación que permita explicar lo que se consagró efectivamente en la ley de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

2. Principales problemas de la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas

Tradicionalmente al tratar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y más particularmente la atribución de responsabilidad penal a estos entes colectivos, se tiende a realizar una serie de críticas sustentadas en tres aspectos dogmáticos de reconocida importancia. En efecto, en primer lugar, se ha sostenido tradicionalmente que las personas jurídicas no serían propiamente sujetos activos de delitos, pues ellas carecerían de un elemento fundamental en toda acción típica y culpable: la voluntad. Así, se sostiene que la voluntad, como elemento *per se* psicológico y propio de las personas físicas, no podría estar presente en las personas jurídicas pues éstas no gozarían de dicho atributo naturaleza humana. Asimismo, se ha sostenido aun con mucho más ahínco que las personas jurídicas

no pueden ser entes culpables. Esta concepción se ha fundamentado en que estos entes carecen de la libertad –entendida ésta como capacidad de decidir actuar conforme a derecho– y por lo tanto no se les podría reprochar una conducta delictiva, siendo consecuentemente sujetos incapaces de culpabilidad. Por último, se ha afirmado que en atención a los fines propios de la pena no es posible sostener que las personas jurídicas pueden ser sujetos susceptibles de sanciones penales, toda vez que al carecer de un elemento psicológico no tendrían la capacidad de comprender especialmente el elemento de prevención general que tiene por objeto una coacción psicológica ocasionada por la amenaza de la pena, así como tampoco podrían ser susceptibles de prevención especial, por carecer de elementos que pudiesen “resocializar” al delincuente “colectivo”. Bajo estos tres postulados y desde una perspectiva concatenada con la teoría del delito y en una teoría de la pena determinada, se ha rechazado históricamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A continuación se profundizará en las razones que rechazan la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas ya esbozadas, se indicará la esencia del por qué a ese rechazo y especialmente si se trata de una cuestión ontológica o una determinación prejurídica, y si es que hay alguna manera de –a lo menos– no rechazar “de entrada” o *a priori* la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

a) El problema de la incapacidad de conducta (acción/omisión) de la persona jurídica

Cuando en materia penal hablamos de conducta nos estamos refiriendo a la acción y omisión que realiza un sujeto y que contiene un resultado típico y culpable. Es importante recalcar que el concepto conducta abarca no sólo a las acciones –que era el modo de denominarlo desde un punto de vista causalista– sino que también a las omisiones, y es precisamente ese contenido amplio de la expresión conducta el que obliga a utilizarla. El problema de la conducta de la persona jurídica se deriva principalmente de la construcción ontológica que la teoría del delito ha desarrollado de la acción, usando de base al sujeto “ser humano” como centro de imputación y, en definitiva, de construcción dogmática, por lo que ya es posible señalar que “toda vez que se tome como punto de partida un concepto de acción psicológico, no será posible llegar a ninguna otra respuesta de la cuestión [de que las personas jurídicas son sujetos incapaces de acción]”.² Lo cierto es que la acción como categoría dogmática, y analizada desde un punto de vista naturalístico, trae como consecuencia que solamente sea posible revisarla a la luz de la exteriorización de una conducta *humana*, pues dicho sujeto es quien ha sido el centro del análisis jurídico penal. En efecto, dentro de sus características se destaca a la voluntad como consecuencia necesaria de la psique humana, siendo ambos aspectos fundamentales dentro del elemento “acción” en la teoría del delito. Y es por esta razón que el asunto relativo a la voluntad y la psique humana

² Bacigalupo, Silvina: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, p. 149.

no es baladí para efectos de tratar con la “conducta”, ya que “[l]a *voluntariedad* de la conducta de que se trate es presupuesto *sine qua non* del juicio jurídico-penal y tal voluntariedad es la posibilidad de control, mediante la propia voluntad, de la actividad o no actividad de que se trate [...] En relación con las personas jurídicas, entonces, la cuestión es si éstas son capaces de accionar en cuanto tales, con una identidad diferente a la de sus representantes, o si, en cambio, no accionan en modo separado del actuar de las personas físicas que operan por ella.”³ Esta voluntad a la que se refiere Clara Szczaranski que es tan propia del ser humano estaría cargada de un aspecto psicológico fundamental que –en una primera revisión– imposibilitaría que un ente colectivo tuviese capacidad de acción, pues faltaría precisamente de voluntad “autónoma” y por sobre todo de ese aspecto psicológico que se acaba de mencionar. En efecto, según Elena Núñez, “[e]n primer lugar si partimos de que el Derecho Penal, tal y como hasta este momento parece entenderse mayoritariamente por los penalistas, sólo puede sancionar comportamientos que sean acciones u omisiones regidas por una voluntad en sentido psicológico, no queda otra opción que *negar que las personas jurídicas gocen de una verdadera capacidad de acción penal*, dado que al ser mero centro de imputación normativa de efectos jurídicos carentes de capacidad de autodeterminarse, no podrían formar aquella voluntad propia que se necesita para realizar conductas penalmente relevantes”.⁴ Bajo esa misma perspectiva, Laura Zúñiga indica que, “[e]l principal escollo con el que una imputación penal al propio ente colectivo tropieza, es el considerar que la propia persona jurídica es capaz de realizar una acción penalmente relevante, sino siempre son sujetos individuales los que actúan por las corporaciones”.⁵

Pues bien, lo que sucede es que la construcción dogmática realizada a la luz del ser humano concluye que no podría ser sino éste el que realmente tiene la capacidad de acción, por lo que la consagración de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas sustentado en su propia culpabilidad, y no en la de un sujeto individual dentro de la misma, sería *prima facie* absolutamente inviable. Sin embargo, como adelanta Zúñiga, dicha posición se sustenta en un análisis ontológico más que constructivista, normativo y funcionalista, atendiendo precisamente al estudio del “sujeto de derecho penal” *ser humano*. En ese sentido, esta autora señala que, “[d]esde concepciones ontológicas de la acción penal, fundadas en un injusto persona como infracción de la norma de determinación (entendida como voluntariedad), es importante salir del círculo vicioso que supone el razonamiento tautológico siguiente: la acción penal es un comportamiento humano final (voluntariedad), por tanto las personas jurídicas no son capaces de realizar una acción penal [...] pese a que en realidad constataremos

³ Szczaranski, Clara: *Un asunto criminal contemporáneo: rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*, 2010, p. 78.

⁴ Núñez, Elena: “La responsabilidad penal de la empresa”, *Revista de Estudios de Justicia* 10, 2008, p. 159.

⁵ Zúñiga, Laura: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2000, p. 227.

criminológicamente la incidencia de la criminalidad realizada por corporaciones”.⁶ Por lo tanto, lo importante aquí es determinar si es que efectivamente la acción –como categoría de la teoría del delito– constituye un problema determinante para la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión que, como ya se señaló, efectivamente –en un principio a lo menos– constituiría una cortapisa, pues su edificación dentro de la dogmática se ha sustentado exclusivamente en el análisis *ontológico* del ser humano, un ser con voluntad propia y una psiquis que le permite comprender el injusto y lograr precisamente la evitación de un resultado penalmente relevante.

Sin perjuicio de lo señalado, es fundamental realizar ciertas apreciaciones en torno al tópico de la acción dentro de la teoría del delito. En primer lugar, puede hacerse referencia a la real importancia que actualmente tiene “la acción” dentro de la teoría del delito. En efecto, en palabras de Zúñiga, “[h]oy en día las concepciones actuales no centran la discusión de la responsabilidad penal en el problema de la acción, pues este concepto ha resultado con poco rendimiento, para determinar qué es relevante penalmente [...] Las posturas teleológico-funcionalistas que hoy son dominantes, centra ese “punto de arranque” en el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, la cual está condicionada por los fines político-criminales de la norma penal, es de prevención y protección de bienes jurídicos [y es que] la acción penal ha dejado de ser el “punto de arranque” de la imputación penal, porque hoy en día es sumamente compleja, intervienen una serie de factores naturalísticos, fortuitos, antropológicos, biológicos, psíquicos en el actuar humano, por lo que no podría establecerse un sustrato común que responda a la realidad fenomenológica de la criminalidad actual”.⁷ Así las cosas, y desde este punto de vista, pareciera que la “acción” propiamente tal no sería tan relevante para poder determinar si es que es posible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Ejemplo de esa relativización de la importancia de la “capacidad de acción” para los efectos tratados en este trabajo, es el análisis del concepto social de la misma,⁸ que puede conceptualizarse como un “comportamiento exterior de impacto social, evitable en función de sus efectos razonablemente previsibles, lo que implica que el actor pudo determinarse (finalísticamente) a evitarlo y, por ello, le es imputable.

Desde este ángulo, centrado en la trascendencia activo, pasivo o negligente, se puede abarcar todo comportamiento activo, pasivo o negligente con sentido relevante para el Derecho englobando normativamente la acción, omisión y negligencia, pese a que sí existen diferenciadamente en el mundo real. Y es razonable que así sea, pues al Derecho no interesan las vías ni los efectos materiales mismos –causales o finales– del actuar, sino el impacto social de esos efectos”.⁹ Por otro lado, se ha acudido a la categoría de “autoría mediata” para

⁶ Zúñiga, Laura: *Bases...* (nota 5), p. 228.

⁷ Zúñiga, Laura: *Bases...* (nota 5), p. 228.

⁸ Szczeranski, Clara: *Un asunto...* (nota 3), p. 81.

⁹ *Ibid.*, p. 82.

poder solucionar las dificultades que la supuesta ausencia de acción de la persona jurídica produciría en la dogmática penal. En efecto, Silvina Bacigalupo sentencia que “el problema de la *acción* ha sido la cuestión que, probablemente, con mayor facilidad se ha logrado resolver. En esta línea y aplicando los principios en los que se fundamentan las reglas de la coautoría y la autoría mediata se ha afirmado la capacidad de acción de las personas jurídicas [cabría agregar en todo caso la acción de la persona jurídica atribuyéndole responsabilidad al “órgano” regente de la empresa, como un directorio por ejemplo].¹⁰ Y es que profundizando el problema de incapacidad de acción de las personas jurídicas, y siempre que se analice desde el punto de vista de un modelo de heterorresponsabilidad,¹¹ podría señalarse y concluirse que las acciones típicas son de la empresa, la que sería una autora mediata, y que ésta utilizaría personas naturales las que en definitiva realizarían la conducta penalmente sancionada. Desde esta misma premisa parte Szczeranski quien indica que, “[p]ara sostener la incapacidad de acción de las personas jurídicas, se hace presente que éstas deben actuar siempre por medio de otros, que son personas naturales. Este razonamiento cae ante el mismo derecho penal tradicional, familiarizado con el *autor mediato* que obra por medio de ejecutores materiales. El autor, como sabemos, no necesita, para ser tal, cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir del actuar de otro sin dejar por ello de ser autor en cuanto posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo [y] es natural que el autor, además de poder utilizar instrumentos materiales pueda servirse de las acciones de otras personas, como si fueran instrumentos suyos”.¹²

Desde esta perspectiva, entonces, la categoría dogmática de “acción” podría ser adecuada a la persona jurídica considerando que en definitiva es ella la que la realiza, aunque sea por medio de otros “instrumentos” siendo bastantes entonces los avances dogmáticos del Derecho penal tradicional. En definitiva, y tal como sentencia Bacigalupo, “[...] la capacidad de acción de la persona jurídica se ha reconocido, bien entendiendo que la acción de los órganos de la misma constituye en realidad una *acción propia de la persona* jurídica, o bien entendiendo, que, aunque la acción sólo puede ser propia del individuo que la ha realizado [...] una acción realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como acción propia de la misma”.¹³ Esta solución podría considerarse como suficiente para resolver cualquier conflicto relativo a la capacidad de acción de la persona jurídica, si no fuese problemático en primer lugar determinar de dónde surge en definitiva la voluntad originaria de la empresa (la del autor mediato),¹⁴ es decir, si

¹⁰ Bacigalupo, Silvina: *La Responsabilidad...* (nota 2), p. 150.

¹¹ Los modelos de heterorresponsabilidad –en oposición a los de autorresponsabilidad– que se profundizarán más adelante son aquellos en que se requiere de la intervención de una persona natural dentro de la organización empresarial para atribuir responsabilidad a la empresa.

¹² Szczeranski, Clara: *Un asunto...* (nota 3), p. 79.

¹³ Bacigalupo, Silvina: *La Responsabilidad...* (nota 2), p. 150.

¹⁴ Y es que continuar tratando de encasillar la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de los cánones del Derecho penal tradicional no lleva a la postre a ninguna solución. En efecto, se reitera aquí el problema reseñado en torno a que no pueden hacerse análisis dogmáticos partiendo

ésta emana de un órgano, de un gerente, subgerente, etc., y en segundo lugar, si es que pudiese desconocerse el mayor problema que emana de la criminalidad de la empresa, esto es, “la incapacidad para resolver [utilizando las categorías tradicionales del Derecho penal] los supuestos de comportamientos delictivos en los cuales intervienen muchos sujetos con conductas activas u omisivas, dolosa o culposas, con diferentes grados de intervención con distintos niveles funcionales de deberes, donde el delito no tiene una dimensión estática, sino dinámica, cambiante, con una fragmentación de las decisiones y los comportamientos”.¹⁵ Así, con los elementos expuestos es posible afirmar que si bien podría eventualmente construirse una *conducta* de la empresa bajo el paraguas de un modelo de atribución de heterorresponsabilidad, y soslayarse así el conflicto de la acción de la persona jurídica, lo cierto es que se caería en la misma dificultad con la que tradicionalmente se ha enfrentado la doctrina: que por las características de esta criminalidad (división del trabajo, decisiones parciales que en conjunto afectan bienes jurídicos protegidos penalmente, utilización de “sujetos fungibles”, fragmentarización de las decisiones) no es plausible utilizar las soluciones tradicionales como lo son la autoría mediata e incluso la teoría del dominio del hecho.

Establecida la crítica relativa a la visión ontológica y naturalística de la acción, la relativización de la importancia de la categoría dogmática de la conducta para los efectos aquí tratados y una eventual forma de soslayar el conflicto dogmático que produce este asunto en la responsabilidad penal de los entes colectivos, es posible ahora indicar el punto de partida que se debe tener para poder referirse a este tema desde una perspectiva más profunda. Desde ya parece correcto señalar que es fundamental evitar intentar encasillar la actuación “humana” como actuación de las personas jurídicas, lo que es consecuencia directa de concebir en primer lugar a dichos sujetos como sujetos de imputación penal, sin tener que recurrir a escabrosas construcciones dogmáticas sustentadas todas en la visión del ser humano como sujeto central de imputación. Por lo tanto, el primer paso para poder comprender la acción de la persona jurídica es adoptar a ésta como sujeto de imputabilidad penal. Y es que “[l]a acción es una categoría de la teoría de la imputación y la finalidad de la imputación depende de la finalidad de la pena: el restablecimiento de la vigencia de la norma. Por lo tanto, la imputación determina qué persona debe ser castigada para la estabilización de la vigencia de la norma. El resultado es: se debe castigar a aquel sujeto que se ha comportado antijurídica y culpablemente”.¹⁶ Lo interesante de esta concepción es que es la acción la que define al sujeto y no el sujeto el que define la acción, como se ha venido sosteniendo tradicionalmente, especialmente según las teorías causalistas y finalistas, por lo que es posible tener una definición de acción que prescindiera de los elementos volitivos propios del ser humano, ampliándose a un espectro que

de premisas subsumibles únicamente a sujetos que tienen las características del ser humano, como lo es la psique y la voluntad.

¹⁵ Zúñiga, Laura: *Bases...* (nota 5), p. 163.

¹⁶ Bacigalupo, Silvina: *La responsabilidad...* (nota 2), p. 152.

permita abarcar a sujetos tales como la empresa donde podría señalarse en que no existe una voluntad en sentido naturalístico. Así las cosas, es que Günther Jakobs define a la acción como la “*evitabilidad individual de la producción de un resultado*”.¹⁷ Ahora bien, lo especialmente importante en torno a esta definición y al análisis que realiza el profesor alemán Jakobs es que “[...] desde un punto de vista normativo, no es necesario que el sujeto de imputación tenga que estar siempre compuesto por un sistema de psique y cuerpo, es decir, de los mismos elementos de lo que se compone una persona física. El sistema de un sujeto de imputación también puede estar determinado por otros elementos como ser: el estatuto y los órganos de una persona jurídica”.¹⁸ Por lo tanto, analizado el problema de la acción desde esta perspectiva no es sólo posible la acción de un sujeto o persona física, sino que también la de un órgano que actúa conforme a los estatutos de una empresa, lo que a la postre permitiría fundamentar que el actuar de ese órgano es –en definitiva– el actuar de “la persona jurídica”. Esta interesante interpretación de Silvina Bacigalupo, que aparentemente permite que se hable de “acción de la empresa”, en realidad no es otra cosa que atribución de la acción del órgano a la de la empresa configurándose entonces un sistema de heterorresponsabilidad y no de responsabilidad *propriadamente de la empresa*, sistemas que se profundizarán más adelante en este trabajo. Sin perjuicio de lo señalado, cabe destacar que a pesar de que la solución de Bacigalupo aquí esbozada parecería ser parcial, sí permite partir de una base firme y clara: que se puede concebir a la persona jurídica como sujeto imputable de derecho penal y por lo tanto podría hablarse de una acción propia de la persona jurídica, prescindiendo –si se quisiese según el modelo de atribución que se adoptase, y como se tratará más adelante– de acciones atribuibles a órganos o personas que dirigen la empresa, y en cambio, atribuyéndola a la empresa misma.

b) El problema de la culpabilidad en la persona jurídica

La culpabilidad como concepto se puede entender desde dos puntos de vista distintos. Por un parte, nos enfrentamos al “principio de la culpabilidad”, el que puede concebirse –en pocas palabras– como aquel principio en virtud del cual ninguna persona es castigada penalmente a menos que se le pueda imputar una conducta típica, o en palabras de Bullemore y Mackinnon “[...] sólo debe ser castigado con pena criminal el autor de una conducta típica y antijurídica cuando ésta le pueda ser personalmente reprochada [...]”.¹⁹ En segundo lugar, y desde una perspectiva más sustancial, la culpabilidad se nos presenta como un elemento o categoría propia de la teoría del delito que comprende –tradicionalmente por su elaboración a partir de un sujeto físico– *conocimiento y voluntad*, o en palabras del mismo autor “[...] el culpable es aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción de ella”²⁰ o como “la posibilidad de comprender la norma y comportarse de

¹⁷ Bacigalupo, Silvina: *La responsabilidad...* (nota 2), p. 153.

¹⁸ *Ibid.*, p. 153.

¹⁹ Bullemore, Vivian y Mackinnon, John: *Curso de derecho penal, Tomo I*, 2007, p. 35.

²⁰ Bullemore, Vivian y Mackinnon, John: *Curso de derecho penal, Tomo II*, 2007, pp. 109-110.

acuerdo a la comprensión de la misma”,²¹ esto es, un reproche ético-social atribuible a un sujeto como consecuencia de su libertad de acción. Como es plausible apreciar, todas estas son características propias e intrínsecas a los seres humanos en su calidad de sujetos libres, que –adelantándose a lo que se tratará *infra* y como se presentó al hablar de la acción– no podrían existir en las empresas o entes colectivos, sino que únicamente en las personas que la integran, todo ello como consecuencia esencial de que el sujeto de estudio del derecho penal ha sido –precisamente– el ser humano.

Este principio y elemento implica entonces un rechazo a la culpabilidad objetiva en materia penal, toda vez que se entiende que una disciplina jurídica que afecta los derechos más fundamentales de las personas –como lo son la libertad e incluso la vida, en ciertos ordenamientos jurídicos– no puede significar castigar a un sujeto sin que éste haya intervenido libremente en el hecho típico y antijurídico, sea por medio de una acción o a lo menos por medio de una omisión, existiendo siempre un componente de subjetividad en la intervención del hecho típico a partir de la libertad de cada individuo. Así las cosas, no es preciso indagar con demasía para notar cómo es que los modelos de atribución de responsabilidad de la persona jurídica vulnerarían este principio y esta categoría de la teoría del delito. En efecto, si se hace responsable a la persona jurídica –entendiendo ésta como un ente distinto a las personas que por ella actúan– por conductas realizadas por directores, gerentes e incluso empleados, se estaría castigando a un sujeto –la persona jurídica– distinto al sujeto que “real o materialmente” intervino en la conducta típica, encontrándose entonces en este caso una “suerte” de responsabilidad penal objetiva que recae sobre la empresa a raíz del hecho punible realizado por una persona natural dentro de la organización empresarial.

Desde la perspectiva expuesta, tradicionalmente se ha buscado resolver dogmáticamente estos problemas relativos a la “culpabilidad” de la persona jurídica, ya sea de la culpabilidad como “principio”, ya sea de la culpabilidad como categoría de la teoría del delito.

Una primera vía que se ha tratado de delinear con el objeto de que la persona jurídica se haga responsable penalmente es considerar que la actuación de la persona natural constituye en realidad una intervención realizada “en nombre” de la persona jurídica o, más claramente, cometida por mandato de la persona jurídica, de la misma manera que actuarían un autor mediato (empresa/directivo) y uno inmediato (persona natural/subordinado). Es decir, en este caso nos estaríamos enfrentando a un problema de autoría mediata y no de atribución de responsabilidad penal propiamente tal, conflicto que aparentemente podría ser solucionable con los postulados tradicionales modernos que buscan resolver los diversos problemas que se presentan usualmente en la actividad delictiva organizada, esto es, principalmente la teoría del *dominio funcional del hecho*. Como

²¹ Bajo, Miguel y Bacigalupo, Silvina: “La responsabilidad penal en las personas jurídicas”, en del mismo, *Derecho Penal Económico*, 2010, p. 161.

bien señala Enrique Bacigalupo, en estos casos se puede tratar de un dominio de voluntad a través de un aparato de poder (Roxin) o del “autor detrás del autor” (Schroeder). En efecto, lo más usual es que “en estos casos, se atribuye el dominio del hecho al que, actuando por detrás, domina la voluntad del autor inmediato (totalmente responsable) a través de su dominio del aparato de poder, es decir: mediante su autoridad y su posibilidad de remplazarlo por otro, si el primero no quisiera cumplir sus órdenes (*fungibilidad del autor inmediato*), o [...] por abusar de su posición jerárquica superior, mediante órdenes antijurídicas (Schroeder)”.²² Como es posible desprender de estas aseveraciones, la empresa podría desde esta perspectiva concebirse como el llamado “aparato organizado de poder”, sin perjuicio de que la tesis que configuró esta posición no se haya creado para esta clase de organizaciones sino que particularmente para el Estado y, posteriormente, para organizaciones criminales o asociaciones ilícitas, todo con el objeto de lograr penar crímenes de guerra respecto al primero, y el crimen organizado en torno al segundo; así –en principio– no podría aplicarse a personas jurídicas “configuradas” conforme a la ley o lisa y llanamente “legítima”. Bajo este prisma, en el aparato organizado de poder, si es que consideramos a la empresa como tal, se podrían provocar dos clases de conductas originadas en su propio núcleo empresarial: a) una de naturaleza “activa” constituida por las órdenes o reglas propias de un órgano directriz dentro del seno empresarial, órdenes que estarían destinadas fundamentalmente a los subalternos de la organización empresarial y que “obligarían” a éstos a delinquir en cumplimiento de las mismas, o bien b) una omisiva constituida por la falta de conducción o de toma de medidas por parte de los órganos o sujetos directivos de la empresa, en relación a la evitación de conductas potencialmente delictivas de subordinados y demás agentes dentro de la persona jurídica; es precisamente este último mecanismo de actuación o conducta la de construcción dogmática más dificultosa y la más frecuente en la práctica.

Con todo, existen diversas cortapisas para la configuración de soluciones con las características reseñadas. En primer lugar, en cuanto a buscar en la teoría del autor mediano una solución a este problema, sería necesario lograr un nexo causal entre –al menos– un órgano societario con poderes de dirección²³ y la actuación de la persona natural, cuestión que en la práctica presenta variadas dificultades, las que precisamente han impulsado la construcción de una responsabilidad penal *de la empresa* de manera autónoma y que reniegue la configuración clásica del sujeto y la teoría del delito. Asimismo, y siguiendo en este sentido algunas críticas que cita Enrique Bacigalupo,²⁴ existe un obstáculo fundamental en la configuración de la gran empresa moderna, que podemos sintetizar como la “falta de una organización formal” de las mismas. En efecto, la organización empresarial moderna, especialmente de transnacionales y multinacionales, es distinta a la clásica organización empresarial donde era fácil

²² Bacigalupo, Enrique: *Compliance y derecho penal*, 2011, p. 45.

²³ Consideramos en este caso la teoría de que la persona jurídica, como ficción, sigue la voluntad de sus dueños o sujetos que la dirigen.

²⁴ Bacigalupo, Enrique: *Compliance...* (nota 22).

determinar un órgano de dirección y una subdivisión de las tareas a partir de una estructura piramidal en que ésta se encontraba claramente determinada. En cambio, hoy “la estructura de las grandes empresas modernas ya no tiene nada en común con la estructura piramidal visible del clásico modelo burocrático [en cambio] ha aparecido hace tiempo una moderna estructura organizativa de innumerables subsistemas empresariales que se corresponden con las numerosas actividades de la empresa, en diversos y complejos niveles de sistemas de coordinación y delegación”.²⁵ A partir de ello, el mismo autor concluye que “para el derecho penal [...] la complejidad de la estructura de delegaciones y ámbitos internos de responsabilidad diferenciados determina una reducción de la información y de la posibilidad de dirección efectiva de la cúpula de la organización”.²⁶ Y este fenómeno moderno es fundamental, pues es uno de los elementos base para explicar en su momento un modelo de atribución de responsabilidad penal sustentada en una culpabilidad propia de la persona jurídica, fundamentada desde el funcionamiento autopoietico de la empresa. En definitiva, existe desde esta perspectiva “funcional” la imposibilidad de responsabilizar “directamente” a un órgano o sujeto determinado dentro de la configuración empresarial, por las acciones producidas desde su seno, sea con el objeto de fundamentar una culpabilidad propia de la empresa o para justificar que existe un “autor detrás del autor” o, más concretamente, autoría mediata.

Existen, a su vez, otras cortapisas que son más bien de carácter práctico y que también conspiran contra la utilización de esta solución como método para resolver el problema de la culpabilidad. Por una parte, y en concordancia con lo recién expuesto, la ejecución del hecho delictivo se produce con el aporte de una serie de sujetos concatenados (varios autores inmediatos, desde esta perspectiva) que incluso llegan a actuar “automática o mecánicamente”, lo que produce que la responsabilidad se vaya “diluyendo” o “fraccionando” dentro de la organización empresarial, pues el aporte “personal” que los diversos sujetos realizan a la ejecución del hecho delictivo es muy insignificante para atribuir responsabilidad en forma única a cada uno de ellos, a pesar de que el resultado en su conjunto sea de una magnitud tal que vulnere o ponga en peligro la protección de bienes jurídicos. Por otro lado, una solución de esta naturaleza eliminaría de plano aquellos casos en que el órgano no tiene conocimiento inmediato de que se lleva a cabo un hecho delictivo desde la empresa, a pesar de existir incentivos indirectos a la realización de esas conductas o mera tolerancia a las mismas por parte de órganos o sujetos con facultades de dirección, escudándose en definitiva dichos directivos en la responsabilidad penal personal de los distintos sujetos que se encuentran dentro de la organización empresarial y que en general son considerados “prescindibles” o verdaderos “chivos expiatorios”. En otras palabras, por un lado no se obtendría el fin propio de cualquier sistema de castigo penal hacia las personas jurídicas, esto es, lograr sancionarlas a pesar de no poder identificar claramente al sujeto que intervino en el hecho punible –que en general son sujetos fungibles dentro de la

²⁵ *Ibid.*, p. 51.

²⁶ Bacigalupo, Enrique: *Compliance...* (nota 22), p. 51.

sociedad– y, por otro lado, habría conductas que prácticamente sería imposible imputarles a la persona jurídica como tal, pues la persona natural habría actuado sin que existiese propiamente una orden del superior o algún conocimiento del mismo dentro de la estructura societaria. Y aún si es que se lograra identificar al directivo que dio una orden o que llegó a un acuerdo, y a la persona que la ejecutó, no se ve cómo es que se debe condenar a la persona jurídica, al ente colectivo, como consecuencia de un hecho punible que se realiza entre dos personas físicas.²⁷

Otra vía o camino para afrontar el problema de la culpabilidad dentro de un modelo de responsabilidad de la empresa sin despegarse de los postulados clásicos de la teoría del delito, es concebir que en este caso estemos frente a una conducta delictiva en el contexto de la coautoría. En efecto, podría argumentarse que en realidad existen dos coautores: la persona jurídica como tal y la persona natural que actúa en su beneficio, y que ambos se concertarían con la finalidad de obtener un beneficio determinado. Cabe destacar que para poder aplicar esta interpretación sería fundamental admitir que debe existir objetiva y subjetivamente una intervención funcional entre los sujetos en el hecho típico, de manera que se pueda apreciar una suerte de división de trabajo, aportando ambos al resultado definitivo de la conducta delictiva. Desde esa perspectiva, es plausible señalar –al menos teóricamente– que si se comprende a la “empresa” como un ente cuya voluntad se configura por un órgano –como un directorio, por ejemplo– éste podría coludirse con un sujeto dentro de la misma organización empresarial con el objetivo de lograr el resultado típico, y por lo tanto bastaría aplicar los clásicos postulados de la coautoría para solucionar el problema de la responsabilidad penal de la empresa. Sin embargo, si bien teóricamente pudiese ser esta una solución plausible, lo cierto es que en la práctica es problemático.

En efecto, es poco probable que se dé una situación con estas características porque en la práctica entre la empresa y el “subordinado” no existe una relación de igualdad, sino más bien una de dependencia, teniendo como resultado que el camino de la coautoría sería muy poco plausible, no siendo capaz de comprender todos los casos a los que la responsabilidad penal de la empresa trata de abarcar. Asimismo, las trabas de un sistema penal y procesal penal garantista, como el nacional –y que el Derecho penal moderno correctamente impulsa–, hacen improbable conforme a los parámetros actuales de persecución individual, y en forma similar que en el caso de autoría mediata, construir y probar la conexión necesaria entre un directivo y una persona natural dentro de la empresa para obtener una sanción adecuada al injusto causado. En otras palabras, se hace muy difícil en la práctica forense lograr construir la relación entre los directivos de la empresa o incluso sólo uno de ellos, con el último eslabón de la cadena empresarial, ya sea porque dicha relación se pierde entre otros eslabones del vínculo organizacional, o bien porque pueden existir hipótesis en las que no

²⁷ Es quizás este el camino que sirvió de fundamento para consagrar en la doctrina española las “consecuencias accesorias” enumeradas en el art. 129 del Código Penal español de 1995, y que se discute en su fuero si es que constituyen penas, medidas de seguridad o medidas administrativas.

toda la cúpula de la empresa tuviese conocimiento de realizar un objetivo delictivo, lo que no haría posible atribuir esa voluntad delictiva a la empresa como conjunto (a pesar de que “prácticamente” sí lo fuese, por las diversas características detalladas en torno a la configuración de la empresa moderna).

La pregunta que uno debería realizarse entonces es ¿cuál es el aporte de las teorías funcionalistas a este conflicto de la imposibilidad de culpabilidad de la empresa? En palabras de Silvina Bacigalupo, “[l]a perspectiva cambia, sin embargo, si la culpabilidad no es determinada como presupuesto de “reproche” –ya sea ético o social– sino si es considerada bajo aspectos netamente funcionales relacionados con la teoría de la pena [específicamente en aspectos de prevención]”.²⁸ Como recalca Miguel Bajo, la tesis de Bacigalupo apunta a “[un] cambio de paradigma en la concepción del sujeto [basándolo] en la aceptación de la *teoría de sistemas* de Luhmann, pues ésta permite una descripción del sistema jurídico basada en la distinción entre *sistemas sociales* y *sistemas psíquicos*, dando lugar de esa manera a una descripción del sistema jurídico en el que el punto de partida no sea precisamente el modelo de un sujeto individual autoconsciente”.²⁹ La importancia de las tesis funcionalistas en torno a esta refundación del modelo de sujeto de derecho penal es que éstas –y particularmente la expuesta por Günther Jakobs– permitirían integrar la mencionada teoría de los sistemas al modelo de sujeto de derecho penal en el sentido ahí descrito, esto es, distinguir sistemas sociales (personas jurídicas) de sistemas psíquicos (seres humanos), y encuadrar a ambos como verdaderos *sujetos* de derecho penal.

Dicho esto, es plausible referirse concretamente a la capacidad o incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, análisis que se realiza bajo la perspectiva del modelo funcionalista de Jakobs que revisaremos muy someramente.

Según señala este autor, debe existir una directa relación entre la finalidad de la pena y la culpabilidad. En esa relación “la pena siempre supone la reacción frente al quebrantamiento de una norma. Esta reacción demuestra en todos los casos que se debe respetar la norma quebrantada. Y esta reacción se manifiesta siempre a costa del competente del quebrantamiento de la norma”.³⁰ Desde esta perspectiva, los elementos de la teoría del delito se edifican normativamente a partir de esta visión de la pena y en función de lo que determine una sociedad específica, siempre bajo la perspectiva de que la finalidad del derecho penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma. Como señala Bacigalupo, “[n]o se trata de cuestiones que responden a un curso causal natural, ni biológico, ni mucho menos psicológico. En realidad, dice Jakobs, la medida en la que se deben considerar cuestiones objetivas (es decir, la estructura externa del hecho, el resultado) o subjetivas (la constitución subjetiva del autor) del quebrantamiento de

²⁸ Bacigalupo, Silvina: *La responsabilidad...* (nota 2), p. 193.

²⁹ Bajo, Miguel y Bacigalupo, Silvina: “La responsabilidad...” (nota 21), p. 35.

³⁰ Bacigalupo, Silvina: *La responsabilidad...* (nota 2), p. 201.

la norma depende de la *configuración de la sociedad*.³¹ Este modelo denominado de prevención general positiva “se trata de *prevención general* porque se dirige a producir efectos sobre todos los sujetos y es *positiva* porque ese efecto no consiste en la intimidación, sino en la confianza que se transmite a la sociedad reafirmando la vigencia de la norma vulnerada mediante la imposición de una pena”.³² Y esta determinación es fundamental, porque, a diferencia de lo que proponen autores como Claus Roxin, el sistema no tiene como finalidad la prevención general negativa que busca, por una parte, “intimidar” a futuros delincuentes y, por otra, “rehabilitar” a los mismos –ambas cargadas de un fuerte elemento psíquico o volitivo, imposible en la persona jurídica–, sino que propone un modelo que prescinde de esos elementos naturalísticos y psicológicos, centrándose únicamente –y como consideramos fundamental para la construcción de la responsabilidad penal de la empresa– en cuestiones puramente normativas. Ello, sin embargo, no significa prescindir de características subjetivas, como lo es la utilidad de la pena en la rehabilitación de un delincuente o la incidencia de la misma en el actuar de una conducta antisocial, pero creemos que dichos análisis y estudios no deben determinar e influir las categorías dogmáticas determinándolas de tal forma que la *contaminen* de esas características naturalísticas, estadísticas o psicológicas.

Así las cosas, desde la perspectiva aquí planteada la teoría del delito y sus categorías dogmáticas comienzan a alejarse de elementos naturalísticos que –como se adelantó partiendo precisamente de la tesis de Silvina Bacigalupo– conspiran contra la construcción de un modelo basado y sustentado en la culpabilidad propia de las personas jurídicas.

Liberado de todos estos elementos subjetivos, ¿quién es entonces el sujeto de derecho penal desde esta perspectiva? Al iniciar el análisis desde la sociedad y no desde el individuo, el sujeto de derecho penal pasa a ser una “persona”, que no es otra que un ser con capacidad de interferir y afectar en el mundo exterior, en la sociedad, por medio de verdaderas comunicaciones determinadas dentro de un sistema social también determinado. Pero este sujeto se caracteriza especialmente por ser portador de derechos y deberes, y especialmente de un *deber de actuar conforme a derecho*. En definitiva, dicho sujeto se puede manifestar esencialmente de dos formas dentro de su entorno: cumpliendo con su deber comunicándose en consecuencia conforme a derecho, o no cumpliendo con lo esperado de él, esto es, comunicándose en forma “falsa” o contra del ordenamiento jurídico. Pero que un sujeto se comunique de conformidad al derecho, lo que en principio se espera o confía de toda “persona” (un ser comunicativo dentro del sistema social y portador de derechos y deberes) sólo puede lograrse por medio de una “autoorganización normativa”, consistente en que cada sujeto se estructure de manera de comunicarse en la sociedad dentro de parámetros preestablecidos funcionalmente por el mismo ordenamiento jurídico. Tales parámetros están delimitados por el riesgo penalmente permitido, riesgo que, precisamente, es

³¹ *Ibid.* (el destacado es nuestro).

³² Bacigalupo, Silvina: *La responsabilidad...* (nota 2), p. 204.

prestablecido por la norma jurídico-penal. Por ende, las normas se ven vulneradas cuando falla la autoorganización (cuando se aumenta el riesgo penalmente permitido), lo que se manifiesta por medio de una comunicación falsa, que no es otra cosa que un comportamiento objetivamente defectuoso realizado por un sujeto que no ha actuado conforme al rol general que cada persona tiene dentro del sistema social y que es, simplemente, el de ser un ciudadano fiel al derecho.³³

Así las cosas, y como concluye Silvina Bacigalupo en relación a la idea de sujeto, “[l]a concepción de Jakobs sobre la función del derecho penal determina entonces una nueva visión del *sujeto* del Derecho penal cuyo modelo ya no es exclusivamente el individuo y sus facultades personales”.³⁴ Dicho de otra manera, al tener como punto de partida un sujeto distinto al del análisis antropológico del ser humano, y sin consideración de elementos intrínsecos como su psiquis, su voluntad o su expresión externa por medio de “actos”, el sujeto de Derecho penal puede ser ampliado y puede cobijar a la persona jurídica. En consecuencia, nos encontraríamos aquí frente a un sujeto portador (inherentemente) de derechos y deberes, que se comunica dentro de su competencia en la sociedad y que goza de capacidad para autoorganizarse según su rol en la sociedad: se trata de un sujeto que no se encuentra determinado antológicamente, sino que es resultado de una construcción funcional determinada, atendiendo a los avances y necesidades de una sociedad también determinada.

Comprendida en primer lugar la visión tradicional de culpabilidad, revisada en segundo lugar muy someramente la teoría funcionalista de Günther Jakobs y, determinado finalmente el sujeto de Derecho penal, corresponde a continuación especificar el concepto de culpabilidad a la luz de lo expuesto. Como ya es posible apreciar, desde esta perspectiva la culpabilidad no dice relación con el libre albedrío –como en las concepciones sustentadas en el reproche–, sino que “es un concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena) para una sociedad de estructura determinada”.³⁵ Es, por tanto, un concepto eminentemente normativo. No se trata acá de análisis naturalísticos en torno a la intención o no intención del autor, esto es, de una versión psicológica de la culpabilidad, sino que se trata del acaecimiento y la existencia de una comunicación contraria a Derecho, cuando dicha comunicación pudo haber sido distinta, esto es, pudiendo haberse realizado una comunicación conforme a derecho. Ahora bien, esta versión de culpabilidad se encuentra profundamente determinada por la autorresponsabilidad, concepto construido normativamente (no ontológicamente) y que atiende al elegir un actuar fiel al derecho, determinada –de nuevo– normativamente. En palabras de Clara Szczeranski, “[e]l poder de optar por una alternativa respetuosa de la ley es una construcción normativa; se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha no haberla utilizado. Se requiere sí, como ya señalaba, libertad de

³³ *Ibíd.*, p. 207.

³⁴ *Ibíd.*, p. 220.

³⁵ Szczeranski, Clara: *Un asunto...* (nota 3), p. 86.

autodeterminación, sin intromisión de otras personas, no en el sentido del libre albedrío, sino en el de “falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización”.³⁶ Así las cosas, la culpabilidad definida por Jakobs es “la demostración de la falta de fidelidad al Derecho por parte del autor”,³⁷ demostración de la que es fuente la libertad del sujeto de Derecho penal –libertad distinta a la libertad de voluntad–, siendo aquélla una libertad de autoorganización, esto es, libertad de conducir el ámbito de la propia organización para cumplir con el rol de sujeto fiel al Derecho.³⁸ Concretamente, un sujeto será culpable cada vez que realice una comunicación exterior en su entorno y que dicha comunicación atente contra la vigencia de la norma (sea una comunicación falsa), vulnerándose así la norma jurídico-penal, cuestión que como hemos señalado podría determinarse como el aumento del riesgo permitido a consecuencia de una falta de autoorganización acorde al rol de sujeto fiel al Derecho. Ahora bien, ese rol carece de toda subjetividad y en cambio se encuentra determinado normativamente en función del sistema social. Como sintetiza Bacigalupo a propósito de la culpabilidad según Jakobs, “[s]e puede concluir así que el Derecho penal no tiene lugar en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas –no sujetos individualmente considerados– y sus condiciones no las determina un sentimiento individual, sino la sociedad... el concepto funcional de culpabilidad es por necesidad *descriptivo* en la medida que la sociedad se encuentra determinada”.³⁹

Con todos estos antecedentes, creemos entonces que el escollo inicial en cuanto a rechazar la responsabilidad de las personas jurídicas sustentado en que la culpabilidad presupone un libre albedrío por parte de una persona, dotada además de voluntad “psicológica”, puede encontrarse superado en una primera etapa, al menos desde la perspectiva aquí descrita. Y es que, como se ha venido tratando, una definición normativa (descriptiva) de la sociedad y el sujeto, y no ontológica, permite incluir dentro del concepto de sujeto de Derecho penal a la persona jurídica y no sólo a las personas físicas. En efecto, en la sociedad actual no es desconocido que se hable de “empresas” como sujetos que contratan, incumplen, se querellan o, directamente, delinquen. Con ello queda claro que las personas jurídicas son verdaderos sujetos activos dentro del ámbito jurídico-penal, y por lo tanto esta ciencia debe hacerse cargo de las comunicaciones defectuosas o falsas realizadas por esos entes, pues vulneran la vigencia de la norma, lo que atenta con lo que es, según vimos, la finalidad última del sistema penal.⁴⁰

³⁶ *Ibid.*, p. 87.

³⁷ Bacigalupo, Silvina: *La responsabilidad...* (nota 2), p. 208.

³⁸ *Ibid.*, p. 209.

³⁹ *Ibid.*, p. 210.

⁴⁰ No se revisará aquí la culpabilidad misma de la persona jurídica, sino al examinar los modelos de atribución de responsabilidad.

c) La imposibilidad de pena en la persona jurídica

La tercera gran crítica que tradicionalmente se hace en doctrina a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que dichos entes no serían sujetos susceptibles de la imposición de una sanción de carácter penal. Esta crítica, al igual que la relativa a la capacidad de acción y de culpabilidad, se ha realizado fundamentalmente a raíz de los elementos psicológicos que se le atribuyen a la pena dentro de la teoría del delito. En efecto, desde fines del año 70⁴¹ la responsabilidad penal de las personas jurídicas se tornó compleja, pues desde entonces la doctrina de la época comenzó a atribuir una relación directa a la pena entre ésta y la voluntad del sujeto de Derecho penal, ya sea entregándole a la pena una función intimidatoria, una función de prevención especial o simplemente de castigo por una conducta antijurídica.⁴² En todos estos casos existe como punto de partida una formación de la teoría de la pena sustentada en una idea de sujeto determinado (ser humano) y especialmente caracterizada por un elemento psicológico del sujeto que sufrirá la pena, sea desde la perspectiva de la intimidación, sea desde la perspectiva del reproche o del castigo. Bajo esa misma óptica, y según señala Enrique Bacigalupo, “también la teoría de la prevención general, entendida como coacción psicológica, defendida por Feuerbach en Alemania y por Romagnosi en Italia, la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es problemática, pero necesaria, porque también esta teoría conlleva, en la definición de la esencia de la pena, la definición del sujeto del derecho penal [que no es otro que el ser humano]”.⁴³ Incluso más actualmente, si habláramos del fin de la pena como prevención general negativa –amenaza de sanción a toda la sociedad– o como prevención especial –pena como remedio “personal” a la desviación criminal– tendríamos necesariamente que concluir que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de la aplicación de penas por parte del Estado. En definitiva, bajo estos postulados, al igual como sucede con la culpabilidad, no es posible que la pena sea aplicable a una persona jurídica por el reiterativo e insoslayable problema de la voluntad como elemento psicológico.

¿Cómo solucionamos entonces esta cortapisa para la correcta atribución de responsabilidad penal en las personas jurídicas? Una primera respuesta que se podría dar frente a esta disyuntiva es precisamente tratar de “equiparar” los fines de la pena pensados para sujetos con psique a las personas jurídicas que carecen de la misma. La solución sería aplicar la prevención general negativa y la prevención especial a los únicos sujetos con psique que podrían “atribuirle” responsabilidad penal a la empresa, esto es, a administradores u órganos de conducción de una sociedad. Así, con respecto a la prevención general habría que afirmar que la pena cumple con esta finalidad, toda vez que en la práctica se estaría intimidando o amenazando con la sanción penal a los sujetos que actúan “por” la persona jurídica, de la misma manera que se hace con los sujetos físicos que delinquen

⁴¹ Bacigalupo, Enrique: *Compliance...* (nota 22), p. 81.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

“para sí”, pero en este caso siendo la sociedad la castigada penalmente. Esta solución tiene una clara circularidad, pues no resuelve el problema sino que vuelve a su punto de partida, esto es, si la acción de ciertas y determinadas personas de la empresa permite *prima facie* atribuir responsabilidad a la empresa o si debe configurarse una culpabilidad propia de la empresa no sustentada en la psique de determinados sujetos. Con ello, la cortapisa esencial en este caso radica, en palabras de Enrique Bacigalupo, en que “si toda ilicitud tiene su causa en el impulso psicológico del autor y este impulso puede ser neutralizado a través de la amenaza penal, que como mal impide satisfacer el deseo del sujeto, es claro que este sujeto sólo podrá ser “un individuo, pero jamás una persona moral (sociedad, universitas, collegium)”⁴⁴ Por otro lado, y en relación a la prevención especial, habría que llegar a conclusiones similares pues, si el fin de la pena es, en esta teoría, la reinserción social o la rehabilitación del delincuente, y se excluye que la persona jurídica goce de una voluntad en el sentido psicológico propio de las personas naturales, sólo cabría esperar que estos efectos rehabilitadores se produjeran en las personas que actúan en nombre o por la empresa, de la misma manera que en el caso de la prevención general negativa. En efecto, “inclusive en las formulaciones más modernas de la *scuola positiva italiana* las penas presuponen una persona física [.] pues si la pena tiene la finalidad de adaptar coactivamente al autor a la sociedad por medio de la ejecución, en primera línea de la pena privativa de la libertad es evidente que esa finalidad de “*selección artificial*”, para decirlo con las palabras de F. v. Liszt, sólo puede ser alcanzada en relación a una persona individual”⁴⁵ De esta manera, el único camino para aplicar una sanción penal a las empresas, a la luz de estos fines de la pena, es tener como sujeto final y pasivo de la misma a determinadas personas naturales dentro de la organización empresarial, decisión que como ya hemos determinado no consagra una verdadera responsabilidad sustentada en la persona jurídica, sino que simplemente canaliza el problema a las personas físicas que la integran.

En definitiva, esta no es sino otra manifestación del problema tratado precedentemente en relación al sujeto de Derecho penal al que nos enfrentamos. Tal como se discutió, hoy en día el sujeto de Derecho penal como núcleo generador de riesgos que afectan bienes jurídicos protegidos por la ley penal no está limitado a las personas naturales, pues el avance económico moderno y la historia reciente han demostrado que las empresas o corporaciones son tan o aún más riesgosas que los sujetos individualmente considerados, no por tratarse de un grupo o conjunto de personas unidas para la realización de un fin y objetivo común, sino que por ser verdaderos entes autónomos que actúan e intervienen como tales dentro del entorno social generando riesgos que afectan a bienes jurídicos penalmente protegidos, por lo que deben ser sujetos objeto de sanciones penales. Bajo esa premisa es que teorías de la pena que se originen desde una perspectiva centrada únicamente en sujetos físicos están destinadas a fracasar en el objetivo de obtener un idóneo resguardo de los bienes jurídicos a los riesgos

⁴⁴ Bacigalupo, Enrique: *Compliance...* (nota 22), p. 82.

⁴⁵ *Ibid.*

existentes dentro de la sociedad moderna. Y es por eso que una teoría funcionalista que tenga como objetivo y finalidad última de la pena la prevención general negativa y la prevención especial no son suficientes para comprender dentro de sus respectivas categorías dogmáticas –como la pena en este caso– a las personas jurídicas.

Por esas razones, al igual que al tratar la culpabilidad, necesitamos revisar muy brevemente los postulados de una teoría de la pena que permita adecuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a categorías de la teoría del delito. Con ese objeto es que nuevamente nos referimos a la prevención general positiva como teoría que permite aplicar una pena a los entes colectivos. En efecto, según Jakobs, la pena tiene por objetivo el restablecimiento de la vigencia de una norma (del ordenamiento jurídico). Bajo ese prisma, “la infracción de la norma representa un conflicto penalmente relevante no por sus consecuencias externas y materiales, ya que, como se dijo, el derecho no puede reparar esas consecuencias, sino que es relevante porque implica falta de fidelidad a la norma (y al sistema de organización)”.⁴⁶ No se trata de que la pena tenga como finalidad amedrentar o rehabilitar al sujeto, o producir cualquier efecto psicológico sobre el mismo, o una repercusión en las consecuencias externas del ilícito, sino que se trata, en cambio, de una finalidad puramente objetiva y funcional al sistema social consistente en reafirmar la vigencia de la norma y servir de orientación a las comunicaciones sociales que se producen entre los diversos sujetos de derecho penal.

En ese sentido, hoy es posible descartar el carácter retribucionista de la pena, fundamentalmente por la incoherencia que implica concebirla como una retribución por un mal causado; sólo se trataría de crear un mal a consecuencia de otro mal, lo que a todas luces carece de todo sentido. En cambio, compartimos con Szczeranski⁴⁷ que la pena se erige más bien como un significado –el restablecimiento de la vigencia de la norma, esto es, el imperio del Derecho– más que como un efecto externo determinado en el espacio, por lo que “no se divisa la razón [de] por qué la pena no habría de ser aplicable frente a las personas jurídicas, lejana como la entendemos del dolor *escarmentador* al que se ha pretendido reducir a veces la finalidad de la pena, perdiendo de vista su rol reafirmador del deber jurídico, protector de la orientación social garantizada”.⁴⁸ Dicho de otro modo, la pena pasa a ser una manifestación de un rechazo a la falta de fidelidad a la norma penal que efectúa un sujeto de Derecho y, entendiendo que el sujeto de Derecho penal abarca no sólo a personas físicas sino que también jurídicas, no habría desde ese punto de vista una imposibilidad dogmática de aplicarles a las empresas una sanción “propia de la pena”. Así las cosas, no aplicarle penas a personas jurídicas pasaría de ser de una “imposibilidad dogmática” a un verdadero vacío normativo, pues situaciones o comunicaciones penalmente relevantes realizadas por la empresa estarían quedando olvidadas y omitidas por la normativa penal, cuando en

⁴⁶ Szczeranski, Clara: *Un asunto...* (nota 3), p. 103.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

realidad ésta debería precisamente abarcarlas para permitir el correcto y armonioso desarrollo de la sociedad toda. En definitiva, desde esa perspectiva, no sancionar a las personas jurídicas afectaría precisamente la finalidad de la norma, pues el Estado en el ámbito penal no estaría en búsqueda del restablecimiento de la vigencia de la norma, no haría –en definitiva– valer su poder de imperio dentro de la organización social.

3. Modelos de atribución de responsabilidad penal

a) Sistema vicarial (heterorresponsabilidad)

El sistema vicarial de atribución de responsabilidad se destaca esencialmente por atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica por la realización de uno o más delitos por parte de una persona natural dentro de la organización empresarial, basado en ciertos criterios de conexión que pueden variar de sistema a sistema, pero que ordinariamente se trata del grado de responsabilidad que dicha persona natural tiene dentro del ente societario. Como señala Elena Núñez, este sistema es propio de “[...] los países con una tradición jurídica sustentada en el *common law*, en los que se permite fundamentar la responsabilidad penal sobre la base de la simple realización o producción de determinadas conductas peligrosas, como son los casos de responsabilidad sin culpa, no tienen demasiadas dificultades a la hora de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas”.⁴⁹ Continúa esta autora que en este sistema “[...] una sociedad puede ser condenada por un delito si la comisión del mismo fue autorizada, solicitada, ordenada o ejecutada por los directivos o por un alto gerente que actúe en representación de la sociedad y dentro de su cargo, previéndose penas de multa e inhabilitación”.⁵⁰ Asimismo, tal como cita el autor Edward B. Diskant –aunque contrario a su propia tesis– en “*The Yale Law Journal*”, la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas en EE.UU. radicaría en que siempre se ha reconocido la ficción de la misma en oposición a la realidad de las personas naturales que la componen: “*Some have argued that the American system grew out of the common law tradition, one that historically embraced the legal fiction –prevalent in corporate law– of the business entity as a separate being*”.⁵¹ Así, este sistema se destaca por la transferencia de culpabilidad de la persona natural hacia la persona jurídica,⁵² que sólo es comprensible a la luz de la

⁴⁹Núñez, Elena: “Seminario internacional. Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2008, p. 161.

⁵⁰*Ibíd.*

⁵¹ Diskant, Edward B: “Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure”, *The Yale Law Journal*, 2008, p. 129.

⁵² Hay autores que descartan el uso de la palabra “transferencia” o “transmisión”. Tal es el caso de Héctor Hernández quien señala que si bien en el sistema de responsabilidad derivada (o sistema vicarial) se hace recaer sobre la persona jurídica responsabilidad por el hecho delictivo realizado por una persona natural, ello no implica que “[...] la persona natural quede liberada de responsabilidad, como debería ser si se aplicara coherentemente la idea de representación que subyace al modelo. Por esta razón se evita aquí hablar de “transferencia” o “transposición de responsabilidad, como a veces se hace, giros que pueden sugerir ese efecto que es ajeno al modelo.” (pie de página en

teoría de la ficción de las mismas, toda vez que se entiende que son personas en representación de ese ente moral las que actúan en su nombre, descartando la existencia de voluntad –y por tanto culpabilidad propia– de la persona moral.

Con todo, este sistema de heteroresponsabilidad (responsabilidad del agente y responsabilidad de la persona jurídica) reconoce variables, entre las cuales podemos citar especialmente dos casos emblemáticos: el sistema seguido en EE.UU. y el modelo adoptado en Inglaterra.

En el primer país, y en palabras de Adán Nieto, la culpabilidad de la empresa se produce bajo tres condiciones: “la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa, y con el fin de beneficiarla”,⁵³ esto es, cumpliéndose tres requisitos copulativos que consisten en: a) realización del hecho típico por un agente determinado dentro de la empresa (que en la mayoría de los casos será una persona con cierto control en la sociedad o que se encuentra en directa dependencia de aquella); b) que ese hecho típico se haya realizado en directa relación con el giro de la empresa o ente societario, es decir, que el hecho no sea ajeno a los fines de la empresa como si –por ejemplo– el presidente de un directorio asesina a un hijo, lo que es distinto a que por la mala fabricación de un producto mueran un número determinado de personas, y c) que el hecho típico se haya realizado con el fin de beneficiar a la empresa y no –como podría suceder– a la persona que lo realizó. A mayor abundamiento, fue a partir del caso *New York Cent. & Hudson River (R.R. v. U.S., 212 U.S. 481, 495 de 1909)* en que el Tribunal Supremo de ese país amplió el margen para responsabilizar a las personas jurídicas por los hechos cometidos por una persona natural dentro de la empresa en los siguientes términos: “*Anything done or omitted to be done by a corporation [...] which, if done or omitted to be done by any director or officer thereof, or any receiver, trustee, lessee, agent or person acting for or employed by such corporation [...] shall also be held to be a misdemeanor committed by such corporation, and upon conviction thereof it shall be subject to like penalties [...]*”.⁵⁴ De este fallo se pueden destacar dos elementos esenciales que permiten precisar aún más el alcance de esta clase de responsabilidad en el derecho anglosajón estadounidense: por un lado, el espectro de responsabilidad en este sistema se amplía profusamente al punto de que no sólo la realización de delitos por parte de directivos o gerentes produce la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que también la comisión de ilícitos por personas contratadas por la

Hernández, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, Volumen 5, N° 9. p. 216.). A mí me parece que es posible utilizar las palabras en cuestión, toda vez que lo que se trata de graficar es el modelo a la luz de la teoría seguida por nuestro sistema jurídico que es el continental-europeo, por lo que con las advertencias indicadas no se tiene por qué caer en equivocaciones del lenguaje.

⁵³ Nieto, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal* (resumen de su monografía “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”. Iustel, Madrid, 2008 realizado por el mismo autor). Obtenido en www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf. p. 8.

⁵⁴ Vervaele, John: “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*, 2ª Época, N° 1, 1998. pp. 156-157. (el destacado es nuestro).

entidad acarrea esta clase de responsabilidad, y por otro, las conductas agrupan tanto hechos positivos como omisiones, siendo entonces un campo de aplicación muchísimo más amplio, obligando a las empresas a tomar medidas de fiscalización interna que busquen evitar la comisión de delitos (planes de *compliance*).

Desde otra óptica, pero también dentro del sistema vicarial y en el ámbito del *common law*, es posible identificar un modelo que apunta directamente a la actuación de un “directivo de la empresa” u “órgano empresarial”, más que a cualquier agente que se encuentre dentro de la estructura societaria; este es el camino seguido por Inglaterra. Este sistema, que Nieto señala como “teoría de la identificación”, consiste en que el hecho punible haya sido realizado, omitido o ignorado –conociendo de su existencia– por un ente superior que tenga ciertas facultades de administración dentro de la sociedad. Según ese auto, esta teoría “[...] exige para la imputación que el comportamiento haya sido cometido por un superior, y no cualquier agente de la entidad [como el sistema de EE.UU.] [...] se conforman con que el superior haya autorizado, tolerado o consentido la comisión del hecho delictivo o incluso en las versiones más laxas de la teoría de la identificación basta con que la infracción haya sido realizada como consecuencia de un ejercicio defectuoso de sus facultades de vigilancia y control”.⁵⁵ En atención a diferencias que pudiesen existir entre este y el modelo estadounidense, Edward B. Diskant destaca que, aun siendo de la misma tradición jurídica, el reconocimiento estadounidense a la responsabilidad penal de la corporación es “agresivo” y muy distinto al de Inglaterra: “*Similarly, while it is certainly true that American law developed out of the common law tradition, one that has never embraced societates delinquere non potest, the United States has embraced a far more aggressive and far-reaching form of corporate criminal liability than any other common law country, most notably England. Indeed, corporations today routinely take refuge from the harsh American regulatory system by listing themselves, not in a Continental law market, but on the London Stock Exchange*”.⁵⁶ En concreto, este modelo centra la atención de la ejecución de delitos en agentes con ciertos poderes de control en la empresa y no en un eslabón más bajo como sería el caso de sus trabajadores –como sí sucede en la posición estadounidense–, ya sea que los delitos sean consecuencia de políticas generales adoptadas dentro de ésta o como de medidas específicas decretadas desde su seno y que pudiesen afectar bienes jurídicos protegidos penalmente.

Asimismo, Elena Núñez también remarca las características de los modelos de heterorresponsabilidad, como lo es el vicarial. Señala esta autora que “[estos sistemas, aunque desde una perspectiva más bien propia del sistema continental europeo] consideran que, si bien las personas jurídicas no pueden actuar ni ser consideradas culpables de posibles actuaciones delictivas, sí podrán bajo determinadas condiciones ser sujetos de imputación de las responsabilidades penales que se pudiesen derivar de las acciones que hayan realizado sus

⁵⁵ Nieto, Adán: *La responsabilidad...* (nota 53), p. 8.

⁵⁶ Diskant, Edward B: *Comparative...* (nota 51), p. 130.

representantes o subordinados”.⁵⁷ Dicho de otra manera, y siguiendo esa línea argumental, creemos que se podría construir “normativamente” un modelo vicarial que permita atribuir responsabilidad penal a una empresa –más particularmente a un órgano de dirección, similar al caso británico– por medio del establecimiento de ciertos deberes normativos también propios de esos órganos de dirección y cuya infracción implique la atribución de responsabilidad de los mismos, al menos en los casos en que la empresa no desarrolle una complejidad tal que implique tratar un verdadero modelo de autorresponsabilidad.

b) Sistema o teoría mixta de atribución de responsabilidad (heterorresponsabilidad atenuada)

Como su nombre lo señala, esta clase de modelos se caracterizan por alcanzar soluciones intermedias que permiten conciliar, por un lado, la culpabilidad de la empresa y concebir a ésta como sujeto activo del delito, y, por otro, la responsabilidad individual de la persona natural que interviene directamente en un hecho delictivo. En realidad, los modelos mixtos “en rigor no [son] más que una variante más o menos morigerada de las consagraciones históricas emblemáticas del modelo de responsabilidad derivada, en el sentido de no satisfacerse –al contrario de dichos casos emblemáticos, de marcada tendencia hacia la responsabilidad objetiva– con una conexión meramente formal entre la entidad y la persona natural responsable y exigir, en cambio, algún tipo de “aporte” propiamente organizacional al delito”.⁵⁸ Según Héctor Hernández, estos modelos no serían más que versiones “atenuadas” o “más estructuradas” que el de la pura responsabilidad vicarial, toda vez que la culpabilidad tiene como agregado alguna clase de atribución relacionada con la organización empresarial misma y su desempeño funcional, y no únicamente por la realización de un ilícito por una persona natural dentro de la estructura empresarial, como en la *strict liability*. Nos parece posible considerar la hipótesis en un sentido opuesto, esto es, atendiendo en un principio a modelos de culpabilidad propia de la empresa que son atenuados a través, por un lado, de la importancia que se atribuya a la intervención de la persona natural y, por otro, al rechazo que existe en algunos estamentos de la doctrina en torno a que pueda existir una “verdadera” culpabilidad de la empresa completamente distinta y paralela a la del sujeto y persona natural. Así las cosas, y en términos amplios, se podría dar como ejemplo de modelo mixto aquel en que, si bien la responsabilidad de la empresa *se gatilla* como consecuencia de un actuar ilícito por parte de una persona física dentro de la organización empresarial, la responsabilidad de la empresa no dependerá única y directamente de la del sujeto individual, sino que será necesario que existan ciertos factores acotados de relación entre la persona jurídica y natural, además de algún “defecto organizativo”, teniendo siempre presente que en el ilícito de la empresa y el de la persona natural se trata de dos injustos distintos, demostrándose entonces que este modelo se

⁵⁷ Núñez, Elena: *Seminario...* (nota 49), p. 162.

⁵⁸ Hernández, Héctor: “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, Volumen 5, N° 9, p. 217.

diferencia al de la heterorresponsabilidad estricta.⁵⁹ Lo cierto es que como todo sistema mixto puede acercarse a uno u otro modelo y finalmente su individualización como uno mixto es en realidad dependiente del punto de partida de cada autor, es decir, de si se parte de una culpabilidad propiamente personal o se parte de una culpabilidad propia de la empresa. Por tanto, es posible afirmar que los sistemas mixtos de responsabilidad penal de las personas jurídicas se caracterizan esencialmente por contener elementos de ambos modelos de atribución de responsabilidad. En la práctica ello se traducirá en un sistema que estará constituido –al menos– con los siguientes elementos: a) la comisión de un delito por un sujeto integrante de la persona jurídica pero que sea parte de una determinada clase de empleados de la empresa, esto es, principalmente órganos de dirección y algunos dependientes directos de aquéllos; b) que ese ilícito sea cometido en interés de la persona jurídica y, finalmente, c) que ese delito cometido por la persona natural sea consecuencia de una orden de superiores o al menos haya sido “tolerado” o indirectamente impulsado por los órganos directos de la empresa, o que se haya podido cometer como consecuencia de algún grado de culpa o dolo de la organización empresarial.

El primer elemento es esencial. Si bien en principio se puede concebir a la comisión de un delito por una persona dentro de la organización empresarial como elemento idéntico al de los modelos de responsabilidad vicarial, su presencia dentro de los modelos mixtos se “corrige”, no sólo por las categorías b) y c) mencionadas, sino que también porque en estos casos el alcance del “sujeto activo” es muchísimo más limitado que en un sistema puro de heterorresponsabilidad, pues aquél generalmente alcanza hasta subordinados directos de la capa más alta de dirección de la sociedad. Este elemento entonces consiste simplemente en que un sujeto, con algún grado de intervención en la dirección de la persona jurídica, participe directamente en un delito ya sea éste tipificado en el Código Penal –si es que la responsabilidad no está limitada únicamente a delitos especiales– o alguno de los que especialmente la ley autorice atribuir a la persona jurídica. Es preciso recalcar que en el modelo no es fundamental que se identifique a la persona que cometió el delito, ni su grado de participación ni tampoco –obviamente– que haya sido condenada, pues tales presupuestos corresponderán ser determinados según cada modelo intermedio que se adopte, lo que finalmente dependerá de la opción legislativa de cada ordenamiento jurídico en concreto. Con todo, creemos que lo prudente de estos modelos es en primer lugar no limitar la autoría y participación a determinados grados de los mismos, sino que seguir las reglas generales, y, asimismo, que no sea fundamental ni determinar al sujeto que efectivamente realiza la acción típica ni que, si es identificado, tenga que necesariamente ser condenado, especialmente

⁵⁹ Recordemos en este caso la interesante tesis que promueve Edward B. Diskant, al señalar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema jurídico estadounidense es “el de la empresa” y que la persecución “personal” a un sujeto físico determinado, es más bien una estrategia procesal para obtener al “verdadero responsable” y dejar indemne a la corporación misma.

porque en su persona pueden concurrir causales de exculpación que no existan necesariamente en la persona jurídica; en definitiva, no debiese ser fundamental que la condena del sujeto individual sea requisito de culpabilidad de la persona jurídica.

En segundo lugar, tenemos como elemento fundamental el *interés* como causal o antecedente en la comisión del ilícito, elemento a todas luces eminentemente subjetivo. Al igual que en el primer componente mencionado, el contenido y la mayor o menor incidencia que esta característica tenga como determinante en la atribución de responsabilidad penal dependerá en definitiva de la opción legislativa que cada ordenamiento jurídico siga. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que todo sistema mixto debería considerar este elemento como una de las mayores piezas que permitan concatenar la ejecución directa del delito por una persona natural con la responsabilidad penal de la persona jurídica. En efecto, sin la existencia de este interés –que puede ser pecuniario o de ventaja comparativa en relación a otras empresas, por ejemplo– no se justificaría en absoluto que una empresa sea responsable por el ilícito cometido por uno de los sujetos que permiten atribuir responsabilidad, pues no evidenciaría la existencia del injusto, además de vulnerarse irreparablemente el principio de culpabilidad. Y es que en una hipótesis en que no existe realmente este interés, en realidad estaríamos frente a un delito “individual” y en el que no se justifica la utilización de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Un ejemplo claro sería un gerente que, con el objeto de enriquecerse personalmente, y haciéndose o no valer de su calidad de gerente, realiza una estafa resultado de la cual obtendrá una mejora patrimonial de carácter estrictamente personal. En esta hipótesis no se justifica la condena a la persona jurídica, pues al no haber un beneficio para ésta no se puede entender que ha existido una comunicación falsa de la empresa, sino que una comunicación únicamente personal, por lo que su persecución y condena debe ser estrictamente personal. Distinta sería la hipótesis en que dicha estafa fuese no sólo realizada en calidad de gerente de la empresa, sino que como parte de una política adoptada por un directorio o como orden directa del mismo, o aun como política tolerada dentro de la persona jurídica, y con el objeto de obtener mayores utilidades para la misma. A la luz de lo expuesto, el elemento del “interés” es sustancial y debe siempre concurrir para poder atribuir responsabilidad a la persona jurídica en la comisión de un ilícito penal por parte de alguno de los sujetos a los que alcanza la norma que atribuye la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Finalmente, un tercer elemento que debe existir en un modelo mixto de atribución de responsabilidad es aquel que precisa algún grado de exigencia de deber o intervención de la *persona jurídica* para con la conducta ejecutada por la persona natural. En torno a este elemento –que sin dudas es el más discutible dogmáticamente– se han desarrollado diversas teorías que permitirían señalar cuándo realmente existe algún grado efectivo de “intervención” de la persona jurídica y más concretamente cuándo verdaderamente la persona jurídica puede ser catalogada como culpable. Se ha pensado desde las llamadas “acciones colectivas”

hasta la fundamentación de “culpabilidades del órgano”. Al igual que en los demás elementos, el camino que se adopte dependerá exclusivamente de una decisión legislativa de cada ordenamiento jurídico, pero creemos que a lo menos debe tener un contenido que permita a la empresa, sea ésta considerada como “el órgano de dirección” o como un ente autónomo, tener la posibilidad de poder imposibilitar la actuación realizada por el sujeto individual, ya sea por medio de políticas empresariales, o por algún grado de control y fiscalización interno que realice el órgano o la persona jurídica misma. En definitiva, y pensando que la regla general es que no existan órdenes directas de ejecución de delitos *empresariales*, se trata aquí de lograr atribuir esa actuación ilícita cometida por una persona natural a alguna deficiencia organizativa o a lo menos a una cultura corporativa tolerada por la directiva de la empresa, ya sea por medio de una omisión o como consecuencia de una práctica orgánica impulsada o autorizada. Este elemento ayuda también a distinguirlo de un sistema estricto de heterorresponsabilidad, pues, como se pudo apreciar en torno al modelo anglosajón, éste prescinde de lo que en el derecho continental europeo se denominarían categorías dogmáticas de la teoría del delito, acercándose en cambio a los postulados clásicos del derecho privado, como la culpa objetiva o la culpa *in contraendo*. Así las cosas, el elemento del “defecto organizativo” viene a delimitar el grado necesario de “culpabilidad” de la empresa que permite a la postre atribuir responsabilidad al ente colectivo como consecuencia de la conducta delictiva de uno de los integrantes de la misma.

Establecidos estos tres elementos es posible aseverar que estos sistemas mixtos se caracterizan esencialmente por la concurrencia de una suerte de “culpabilidad funcional”, esto es, una culpabilidad compartida entre los diversos miembros que concurren dentro de la organización de la empresa. Existe acá, además de los elementos señalados, una conexión funcional entre ellos que permitiría la atribución de responsabilidad. En palabras de John A. E. Vervaele, “[n]o es el comportamiento real el que importa sino el *comportamiento funcional*. El acto de la persona física podrá imputarse consecuentemente a la persona jurídica si el comportamiento real de la persona física concuerda con la función social que cumple la persona jurídica en cuestión”.⁶⁰ Es ese comportamiento funcional el que se debe tratar de comprender e interiorizar, teniendo como delimitación los elementos recién señalados y que a la postre permitirán atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, al menos de la perspectiva de un modelo “mixto” de atribución.

c) Sistema de culpabilidad de la empresa

En oposición a los llamados modelos de heterorresponsabilidad, y fundamentalmente como consecuencia de la imposibilidad de adecuar a los entes morales la teoría clásica del delito, de conciliar sus postulados dogmáticos y –en definitiva– de poder “comprobar” una verdadera responsabilidad penal de la empresa, se ha desarrollado en la dogmática, ya desde principios del siglo XX, la

⁶⁰ Vervaele, John: *La responsabilidad...* (nota 54), p. 167.

configuración de un modelo no sustentado en la culpabilidad de la persona natural que actúa dentro de la persona jurídica, sino que en la persona jurídica como tal, esto es, una culpabilidad que tiene como núcleo fundamental y como centro de imputación al ente colectivo desprendido de las personas naturales que lo integran.

El modelo de atribución de responsabilidad que a continuación se revisará se conoce fundamentalmente como el de *culpabilidad de la empresa*. Tal como su nombre lo indica, lo esencial de este modelo es que se le reconoce culpabilidad a la persona jurídica, no porque una persona natural dentro de la organización empresarial cometa un delito, sino porque se entiende que *es la persona jurídica como sujeto de derecho penal la que ha cometido un ilícito a raíz de su propia culpabilidad*. A diferencia de los sistemas de heteroresponsabilidad, como el vicarial tratado más arriba, los modelos de culpabilidad de la empresa son esencialmente de autorresponsabilidad: son sistemas en que la culpabilidad no es derivada del hecho punible de una persona natural, o en que la comisión de un delito por ésta no transfiere la responsabilidad penal a la persona jurídica. Según Elena Núñez, “[l]os sistemas de autorresponsabilidad entienden que las personas jurídicas tienen *capacidad de acción*, de *culpabilidad* y de *punibilidad propia y diferente* de las personas físicas que la representan o actúan en su nombre. Ello implica que se les debe considerar como *directamente responsables* de las infracciones penales que hubiesen cometido”.⁶¹ De este modo, en estos sistemas de autorresponsabilidad existe una responsabilidad propia de la persona jurídica misma, en oposición a una responsabilidad derivada de la comisión de hechos ilícitos por personas naturales dentro de su organización. Otra conceptualización de estos modelos la señala Héctor Hernández, quien define a éstos como “[...] de *responsabilidad autónoma u originaria*, [en el que] la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural”.⁶²

Los modelos de culpabilidad de la empresa, siguiendo a Adán Nieto, tienen, desde una perspectiva amplia,⁶³ a lo menos cuatro variantes. Por un lado, existe la culpabilidad de la empresa por una llamada “deficiente cultura corporativa”,⁶⁴ esto es, una culpabilidad derivada de un ambiente en la empresa que impulsa –de alguna manera– la comisión de delitos al tolerar su realización, en lo que sería una suerte de “responsabilidad por el hecho ajeno” con elementos de un sistema en el que cada individuo aporta una “intención” a la realización de hechos delictivos en favor de la empresa; según Nieto, este es el camino adoptado por el Código Penal austríaco. Desde otro punto de vista, existe un segundo grupo en el que el “defecto en la organización” de la empresa es el elemento catalizador de su propia culpabilidad. Este segundo grupo se puede subdividir en tres diferentes variantes. Una primera clase de culpabilidad como defecto de

⁶¹ Núñez, Elena: *Seminario...* (nota 49), p. 162. (el destacado es nuestro).

⁶² Hernández, Héctor: *La introducción...* (nota 58), p. 216.

⁶³ Nieto, Adán: *La responsabilidad...* (nota 53), pp. 9-10.

⁶⁴ *Ibid.*

organización sería aquella que se produce por la *negligencia en el actuar* de una persona jurídica, pero como directa consecuencia de la falta de “organización conforme a derecho” de la misma empresa (que podría considerarse en términos de autoorganización como una construcción que evitase el aumento del riesgo permitido por el sistema jurídico); es decir, se trataría de *culpa empresarial por no haber actuado con el cuidado debido* o, dicho de otra manera, por haber aumentado el riesgo permitido. La segunda variable que este autor desarrolla se refiere a la de una “culpabilidad de la empresa derivada”, la que fundamentalmente se construye a partir de la imposibilidad de determinar al sujeto individual integrante de la persona jurídica que comete un delito en su beneficio. Esto ocurre cuando, como consecuencia del entramado organizativo propio de los entes colectivos, no es posible identificar a uno u otro sujeto individual como autor, coautor o partícipe de un determinado hecho ilícito; en este caso se estaría frente a una verdadera responsabilidad “subsidiaria” derivada del mencionado entrelazado organizativo propio de las grandes corporaciones modernas. Por último, y como tercera variante, Nieto destaca la propia culpabilidad de la empresa derivada de su falta de su autoorganización, es decir, ella no ha realizado todo lo que se le exigía, produciéndose a la postre un hecho o hechos lesivos a bienes jurídicos. Así las cosas, este autor divide la “culpabilidad de la empresa” en dos grandes grupos: un primer grupo que se destaca y caracteriza porque la comisión de delitos de la empresa desde ésta hacia la sociedad o hacia sí misma sea consecuencia de una “*cultura empresarial tolerante a la comisión de delitos*” o defectuosa en la prevención de los mismos, aumentado el centro de riesgos y peligros que constituye la empresa o corporación moderna; y segundo, una sustentada esencialmente en la *falta de organización de la misma*, de autoorganización –como preferimos denominarla– que a la postre sería causa de la exteriorización o generación de riesgos penalmente relevantes hacia la sociedad y que tienen su origen en la empresa como sujeto de derecho penal.

Asimismo, además del esquema amplio recién expuesto, el cual permite hacer una apreciación extensa y clasificadora de modelos de culpabilidad de la empresa, es plausible mencionar otras posiciones y esfuerzos que apuntan a desarrollar una “culpabilidad propia” de la empresa desde perspectivas más amplias, ya sea desde aspectos sociológicos hasta las que buscan conciliar la culpabilidad sustentada en la actuación de la empresa como sujeto y no en la actuación de personas naturales que la componen.⁶⁵ Como se trató antes, las categorías dogmáticas más relevantes para abordar el problema de la responsabilidad penal de la empresa, son las relativas a la acción, la teoría de pena, y particularmente, la culpabilidad.⁶⁶ Es precisamente por ello que diversos autores

⁶⁵ Recordar en este sentido lo señalado con respecto a la tesis de Silvina Bacigalupo, en torno a cómo la teoría del sujeto condiciona las diversas categorías dogmáticas de la teoría del delito.

⁶⁶ La acción es también una pieza esencial al momento de rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, creemos que el elemento más dificultoso es sin duda alguna la culpabilidad, tal como se pudo adelantar más atrás. Con todo, si se hace referencia a lo planteado por Silvina Bacigalupo y tratado en torno a los problemas de la responsabilidad penal de la

han tratado de fundamentar una teoría que a partir de la fundamentación de esos elementos pudiese derribar el principio *societas delinquere non potest* y superar las “clásicas” incongruencias dogmáticas ya señaladas a lo largo de este trabajo. A continuación se revisará brevemente una postura que trata de fundamentar y construir un “verdadero” modelo de culpabilidad propia de la empresa, esto es, uno cuya culpabilidad no deriva propiamente de los sujetos individuales que intervienen en su dirección o actúan dentro de ella, sino en que la empresa *es el sujeto de derecho*.

La tesis que desde la perspectiva de este trabajo apunta a la creación de un nuevo y verdadero modelo de responsabilidad penal empresarial sustentado en una culpabilidad “propia” de la empresa y no en un modelo de heterorresponsabilidad, es fundamentalmente el que ha propugnado el Prof. Carlos Gómez-Jara Díez. Antes de entrar a revisar someramente los postulados de este autor español en torno a la construcción de una verdadera imputabilidad de la empresa es preciso revisar ciertas consideraciones en torno al sujeto “empresa” y la visión de cómo ésta constituye un sistema de naturaleza autopoietica, cuando adquiere una alta complejidad organizativa. La importancia de observar a la empresa como un verdadero sistema social no es baladí, pues atiende a lo que ya se trató en relación al cambio del paradigma de sujeto de derecho penal como mecanismo esencial para superar las aparentes barreras existentes en torno a la posibilidad de construir una responsabilidad penal de *la empresa*.

Considerar a la empresa⁶⁷ como un verdadero sistema autopoietico no es otra cosa que apreciarla y concebirla como un sistema autónomo, autoadministrado, autoorganizado y autoconducido (como un verdadero sujeto). A la luz de esta posición, la empresa es considerada un verdadero “sistema” que se produce y reproduce a partir de elementos sobre los cuales ya se ha constituido.⁶⁸ De modo general, los sistemas pueden clasificarse en sistemas “sociales” y sistemas “psíquicos”; dentro de los primeros está el derecho (un sistema funcional) y la empresa (un sistema organizativo); en el segundo está la persona “natural”⁶⁹ o ser humano. En torno al sistema social funcional “derecho”, Gómez-Jara afirma que “[l]a concepción autopoietica del Derecho implica que el sistema jurídico no está compuesto por seres humanos, o por acciones, sino por comunicación jurídica”.⁷⁰ Estas “comunicaciones” jurídicas que emanan de los sistemas (organizativos o

empresa, creemos que es posible desligar el aspecto “psicológico”, tanto de la acción como de la culpabilidad misma y, consecuentemente, la pena.

⁶⁷ Es fundamental desde ya hacer hincapié en el uso de la palabra “empresa”. A lo largo de este trabajo se ha utilizado indistintamente la palabra empresa, persona jurídica, ente moral u otro término equivalente, todos para referirnos en definitiva a la “empresa” propiamente tal. Pues bien, en lo que respecta a la tesis de autorresponsabilidad del profesor Gómez-Jara, y según él mismo lo concibe, este modelo se refiere particularmente a la empresa, más que a la persona jurídica en términos amplios y generales.

⁶⁸ Gómez-Jara, Carlos: “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, p. 4.

⁶⁹ Gómez-Jara, Carlos: *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, 2008, p. 239.

⁷⁰ Gómez-Jara, Carlos: *Fundamentos...* (nota 69), p. 240.

psíquicos) van reproduciéndose a sí mismas a partir de otras comunicaciones jurídicas anteriores emanadas de los mismos sistemas, lo que implica que el Derecho como sistema no pueda inmiscuirse ni dentro de los sistemas organizativos (la empresa) ni dentro de sistemas psíquicos (la persona), limitándose únicamente a “[construir] una imagen de ambos [sistema organizativo y sistema psíquico] a la cual atribuye comunicaciones jurídicas; en el caso del Derecho penal, comunicaciones jurídico-penales”.⁷¹ Lo fundamental de apreciar al derecho como sistema social, especialmente en atención al tema de la atribución de responsabilidad penal a la empresa, es que “para proceder [a ella] el sistema jurídico exige la presencia de unos determinados indicios de autorreferencialidad en el sistema al que atribuye comunicaciones jurídico-penales de culpabilidad/pena”.⁷² Es decir, el concebir al Derecho, a la empresa y a las personas como verdaderos sistemas y atribuirles de esta manera la producción de comunicaciones, siéndole además imposible al Derecho adentrarse en ninguno de esos sistemas “herméticos”, sólo le será plausible al mismo atender a determinadas “exteriorizaciones” de naturaleza objetiva (como exteriorizaciones tipo) que el autor denomina “indicios de autorreferencialidad”.

Asimilados estos elementos básicos, es posible pasar a determinar cómo la empresa, según este autor, es en sí un verdadero sistema social y por lo tanto puede ser a la postre catalogada como un sujeto jurídico penal. Señala Gómez-Jara que la empresa “[...] está compuest[a] por decisiones y, por tanto, su autopoiesis consiste en la producción continua de decisiones.”,⁷³ agregando que este sistema, al igual que la persona y el derecho, es un sistema cerrado, hermético, por lo cual frente a la empresa –como sistema organizativo cerrado– el derecho y el individuo son “imágenes”. Asimismo, como características particulares la empresa tiene un propio “conocimiento organizativo” y un “aprendizaje organizativo”, características que permiten que en definitiva sea plausible afirmar que la persona jurídica “[...] se constituye a sí misma y adquiere una capacidad autoorganizativa y de autorreflexión que lo independiza de su entorno [y los sujetos que la componen]. En definitiva, adquiere la autonomía necesaria para autodeterminarse”.⁷⁴ Así las cosas, tal como se desprende de estas afirmaciones, la empresa pasa a ser un verdadero sujeto capaz de autoorganizarse a partir de las comunicaciones que se producen dentro de su propio sistema, y sobre las cuales se van generando nuevas comunicaciones, las que se tienen como antecedente, precisamente, la comunicación anterior, formándose así eslabones de comunicación. Bajo ese esquema, la empresa adquiere una autonomía que permite a la postre que el mismo sujeto *empresa* se autodetermine (como sistema) con especial prescindencia de los sujetos o individuos que la componen. A mayor abundamiento, Gómez-Jara sentencia que la empresa “[...] se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa y

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

que se orientan con base en decisiones anteriores de la empresa [...] la decisión se configura, en definitiva, como el modo de operación específico de las organizaciones y posibilita la autopoiesis organizativa”.⁷⁵

Esta breve y compleja explicación del funcionamiento de la empresa como sistema autopoietico es clave para responder a las imposibilidades de naturaleza fáctica tratadas en este trabajo en torno a cómo en la empresa moderna se hace imposible “atribuir” conductas a personas “concretas” inmersas en el entramado organizativo. Es que, en efecto, dentro de la corporación contemporánea *la conducta* es el resultado de un conjunto de actuaciones concatenadas con “aportes” de diversos sujetos dentro de la misma organización –no de órdenes directas ni planes concretos capaces de abarcar todas las posibilidades de decisiones internas–, y donde cada una de esas actuaciones individualmente consideradas no son capaces siquiera de llenar los extremos ni de coautoría ni de participación. En ese contexto, la visión de la empresa como un sistema organizativo autopoietico donde cada comunicación es el “pie” de la próxima comunicación, formándose internamente en la empresa este *sistema de comunicaciones*, pasa a explicar con muchísima mayor certeza y claridad la fenomenología interna de la corporación, la que prescinde de la clásica percepción de la misma como conjunto de actuaciones de diversos particulares individualmente considerados que actúan en una estructura piramidal.

Precisamente a estas conclusiones llega Gómez-Jara al referirse al conjunto de comunicaciones ya tratados. Señala este autor, como primera conclusión, que “los sistemas organizativos son independientes de los *miembros concretos* [...] la condición de miembro ya no se constituye en relación con individuos concretos [sino que] dicha condición se remite a estructuras internas del sistema [así] la organización dispone de un criterio interno controlable con el cual ella misma y no su entorno controla la condición de miembro [con lo que] las normas de las organizaciones sólo pueden ser modificadas por los miembros de la organización, la autorreferencialidad se vuelve [de esta manera] plausible”.⁷⁶ Finalmente, y con relación a la caracterización de la empresa como *autorreferente*, Gómez-Jara afirma que “[ú]nicamente la vinculación entre la condición de miembro y las normas de la organización puede garantizar la identidad del sistema organizativo el cual se mantiene a sí mismo históricamente mediante la vinculación de una decisión a otra decisión”.⁷⁷ Así las cosas, la empresa como ente hermético e independiente de los “miembros” que la componen actúa como un sistema social organizativo que reproduce nuevas comunicaciones a partir de comunicaciones ya realizadas, independiente del sujeto individual que actúa dentro de la misma, el que –dentro de este esquema– pasa a ser completamente fungible. Ello es así porque nuevos sujetos actuarán siempre sobre pretéritas comunicaciones, pasando en ese momento a ser parte de esa identidad “sistemática” propia de la empresa, tal como

⁷⁵ Gómez-Jara, Carlos: *Autoorganización...* (nota 68), p. 7.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*

si se tratara de una verdadera concatenación de comunicaciones donde el remplazo de un eslabón siempre estará asociado a otro de pasada ocurrencia. En definitiva, “el hecho de que todas las decisiones de la organización se vinculen a decisiones anteriores de la organización y sirvan de base a decisiones posteriores de la misma organización muestra la clausura operativa del sistema organizativo”.⁷⁸

Finalmente, y con el objeto de determinar cómo la empresa puede en definitiva vulnerar la vigencia de la norma por medio de sus comunicaciones sociales, corresponde referirse brevemente a lo que este autor denomina “premisas de decisión no decidibles” y que a la postre son el núcleo de la “cultura empresarial defectuosa”, concepto determinante en la fundamentación de la responsabilidad penal de la empresa. Las comunicaciones dentro de la empresa no son sino decisiones propiamente tales, las que a su vez se adoptan en torno a un conjunto de “premisas” que “[...] sientan las bases para un número *indeterminado* de otras decisiones [y frente a las cuales] las decisiones futuras pueden ser observadas como conformes/disconformes, tenidas en cuenta/no tenidas en cuenta”.⁷⁹ Es decir, las premisas son el sustrato sobre las cuales se tomarán las decisiones de dirección de la empresa dentro de su organización. Lo importante es que estas premisas simplemente constituirán la base sobre las cuales se desarrollarán las futuras comunicaciones del sistema (denominadas por el autor decisiones sobre las decisiones), base esencial para que el sistema se autogenera, pues constituyen verdaderos *lineamientos* respecto de las que las inmediatas comunicaciones –decisiones– y las posteriores a éstas se desarrollarán sucesivamente. Tal como señala Gómez-Jara, “todas las decisiones de la organización van a estar orientadas según el “código” de la organización –las premisas de decisión de la organización– [...]”.⁸⁰ En definitiva, las decisiones sobre las decisiones podrán de esta manera *operar* bajo las “planificaciones o planes de organización”,⁸¹ que no son otra cosa que las premisas de decisión que permiten que las futuras decisiones dentro de la organización se encuentren verdaderamente encauzadas dentro de los objetivos de la “empresa”. Dicho de otra manera y más concretamente, las premisas de decisión serán verdaderos planes de organización de las futuras decisiones dentro de la empresa, y habilitarán entonces delimitar, determinar o encauzar las decisiones venideras dentro de la misma organización, de manera de “[orientar] las decisiones que en el futuro se pueden tomar, y cuando el futuro sea presente se podrá observar, retrospectivamente, si las decisiones han sido tomadas conforme a la planificación que se hizo”.⁸²

Tal como se anunciara, Gómez-Jara se refiere a un elemento de su modelo, las denominadas “premisas de decisión no decidibles”, esto es, premisas que no son reconducibles a una decisión específica.⁸³ Éstas son *las* decisiones que se

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 8.

⁷⁹ Gómez-Jara, Carlos: *Autoorganización...* (nota 68), p. 8.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 9.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 10.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*, p. 14.

pueden atribuir a una verdadera *cultura corporativa o empresarial*, pues no pueden ser reconducidas a una decisión específica o concreta. En efecto, según la misma definición de Gómez-Jara, la “cultura corporativa” es “el complejo de premisas de decisión no decidibles en una organización empresarial”.⁸⁴ Básicamente, este conjunto de premisas de decisión “no decidibles” son aquellas bases (premisas) a las que los miembros de la corporación atienden cuando existiendo un problema que resolver o una *decisión que tomar* no existe una directriz u orden clara y directa en torno a cuál elegir o atender. Es en esos casos cuando entra a operar la “cultura organizativa” (premisas de decisión no decidibles) como “premisas” para poder solucionar los conflictos o tomar decisiones dentro del entramado de la empresa, y es –según este autor– lo que constituye la cultura organizativa y fundamenta el verdadero funcionamiento autónomo de la empresa. Lo sustancial, entonces, es que los *motivos de esas decisiones* “no pueden ser imputados a determinadas decisiones y no están orientados a preparar o ejecutar determinadas decisiones [...] su característica fundamental es que son *vigentes* si bien les falta una suerte de “positividad” en el sentido de una regla que señale que todo lo que está introducido a través de una decisión también puede ser cambiado a través de una decisión”.⁸⁵ Por lo tanto, este conjunto de premisas de decisión no decidibles se encuentran vigentes dentro de la organización empresarial –aunque no *positivadas*– y constituye uno de los elementos más importantes para comprender el núcleo del funcionamiento de la empresa como sistema autopoietico.

Revisados estos conceptos desarrollados por Gómez-Jara, ¿cuál es entonces la importancia de comprender a la empresa como sistema autopoietico funcional, referirse a las decisiones, a las premisas de decisión y ahora último a las premisas de decisión no decidibles? Todos estos elementos nos permiten comprender que dentro de la empresa es posible encontrar una verdadera cultura organizativa a la que los miembros del sistema atienden para darle funcionamiento a la organización, la que no está constituida por directrices o decisiones directas, sino que son consecuencia de esa mencionada cultura organizativa, y que a partir de la “vigencia” de esa cultura empresarial, “[se] puede cuestionar la vigencia del ordenamiento jurídico [y] precisamente por ello se puede identificar en la cultura empresarial el cuestionamiento de la vigencia de la norma por parte del sistema organizativo empresarial”.⁸⁶ De hecho, según Gómez-Jara, la cultura empresarial es “praxis”, esto es, “[...] una actividad que se disfruta como tal [y por lo tanto] su resultado se produce anónimamente y la función *latente* de ese tipo de comunicación consiste en dotar de una expresión a la conciencia de pertenencia y a sus exigencias con respecto al Derecho [...]”. En definitiva, y a modo de cierre de este apartado, la empresa moderna desde la perspectiva de un sistema autopoietico goza de una dimensión que es posible denominar “cultura organizativa” constituida por un conjunto de premisas de decisión (no decidibles y más particularmente “no decididas”) a las que los miembros de la empresa

⁸⁴*Ibíd.*

⁸⁵ Gómez-Jara, Carlos: *Autoorganización...* (nota 68), p. 15.

⁸⁶ *Ibíd.*

atienden para actuar dentro de la misma como sistema, y cuya vigencia *positiva* es *capaz* de vulnerar la vigencia de la norma del ordenamiento jurídico.

Determinados los alcances de la empresa como sistema autopoietico, y siguiendo el mismo esquema de Gómez-Jara, es posible referirse al elemento más esencial relativo a la fundamentación de la culpabilidad en la responsabilidad penal de la empresa. Del mismo modo que al revisar los problemas de culpabilidad en la responsabilidad penal de la empresa, la tesis más correcta relativa a la teoría de la pena y la culpabilidad, en relación a esta clase de responsabilidad, y tomando especial atención a lo que se denominó “la crisis del sujeto de derecho penal”, es la visión constructivista propuesta por Jakobs. En ese apartado se trató el tema tomando especial atención en el problema de la culpabilidad y la pena –a la luz de lo que propugnaba Silvina Bacigalupo como el “cambio de paradigma”–, concluyendo, entonces, que dicha visión y teoría sería la más adecuada para resolver las aparentes incongruencias dogmáticas que generaba la responsabilidad penal de la empresa. Pues bien, según Gómez-Jara dicha teoría es también piedra angular en el desarrollo de este modelo de culpabilidad (autorresponsabilidad) de la empresa. En efecto, señala este autor que la culpabilidad empresarial no es otra cosa que un equivalente “funcional” a la culpabilidad individual –entendemos en este caso que es posible dicha equivalencia pues desde la perspectiva de una construcción de sujeto *amplia* en los términos ya revisados tanto empresa como individuo son considerados “sujetos”– y, para dichos efectos, está compuesta de tres elementos que permiten fundamentarla.⁸⁷ Sin embargo, para los alcances de este trabajo basta referirse únicamente a dos: a) la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma; y b) la capacidad (de la empresa) de cuestionar la vigencia de la misma.

La fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma es sustancial. Tal como se dijo antes al concebir a la empresa como *fenómeno moderno*, se puede afirmar que ésta es una verdadera fuente de riesgos que alcanza no sólo cuestiones de naturaleza patrimonial, sino que también se tornó capaz de vulnerar bienes jurídicos penalmente protegidos, generando este menester de abarcar a la empresa como sujeto de derecho penal. Gómez-Jara, partiendo de ese mismo postulado, señala que “[así] nace el conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad posindustrial moderna [y como consecuencia de esta situación] resulta necesario y adecuado imponer a dichas organizaciones empresariales la obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal: la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho”.⁸⁸ En concreto, la empresa, cuando adquiere la complejidad necesaria para determinarse como sujeto autopoietico, se hace “competente” para vulnerar la vigencia de la norma, y, como tal, debe ser sujeto de derecho penal, de la misma manera que lo sería un

⁸⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁸ Gómez-Jara, Carlos: *Autoorganización...* (nota 68), pp. 17-18.

individuo. Desde una perspectiva funcional, creemos que, tal como nace el concepto de “ciudadano fiel al derecho”, que no es otro que aquel sujeto que en virtud de su libertad se autoorganiza dentro de los parámetros normativos del riesgo permitido, es posible fundamentar al ciudadano “corporativo” fiel al derecho sustentado en la autonomía que la misma norma le reconoce. Esa autonomía (libertad de autoorganización) que se le reconoce a “la empresa” tiene como consecuencia aparejada la obligación de fidelidad al derecho, la que se puede ver quebrantada por la “[...] no institucionalización de [una] cultura empresarial de fidelidad al derecho [cuya falta] es la *manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial*”.⁸⁹ Así las cosas, la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma pasa a ser elemental para comprender la culpabilidad de la empresa, pues permite que la empresa como sujeto con libertad organizacional –autonomía organizativa–, en virtud de esa libertad instituya una cultura empresarial de fidelidad a la norma, cuya ausencia gatilla la culpabilidad penal empresarial.

El segundo elemento que Gómez-Jara señala como equivalente funcional de la responsabilidad penal empresarial es la “capacidad” de la empresa de cuestionar la vigencia de la norma. Dicha posibilidad se manifiesta en la ya mencionada libertad de autoorganización o autonomía organizacional, la que tiene como contrapartida la responsabilidad como consecuencia del ejercicio de la libertad, tal cual como sucede en la autonomía individual. Esos principios mencionados de autonomía y consecuente responsabilidad en respuesta a esa autonomía tienen como resultado que la empresa debe “comportarse” dentro de los márgenes del riesgo permitido, esto es, para que no sea culpable debe concretar comunicaciones dentro de los márgenes establecidos de su propia organización empresarial. En palabras de Gómez-Jara, “[...] toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado, es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial [y desde esta perspectiva la empresa pasa a ser] una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes; es decir, se constituye como un verdadero ciudadano fiel al Derecho”.⁹⁰

A la luz entonces de estas dos premisas básicas recién tratadas, es posible abocarse a cómo se configura la culpabilidad propia de la empresa; cómo se atribuye culpabilidad propia a la empresa y no de manera heterónoma. Para Gómez-Jara, la culpabilidad penal empresarial no es otra que “un déficit de fidelidad empresarial al Derecho [que] se materializa en el establecimiento de una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho”.⁹¹ Es preciso, desde esta perspectiva, recordar que esta culpabilidad opera de manera funcional a la de la persona “natural” o individuo. En efecto, tal como no es posible atribuir responsabilidad jurídico-penal a un individuo cuando se ha organizado conforme a Derecho, esto es, dentro de los parámetros normativos del riesgo permitido,

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 18.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 19.

⁹¹ Gómez-Jara, Carlos: *Fundamentos...* (nota 69), p. 322.

tampoco se podrá atribuir responsabilidad –de naturaleza penal– a una empresa cuando goza de una cultura empresarial “respetuosa” al Derecho; es decir, una empresa que se encuentre organizada de manera tal de contener los riesgos que naturalmente produce o genera. A modo de ejemplo, si un sujeto que conduce en una avenida dentro de la velocidad permitida, respetando las diversas normas del tránsito, sorpresivamente se le cruza un peatón a mitad de calle y éste es atropellado causándose la muerte con el impacto, no se le podría atribuir responsabilidad penal al conductor: el sujeto no sería “culpable”, pues éste se organizó de manera conforme a derecho, respetando así la vigencia de la norma jurídico-penal. De esa misma manera, una empresa que se organiza dentro de lo que es posible determinar una “cultura corporativa conforme a derecho”, no podría ser castigada penalmente, por ejemplo, por un derrame de residuos tóxicos, pues dichos actos operaron fuera de la organización conforme a Derecho de la que goza la empresa o, dicho de otra manera, no son consecuencia de una organización de disconformidad con el derecho: sólo podrían ser “atribuibles” al sujeto que efectivamente las causó.

En definitiva, para que se concrete la culpabilidad debe existir un verdadero *output* empresarial que sea consecuencia de una cultura empresarial no conforme a derecho, lo que manifestaría el rechazo del sistema organizativo a la vigencia de la norma y por lo tanto permitiría determinar al sujeto “empresa” como culpable. En este contexto, es preciso comprender que cuando la empresa logra una complejidad tal, al punto que se le pueda concebir como un sistema autopoietico, su dirección heterónoma, esto es, la conducción dirigida por personas naturales o individuos determinados –bajo esta concepción–, desaparece, y la empresa pasa a autodirigirse (autoadministrarse) y retroalimentarse a sí misma. En ese nivel de complejidad interna, los individuos como sujetos “desaparecen” –bajo el entrelazado del sistema– y pasan a constituir verdaderos estamentos dentro del mismo, siendo su “personalidad” de carácter fungible, pues si bien constituyen “miembros” del sistema, lo son desde una perspectiva puramente objetiva. Por lo tanto, este sistema objetivado queda constituido por continuas comunicaciones-decisiones que son las que en definitiva acarrearán culpabilidad a la empresa si aumentan el riesgo permitido (vulneran la vigencia de la norma), siempre y cuando no exista una organización interna o la llamada “cultura empresarial” conforme a derecho, pues existiendo ésta el *output* no podrá ser atribuible a una cultura empresarial defectuosa y por lo tanto no podrá configurarse la propia culpabilidad de la empresa.

4. Modelo de atribución de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.393

Conocidos los diversos sistemas o modelos plausibles de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, cabe preguntarse a continuación ¿qué modelo eligió la Ley N° 20.393? ¿Es un modelo puro o tiene variaciones? ¿Constituye según lo revisado hasta ahora un verdadero modelo de culpabilidad de

la empresa? ¿Se modificó realmente el principio *societas delinquere non potest* en nuestro ordenamiento jurídico-penal o estamos en cambio frente a una responsabilidad individual con consecuencias proyectadas sobre la persona jurídica? Con el fin de lograr una respuesta satisfactoria a estas interrogantes se debe, en primer lugar, revisar la normativa vigente, esto es, la Ley N° 20.393.

a) Requisitos para la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los requisitos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas se concentran esencialmente en tres ámbitos. El primero se refiere a la esfera de aplicación de la norma, relativa a los delitos por los que puede imputarse responsabilidad penal a una persona jurídica. Lamentablemente, estos delitos son de un espectro muy limitado y se refieren, como reza el art. 1° de la Ley N° 20.393, al delito de financiamiento del terrorismo, al delito de soborno o cohecho activo de empleado público nacional o funcionario público extranjero y al lavado de activos. En efecto, el art. 1° señala:

Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Así, el primer requisito para atribuir responsabilidad a la persona jurídica es que el delito cometido se trate de alguno de los contemplados en el art. 1° de la Ley N° 20.393.

En segundo lugar, en cuanto a las personas jurídicas a las que les aplica esta ley, el art. 2° es claro en señalar que sus numerales sólo alcanzan a las personas jurídicas de *derecho privado* y a las empresas del Estado, incluyéndose entonces toda clase de persona jurídica de derecho privado –con o sin fines de lucro– y descartándose todo aquel otro organismo del Estado, que si bien goce de personalidad jurídica, no se trate de una empresa del Estado. En efecto, el art. 2° de la ley reza como sigue:

Artículo 2°.- Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

En tercer lugar, en cuanto a la atribución de responsabilidad de la persona jurídica, tema nuclear de este trabajo, el art. 3° de la Ley N° 20.393 señala los elementos que

se deben tener a la luz al momento de atribuirle responsabilidad a la persona jurídica. Este artículo establece:

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

De la lectura de este artículo se pueden desprender los siguientes requisitos para que sea plausible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica:

1. Debe tratarse de los delitos señalados en el art. 1° de la Ley N° 20.393.
2. Los delitos deben ser cometidos *directa e inmediatamente* en su *interés*, esto es, la comisión del delito debe realizarse con el fin de beneficiar a la persona jurídica, y no a la persona que ejecuta el hecho ilícito, su familia, un cercano o un tercero extraño.
3. Los delitos deben cometerse por alguna de las siguientes personas: dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión y/o personas naturales que se encuentren *bajo dirección o supervisión directa* de los sujetos recién señalados. Asimismo, cabe agregar en este numeral lo indicado en el inciso 3° del artículo 5°, el que dice claramente que acontecido el delito y probado que “proviene” de las esferas de control de los sujetos aquí indicados, podrá atribuírsele responsabilidad penal a la persona jurídica, por lo que el alcance de la atribución se amplía sustancialmente al punto de no ser necesaria la identificación *concreta* del sujeto que realiza la conducta delictiva.
4. Los delitos deben ser consecuencia del *incumplimiento* por parte de la persona jurídica de sus *deberes de dirección y supervisión*, que la ley detalla y delimita, señalando que debe contener al menos las características del art. 4° de la misma ley, insinuando aquí la ley un “defecto organizativo”, esto es, los delitos deben ser consecuencia de la falta de adopción *por parte* (?) de la persona jurídica de un modelo organizativo que tenga por objeto organizar a la empresa conforme a derecho.

Por último, es sustancial hacer mención a lo señalado en el artículo 5° de la Ley N° 20.393, pues dicho artículo permite matizar profundamente el modelo nacional, ya que consagra lo que el mismo artículo denomina “[r]esponsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. Dicha norma indica:

Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

- 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.*
- 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de él o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal. También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.*

Los aspectos más importantes que se deben mencionar en este caso son dos: la autonomía de responsabilidades y la simple constatación del acaecimiento del injusto como suficiente fuente de responsabilidad para la persona jurídica. El primer aspecto es simple y concreto: no es requisito para la atribución de responsabilidad penal que la persona natural sea condenada para que se pueda castigar penalmente también a la persona jurídica o, dicho de otro modo, la condena “efectiva” de la persona natural no es condición objetiva para que sea procedente la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

En efecto, el mismo artículo se refiere a que puede ocurrir que la responsabilidad penal individual se extinga o que se acceda a otros beneficios procesales que permitan salidas alternativas a la persona natural. El segundo aspecto es más interesante. Este inciso final del artículo 5° contempla una norma que amplía profundamente el alcance de la conducta empresarial: indica que incluso no es necesario que se identifique efectivamente al individuo que incurre en la conducta delictiva, sino que basta que exista una verdadera “comunicación social” o “de la empresa”, esto es, una exteriorización que tenga como ámbito nuclear de nacimiento alguna de las áreas de trabajo o círculos de operación los departamentos de los sujetos cualificados indicados en el artículo 3°.

b) Conceptualización del modelo chileno

En atención a los elementos aquí tratados creemos que se puede desprender que el camino elegido en el sistema jurídico nacional no es otro que uno de heterorresponsabilidad *atenuada*, pues se cumplen los tres requisitos que caracterizan a dicho modelo, a saber, que: i) se cometa un delito por un sujeto

integrante de la persona jurídica pero que sea parte de un determinado eslabón de empleados de la empresa, esto es, principalmente órganos de dirección y algunos dependientes directos de aquéllos; ii) que ese ilícito sea cometido en interés de la persona jurídica y, finalmente, c) que ese delito cometido por la persona natural sea consecuencia de una orden de superiores o al menos haya sido “tolerado” o indirectamente impulsado por los órganos directos de la empresa, o que se haya podido cometer como consecuencia de algún grado de culpa o dolo de la organización empresarial.

i. Comisión de un delito por un grupo delimitado de la esfera empresarial

Este primer requisito se menciona claramente en el artículo 3°. En efecto, este artículo señala que solamente un pequeño grupo de verdaderos sujetos *cualificados* son los que tienen el *plus* o capacidad especial de generar el fenómeno de atribución de responsabilidad a la empresa. Desde ese punto de partida, la ley se aleja desde ya de un verdadero modelo de culpabilidad de la empresa, pues asume –al limitarse a un determinado grupo de sujetos activos– que el modelo chileno es necesariamente de naturaleza heterónoma. Es que en este sentido el legislador chileno parece autocañirse o delimitarse a empresas que efectivamente son conducidas heterónomamente, lo que sin duda constituye la gran mayoría de las empresas nacionales. Sin perjuicio de ello, al coordinar esta norma con el artículo quinto existe una verdadera ampliación de este grupo de individuos, a pesar de reconocer la conducción heterónoma de la empresa. En efecto, pareciera que el legislador chileno concibe a la empresa como un sistema organizacional autónomo, pero limitado a ciertos círculos de dirección de la misma, pues del mencionado inciso final del artículo 5° es posible desprender que no es necesario que se identifique a ninguno de los sujetos cualificados que concretamente cometió el delito, en la medida en que “*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°*”.

Desde esta perspectiva es posible desde ya matizar parcialmente este modelo de heterorresponsabilidad, pues si bien en un principio el artículo 3° insinúa que los delitos deben ser cometidos “necesariamente” por estos verdaderos sujetos cualificados, lo que confirma que el chileno es un modelo heterónomo, con la norma de clausura del inciso final del artículo 5° la ley se estaría aparentemente acercando a un modelo de culpabilidad de la empresa, en el sentido de la tesis expuesta por Gómez-Jara. Ello, porque al prescindir de la persona natural propiamente tal, se estaría reconociendo tácitamente por el legislador que éste considera a la persona jurídica como un verdadero sistema autopoiético, ya que atribuiría responsabilidad penal a la empresa como consecuencia de una *comunicación* derivada de una organización no conforme a derecho (recordemos que uno de los requisitos de atribución de responsabilidad es no contar con un programa de prevención de delitos) que vulnera la vigencia del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, desde el punto de vista del análisis expuesto en este trabajo, creemos que en la especie simplemente se viene a resolver un problema de carácter “práctico” más que dogmático, consistente en el ya tan mencionado tópico relacionado al funcionamiento interno de la empresa moderna. En efecto, una de las mayores complicaciones a las que la responsabilidad penal de la persona jurídica busca dar solución es al ya descrito fenómeno interno que se produce dentro de la empresa, en donde existen pequeños aportes de varios sujetos a un *output* delictivo, por lo que en innumerables ocasiones no es posible determinar con precisión quién o quiénes son los individuos responsables penalmente, a pesar de constatarse que dicho *output* proviene del núcleo de la corporación. Así las cosas, desde nuestro punto de vista, la norma contenida en el inciso final del artículo 5° no cuestiona —a lo menos no de modo decisivo— el modelo de heterorresponsabilidad contemplado en la Ley N° 20.393, sino que simplemente se limita a aplicar una solución de política criminal a un problema que, desde la posición heterónoma de esta ley, no puede ser resuelto *dogmáticamente*, como si se tratara de un verdadero modelo de autorresponsabilidad. En definitiva, la norma cumple con este primer requisito propio de los modelos de heterorresponsabilidad, en los que sólo un determinado grupo de sujetos ostenta la cualidad especial que, por medio de su conducta, permite la atribución de responsabilidad penal a la empresa.

ii. Interés o provecho como condición para la atribución de responsabilidad

El segundo elemento que permite aseverar que nos encontramos frente a un modelo de heterorresponsabilidad es el denominado interés o provecho. Este elemento se desprende del artículo 3° que establece que la persona jurídica será responsable cuando los delitos indicados en su artículo primero sean “[...] cometidos *directa e inmediatamente en su interés o para su provecho* [de la persona jurídica]”.

A partir de este requisito de atribución se puede desprender otra característica que permite afirmar que el legislador nacional reconoce en la ley un modelo de responsabilidad heterónimo, pues implícitamente se asevera que existen dos *sujetos*⁹² diversos, a saber: la persona jurídica propiamente tal, que es la que en definitiva aprovecha el beneficio obtenido con la conducta delictiva, y la persona natural que realiza dicha conducta *en pos o en favor* de ese primer sujeto penal. Con todo, en este particular caso, la ley nuevamente parece recoger elementos de un sistema de culpabilidad de la empresa en los términos del modelo revisado, a pesar de su inminente naturaleza heterónoma. En efecto, y especialmente en atención a la hipótesis del inciso final del artículo 5°, el legislador observa que las actuaciones necesarias para atribuir responsabilidad a la empresa

⁹² Como se revisará más adelante, creemos que conforme a la ley la empresa no es propiamente un sujeto de derecho penal. Sin perjuicio de ello, se utiliza el término sujeto a modo de hacer más clara esta exposición.

deben realizarse en un contexto de naturaleza empresarial y no personal, pues en caso contrario no sería siquiera justificable la atribución de responsabilidad. Bajo esta acepción, se puede hacer una parcial referencia a la llamada “cultura corporativa” tratada en torno al sistema de autorresponsabilidad de la empresa propuesto por Gómez-Jara. Es que en la especie se asume implícitamente por el legislador que la conducta emanada de la empresa o ese *output* social no tiene como núcleo a un sujeto claro y determinado, sino que puede ser consecuencia de “un clima corporativo” presente dentro de un cierto ámbito empresarial. Ese “clima corporativo” podría, *prima facie*, ser asimilado a la denominada “cultura corporativa” aludida por Gómez-Jara, consistente en el conjunto de “premisas de decisión no decidibles”, en virtud de las cuales los miembros del ente empresa “deciden” (comunican) no en base a una orden directa o precisa, sino al conjunto de premisas que forman en definitiva la llamada “cultura corporativa” y cuya disconformidad con el derecho pueden –siendo fuentes del *output* corporativo– vulnerar la vigencia de la norma jurídica. Sobre este punto se ahondará más adelante.

Nos interesa, eso sí, destacar aquí que como para el artículo 5° no es fundamental determinar al sujeto concreto que realizó la conducta delictiva, dicho interés o provecho no puede tener sino una *naturaleza de carácter objetiva*. Es decir, no es necesario que quien actúa –sea uno de los sujetos cualificados o sea un *output* de la empresa en los términos del inciso final del artículo 5°– se represente psicológicamente la plausibilidad de obtener un beneficio por su conducta delictiva o tenga en definitiva dicho ánimo, sino que basta con que este enriquecimiento o beneficio acaezca de manera efectiva y concreta en el caso particular. Creemos que la ley acierta en este sentido, ya que un análisis sistemático del artículo 3° con el artículo 5° no deja otra posibilidad. Es decir, no tendría sentido que –por ejemplo– por alguna circunstancia personal se excluya la responsabilidad penal del individuo y aún persistiese la responsabilidad penal de la persona jurídica si es que dicho provecho o beneficio tuviese naturaleza subjetiva, esto es, que sea “representado” por el sujeto natural o individuo. Más aún, si nuevamente aplicamos el inciso final del artículo 5° donde ni siquiera es posible determinar qué persona física intervino directamente en el hecho delictivo, establecer ese provecho como uno de naturaleza subjetiva sería imposible: si no es plausible determinar qué sujeto en concreto actuó tampoco será posible –ni siquiera por medio de presunciones– determinar si “alguien” se representó la posibilidad de obtener dicho provecho.

En cambio, todas esas cortapisas tanto teóricas como prácticas se suprimen si este elemento se reconoce desde un punto de vista objetivo, pues bastará con constatar *ex post* que el interés o provecho acaece en favor de la persona jurídica para poder atribuir responsabilidad penal. Es más, dicha interpretación pasa a confirmar el principio consagrado en la ley de que la responsabilidad empresarial y la de la persona natural son paralelas, autónomas e independientes, ya que el legislador –a la luz de la primera parte del artículo 5°– se representa *ex ante* la posibilidad de que las circunstancias fácticas, atenuantes o

agravantes, etc., que concurren en cada uno de los sujetos –persona natural o persona jurídica– no son condición recíproca de atribución de responsabilidad para cada uno de ellos. Así las cosas, el elemento del interés en este caso debe ser entendido desde una perspectiva netamente objetiva, pues esa es la conclusión a la que se arriba luego de un análisis sistemático de los artículos 3° y 5° de la Ley N° 20.393. Con ello se cumple con el segundo elemento básico de los sistemas heterónomos de atribución de responsabilidad penal: la comunicación delictiva debe tener como objeto el interés o provecho de la persona jurídica.

iii. Defecto organizativo como fuente de culpabilidad

Por último, el tercer requisito de un sistema heterónimo de atribución de responsabilidad tratado en este trabajo consiste en que el delito cometido debe ser consecuencia de una orden de órganos superiores de administración o al menos haya sido “tolerado” o indirectamente impulsado por dichos órganos, o que se haya cometido como consecuencia de algún grado de culpa o dolo de la organización empresarial. Este elemento se manifiesta en la ley chilena por medio del llamado “programa de prevención de delitos” acuñado en el artículo 4°, que es quizás lo más novedoso e interesante del modelo heterónimo implementado en nuestro país, y confirma además que éste goza de una profunda “vocación” hacia un verdadero modelo de culpabilidad. Este requisito se consigna con el claro objetivo de fundamentar una suerte de “culpabilidad empresarial”, que puede ser atribuible de alguna manera a lo que señalara Elena Núñez en relación a la tesis de Tiedemann, esto es, que “[...] aunque la conducta de la persona jurídica siempre se manifestaría a través de la de una persona física, ello no sería óbice para poder considerar la sanción de dicha entidad como una consecuencia derivada de su propia culpabilidad, cuyo fundamento sería la presencia en su seno de un defecto organizativo que hubiese venido a favorecer la comisión de un delito”⁹³.

En concreto, ese defecto organizativo adquiere aún más claridad cuando la ley contempla un *output* social manifestado en el ya tan citado inciso final del artículo 5°. Ello, porque el que se pueda atribuir responsabilidad jurídico-penal a la empresa sin determinar siquiera el sujeto que actuó dentro de ella –aunque sí dentro de una determinada esfera de actuación–, demuestra que la visión del legislador en torno a la culpabilidad de la persona jurídica podría fundamentarse a partir del defecto organizativo y no de la conducta propiamente tal del sujeto individual miembro de la empresa. Antes de profundizar en ese tema se debe mencionar que lo que este requisito establece en concreto –de conformidad a lo señalado en el artículo 4°– es que dentro de la empresa se deben adaptar verdaderos programas de “prevención de delitos”, lo que constituye un claro fomento a que la empresa se organice “conforme a derecho”. Para cumplir con ese mandato legal se establece qué características debe tener esta “organización interna” o, más concretamente, estos programas de prevención de delitos, señalándose al efecto una serie de requisitos que permiten que la empresa se

⁹³ Núñez, Elena: *Seminario...* (nota 49), p. 163.

organice bajo el principio de una cultura de actuación conforme a derecho (recordemos que en este caso es un sistema heterónomo con vocación hacia uno de verdadera culpabilidad propia) o se señalan parámetros normativos para su dirección organizativa.

No se adentrará en la revisión en detalle de dichos elementos, pero sí indicaremos la relevancia de contar con esta heteroorganización, característica sustancial del modelo nacional. La circunstancia que cuente con estos programas de prevención, conforme lo señala la misma norma contemplada en el artículo 4°, *libera de responsabilidad penal a la empresa*, aunque concurren las demás exigencias mencionadas en la ley para la atribución de responsabilidad. La mención que la ley hace en torno a que la conducta delictiva deba ser “[...] consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión [...]”, no es un asunto de naturaleza subjetiva, sino que una verdadera condición objetiva de punibilidad, pues la misma ley en el inciso final del artículo 3° determina cuándo se entenderá que se vulneran los deberes de dirección y supervisión de la empresa, en los siguientes términos: “Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.”. Así las cosas, la comprobación de si se cumplieron o no los deberes de dirección por parte de “la empresa” puede realizarse sin atender a las circunstancias del caso concreto, sino que bastaría con verificar si la empresa se encontraba, con anterioridad a la comisión del delito, bajo el paraguas de lo que se puede denominar “una organización conforme a derecho”.

Ahora bien, retomando el tópico del defecto organizativo como eventual fundamento de la culpabilidad, es interesante observar cómo esta condición para la atribución de responsabilidad se acerca profundamente a ciertos postulados del modelo de autorresponsabilidad desarrollado por Gómez-Jara. Si bien en un principio se puede interpretar que estos programas simplemente existen con el objetivo de fomentar el cumplimiento de las normas jurídicas por parte de la empresa, o evitar la comisión de los delitos indicados en el artículo 1°, creemos que –sin renunciar a esos fines político-criminales– la implementación de programas de prevención de delitos dentro de la empresa no es sino manifestación de la libertad empresarial que el ordenamiento jurídico otorga a la empresa, todo desde un aspecto jurídico-penal (se descarta la responsabilidad civil y administrativa, pues éstas se rigen por otros principios y normas). Es decir, al considerar a la empresa como *cuasi* sujeto jurídico-penal desde un punto de vista funcional a como el sistema jurídico observa al individuo –el que en virtud de su libertad tiene un deber general de actuar dentro del margen del riesgo permitido, lo que se manifiesta por medio de su autoorganización– la persona jurídica pasa también a tener ese deber (un verdadero imperativo jurídico desde esta perspectiva) de organizarse de manera tal que sus *comunicaciones sociales* no vulneren la vigencia de la norma (del ordenamiento jurídico). Entonces existe acá un reconocimiento implícito de libertad y autonomía empresarial que tiene como

contrapartida o corolario –al igual que la autonomía y libertad de la persona natural– el deber de organizarse dentro de los rangos del riesgo permitido para no vulnerar la vigencia de la norma. La liberación de responsabilidad penal por el solo hecho de contar con un programa interno de prevención de delitos, que *prima facie* pareciera ser únicamente una decisión de política criminal, no es otra cosa que una manifestación de que la ley concibe a la empresa como un *cuasi* sujeto de derecho penal, reconociéndole libertad y, por tanto, el consiguiente imperativo jurídico de autoorganización. Así, al menos desde la revisión de este requisito, pareciera que la estipulación de esta condición para la atribución de responsabilidad penal a la empresa se acerca a los postulados de Gómez-Jara referentes a la autorregulación empresarial.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso evitar concluir de modo apresurado que la ley chilena acoge el modelo propuesto por el profesor español. En efecto, para dicho autor un verdadero modelo de culpabilidad propia de la empresa exigiría, sin duda alguna, una autorregulación no conforme a derecho como condición de atribución de responsabilidad, esto es, que la empresa es la que se *regula a sí misma*, lo que en el caso del modelo chileno no ocurre realmente. Justamente, la gran cortapisa es que la ley en realidad reconoce que la empresa es conducida de forma heterónoma y no autónoma, incluso cuando hace una referencia implícita en el inciso final del artículo 5° a una suerte de comunicación social. Ello porque si bien la ley indica que el incumplimiento de los programas de prevención debe ser de parte *de la empresa*, en la práctica *no le reconoce a la misma una conducción autónoma que pudiese justificar el incumplimiento como si éste fuera realmente de la persona jurídica*, sino que por el contrario reconoce una conducción de naturaleza heterónoma (gerentes, órganos, administradores, etc.), según lo que señaló en la revisión del primer y segundo requisito de los sistemas heterónomos de responsabilidad. Por lo tanto, desde esa línea argumental no es posible aplicar cabalmente a esta ley los postulados de Gómez-Jara, sin perjuicio de afirmar que la consagración del defecto organizativo sí constituye un profundo avance en torno a concebir a la empresa como un verdadero sujeto de derecho penal, al reconocer una *cuasi* autoorganización (que en realidad es heteroorganización).

Existe acá, como consecuencia de la consagración de este modelo mixto, la obligación sobre la empresa (es más bien a sus directivos: conducción heterónoma), y no de la empresa, de organizar a la misma bajo el paraguas de una cultura corporativa conforme a derecho, lo que no es otra cosa que un mandato jurídico penal para evitar la infracción a la vigencia de la norma por parte de *outputs* corporativos. Así, se puede concluir que este deber reconocido a la empresa no es en todo caso de naturaleza “autónoma” sino que “heterónoma”, pues no apunta a la autorregulación “de” la empresa a sí misma, sino que a “la” regulación de ella por parte (mandato) de los directivos de la misma, lo que tiene como fundamento la visión de dirección heterónoma que el legislador erige sobre la persona jurídica.

iv. Consideraciones finales en relación a los elementos de heterorresponsabilidad en la ley chilena

Con todo lo expresado, es posible afirmar que la ley chilena se levanta como un modelo de heterorresponsabilidad con vocación hacia la culpabilidad o “mixto” de atribución de responsabilidad penal. En efecto, cumple con los tres elementos “clásicos” tratados en el apartado relativo a los modelos mixtos de atribución de responsabilidad penal empresarial, consistentes en la delimitación de los sujetos que tienen la cualidad especial de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, el interés o beneficio que debe existir para la persona jurídica como resultado del delito cometido y que la comisión del mismo sea consecuencia de una cultura corporativa deficiente. Sin perjuicio de ello, y a partir de lo recién expuesto, es claro que existen ciertas características del modelo que apuntan a que la ley se acerca a un verdadero modelo de culpabilidad de la empresa. Por un lado, atribuye al defecto organizativo una importancia sustancial en la imputación de responsabilidad penal, y al *mandar a la empresa* la organización de sí misma, insinúa que ésta es un verdadero sujeto de derecho penal. Asimismo, ese mandato de auto-organización, que como señalamos, es en realidad de heteroorganización, es consecuencia tácita de una libertad reconocida a la empresa como un *cuasi* sujeto de derecho penal, y que más que tener efectos prácticos apunta a que se avance en el camino de implementar una verdadera responsabilidad autónoma de la empresa.

Por otro lado, la consagración del inciso final del artículo 5°, que permite atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica prescindiendo –parcialmente– del individuo concreto que actúa en el delito también se encuentra apuntando al camino correcto, pues si bien mantiene esa “exteriorización” u *output* delictivo limitando a un determinado grupo de sujetos cualificados, reconoce implícitamente una cierta culpabilidad de la empresa, en donde el fundamento sería un clima corporativo tolerante o estimulante de la no actuación conforme a derecho. Ahora bien, dicha característica es un simple atisbo de un verdadero modelo de culpabilidad empresarial, pues definitivamente la Ley N° 20.393 reconoce la heterorresponsabilidad como principio rector de la atribución de responsabilidad jurídico penal a la empresa. Así, la implementación de modelos de regulación empresarial determinados normativamente, y la consiguiente imposibilidad de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica existiendo dicha organización interna, son más bien acercamientos a los postulados propios de una verdadera culpabilidad empresarial, desde la perspectiva de tesis de Gómez-Jara. En ese sentido, la ley reconoce un cierto “defecto organizativo” al que se podría atribuir la comisión de delitos por sujetos individuales dentro de la organización social. *A contrario sensu*, el delito cometido por alguno de los sujetos cualificados indicados en el artículo 3° no podrá ser atribuible a la persona jurídica si es que la organización de la empresa se encuentra “conforme a derecho”. Así, si bien la normativa muestra ciertos intentos por acercarse parcialmente a un modelo de autorresponsabilidad de la empresa, en general siempre atiende a los postulados de los sistemas de heterorresponsabilidad para la configuración de la atribución de responsabilidad penal. Por lo tanto y ante estas consideraciones reafirmamos lo

relativo a que el modelo seguido en la Ley N° 20.393 no es sino uno mixto con vocación a uno de culpabilidad.

c) Modelo de heterorresponsabilidad: hacia una fundamentación por medio de la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber

La conclusión a la que se ha llegado hasta ahora es clara: el modelo seguido en Chile es de heterorresponsabilidad, con acercamiento a un verdadero modelo de culpabilidad de la empresa. Pues como se señaló, creemos que los modelos de heterorresponsabilidad no están sustentados en una verdadera culpabilidad de la empresa. Dicha conclusión no es directa consecuencia de las incongruencias dogmáticas que pueden existir en los modelos puros de heterorresponsabilidad –como el vicarial anglosajón– o en los modelos mixtos, sino que apunta a un postulado básico repetido en diversas ocasiones en este trabajo: existe acá un problema básico de definición de sujeto jurídico-penal que mientras no sea soslayado se continuará operando sobre cierta circularidad. En concreto, con esa concepción de sujeto se continuará recurriendo a la persona natural para atribuir responsabilidad penal a la empresa, siendo imposible desde esa perspectiva configurar una verdadera culpabilidad propia sustentada en la empresa misma *como sujeto de derecho penal*, pues para hacer caber las categorías dogmáticas propias del ser humano la doctrina continuará intentado asimilar a la empresa con el individuo.

Y lo cierto es que no se ve cómo puede ser de otra manera. Si todo el sistema penal y particularmente la teoría del delito se continúa configurando y desarrollando en torno a un sujeto determinado antológicamente, como lo es la “persona natural” o individuo, tomando además especial atención a que el reconocimiento del mismo utiliza elementos fundamentalmente subjetivos o psicológicos, no se pueden edificar modelos que no atiendan precisamente a las características de ese sujeto para poder atribuir responsabilidad a la empresa. En ese contexto, el modelo de la ley chilena tiende necesariamente a recoger estos pilares básicos relativos al individuo persona humana como centro de imputación jurídico penal, y a partir de esos pilares cimienta un modelo que, con una vocación hacia la culpabilidad propia de la empresa, tiene como núcleo fundamental la actuación del sujeto individual integrante de la empresa y no a la empresa como sujeto de derecho penal, con las salvedades ya tratadas.

En este contexto, con el objetivo de ser consecuente con la visión actual de sujeto de derecho penal como individuo es plausible idear una tercera vía para la interpretación de la Ley N° 20.393 que permita así una fundamentación coherente del modelo de atribución dentro de nuestro sistema jurídico: la teoría de los delitos de infracción de deber. El objetivo en este caso es proponer otro camino que permita conciliar la necesidad social y dogmática de sancionar a las empresas, pero siendo consecuentes con la visión heterónoma que esta ley hace en torno a la conducción de la misma, esto es, que determinados sujetos cualificados son los que realmente dirigen el actuar de la empresa y, como tales, son ellos los que

verdaderamente pueden gatillar la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Antes de entrar a analizar esta llamada “tercera vía” corresponde hacer referencia brevemente a la teoría de los delitos de infracción de deber.

Desde el desarrollo de la teoría del “dominio del hecho”, y en oposición a esa clase de delitos, Claus Roxin comenzó a referirse a un grupo de ilícitos como delitos de “infracción de deber”. Por un lado, los delitos de “dominio del hecho” se caracterizarían porque el fundamento de la punición y a la postre de la autoría es consecuencia de un comportamiento externo del autor del tipo penal o donde “[el autor] es quien *domina* el hecho descrito en el tipo [...] aquel que es señor de un suceso delimitado en su contorno mediante la descripción del delito de la parte especial del Código Penal correspondiente”.⁹⁴ Por otro lado, desde la perspectiva de Roxin, existirían ciertos tipos penales en los que “[...] el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial [...]”.⁹⁵ Este segundo grupo de delitos, distinto a los de dominio, son lo que este autor denominó como “delitos de infracción de deber” y en los que la característica esencial y determinante no es el llamado “dominio del hecho” (en el mundo exterior), sino que un determinado rol o deber especial que el sujeto activo de un delito tiene en atención a ciertas cualidades, *v.gr.*, el ejercicio de la actividad jurisdiccional en relación a delitos funcionarios de los jueces. Desde esa perspectiva, “autor de todos estos delitos sólo podría ser quien lesiona un deber que específicamente le obliga”,⁹⁶ el que este autor diferencia del “deber general” del cumplimiento del ordenamiento jurídico, y que lo denomina como de naturaleza “extrapenal”.⁹⁷ En definitiva, para Roxin delito de infracción de deber “[...] son los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la [formulación del] tipo”.⁹⁸

En esa misma línea, Günther Jakobs enseña que existen dos clases de delitos: los delitos “virtud de una organización” (dominio del hecho) y los delitos “de infracción de deber”.⁹⁹ La primera clase de delitos se refieren a la –ya tan mencionada en este trabajo– “autoorganización” del sujeto de derecho penal, que cuando es defectuosa y aumenta el riesgo permitido, admite atribuir responsabilidad penal al individuo que como consecuencia de esa organización defectuosa lesiona bienes jurídicos penalmente protegidos. El segundo grupo de delitos se trataría de una responsabilidad generada “en virtud de una relación de carácter institucional”.¹⁰⁰ Así las cosas, según Sánchez-Vera en esta clasificación existen dos motivos diferentes de imputación, el motivo de los delitos de

⁹⁴ Sánchez-Vera, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 27.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 29.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁹⁷ Sánchez-Vera, Javier: *Delito...* (nota 95), p. 30.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 38.

¹⁰⁰ *Ibid.*

organización consistente en la “[...] sinalagmática ‘libertad de organizar/responsabilidad por las consecuencia de lo que se organice’”,¹⁰¹ y en los delitos de infracción de deber la imputación tendría “[...] causa en ciertas instituciones [y la responsabilidad sería corolario] de la previa existencia de un *mundo en común* entre bien jurídico y autor”.¹⁰² De esta manera mientras en los delitos de organización el sujeto de derecho penal debe organizarse de manera de no vulnerar el riesgo permitido, teniendo como fundamento la libertad/organización, los delitos de infracción de deber se sustentan –desde la perspectiva de Jakobs– en la existencia de una institución que justificaría el desarrollo de un “mundo en común” entre el sujeto activo y un determinado bien jurídico. Lo relevante en Jakobs es la denominada “institución”, porque ella no sólo hace a las construcciones del hombre, sino que el hombre se ve “inmerso” en un mundo que ya goza de una determinada organización, de lo que resulta que “[se tiene] un *status* especial, por ejemplo, como madre o como hijo mayor o como miembro del Estado, etc., y estos *status* vienen definidos por tanto por un haz de derechos y deberes”.¹⁰³ Con esto Jakobs llega a la conclusión de que en los delitos de infracción de deber la cualificación especial del sujeto penal activo “se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor [...] institución que se caracteriza por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que ya existía entre ambos con anterioridad al hecho”.¹⁰⁴ Por lo tanto, la característica especial que tiene esta clase de delitos y que constituye elemento fundamental para comprender cómo es posible extrapolar la teoría de los delitos de infracción de deber a la empresa teniendo como pilar su conducción heterónoma, consiste en la *institución* que es la que impone a un determinado sujeto de derecho no sólo la no-vulneración de un específico bien jurídico, sino que además el deber (mandato) de fomento y ayuda al mismo: no se trata ya de no alterar el mundo externo, como en los delitos de organización, sino que se trata de fomentar el respeto y cuidado de un determinado bien jurídico. Existe por lo tanto un verdadero *plus* de “deber”, deber más extenso que el propio de la auto-organización, pues envuelve no sólo una abstención en torno a no aumentar el riesgo permitido, sino que también una conducta “positiva” que tiene como resultado el fomento y ayuda al bien jurídico.

Asimismo, es fundamental tener presente que los delitos de infracción de deber no se limitan únicamente a aquellos que se encuentran “especialmente tipificados” por la vía de la cualificación del sujeto activo –que se traduciría en el especial rol de fomento y ayuda al bien jurídico de éste–, sino que también se extienden a otras hipótesis que no se encuentran especialmente señaladas en las leyes penales, en virtud de las singulares características de una determinada institución. Así las cosas, si por ejemplo un grupo de directores de una empresa luego de la comercialización de un producto descubren que éste es defectuoso y

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*, p. 40.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 41.

puede producir la muerte, absteniéndose de retirarlo del mercado, nos encontraríamos claramente frente a un delito de homicidio al que incluso podría atribuírsele dolo eventual. La posible condena por el delito de homicidio no nace ya, como sería en un delito de dominio, del hecho de la comercialización de un producto defectuoso –pues los sujetos del directorio no conocían la peligrosidad al momento de la comercialización–, sino que se desprende de la conducta *omisiva* en torno a que luego de conocida la peligrosidad del producto éste no haya sido retirado del mercado. Esta conducta omisiva de no retirar el producto conociendo su peligrosidad es en este caso reflejo precisamente de la falta de fomento y ayuda al bien jurídico protegido, esto es, de la infracción de un deber que le correspondía –en este ejemplo– a los miembros de un directorio. Como se desprende de este supuesto, delitos que aparentemente son propiamente de organización pueden ser a su vez delitos de infracción de deber: no es sustancial que exista la determinación de un sujeto activo cualificado, sino que es preciso detenerse en la determinación de si existe un rol especial que justifique la construcción de un mundo en común con el bien jurídico protegido. Ahora bien, y según señala Javier Sánchez-Vera, evidentemente no todo delito positivado tiene como corolario la posibilidad de construir un delito de infracción de deber. Por el contrario, según este autor y refiriéndose a la tesis de Jakobs, el delito de infracción de deber debe tener como antecedente un determinado *status*, el que existe “[...] cuando el deber sancionado jurídico-penalmente es parte de una institución (por ejemplo, el *status* de soldado, funcionario, padre, etc.) o, en su caso, cuando el deber incluye al obligado en una institución [agregando que] la ordenación de un delito como de infracción de deber o simplemente como especial depende de si el tipo sencillamente limita la posibilidad de ser autor a sujetos con determinadas características o, por el contrario, si existe un deber específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico”.¹⁰⁵

De esta manera, y como se expresó en el ejemplo, el delito de infracción de deber no se construye únicamente en torno a las características de un sujeto activo cualificado del que se pueda desprender un determinado deber (incluso en esos casos puede tratarse de simples delitos “especiales”), sino que lo esencial en estos casos es determinar la procedencia de un *status* en el sentido recién expuesto. Entonces, ¿cómo se diferencia según Jakobs el delito especial el delito de infracción de deber? En el caso de los delitos especiales “[...] la posibilidad de ser autor ha sido limitada por el legislador, tan sólo como consecuencia de que un determinado bien sólo puede ser dañado por un determinado grupo de personas, o por ellas en una forma especialmente sencilla, o, por último, cuando el bien jurídico únicamente pueda ser dañado de una determinada manera”,¹⁰⁶ mientras que en los delitos de infracción de deber existe una institución en virtud de la cual se desprende un deber de construir un mundo en común entre el sujeto y el bien jurídico, de lo que se desprende esos verdaderos mandatos de fomento y ayuda al mencionado bien jurídico.

¹⁰⁵ Sánchez-Vera, Javier: *Delito...* (nota 95), p. 45.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 46.

Finalmente, se debe profundizar la diferencia entre instituciones negativas e instituciones positivas. La llamada institución negativa no es otra que la expresión del principio pilar de la sociedad de que “no se debe dañar a otro”, esto es, *neminem laedere*. Según señala Sánchez-Vera, el derecho penal tiene por objeto precisamente proteger esa institución, al menos en sus aspectos sustanciales¹⁰⁷ (expresión de la *ultima ratio*). Asimismo, esta institución de “no actuar dañando al otro” se manifiesta concretamente en “[...] el sinalagma “libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias de esa organización”.¹⁰⁸ Frente a este deber negativo de no dañar a otro, manifestado en este caso como la “institución negativa”, existe(n) otro(s) deber(es) de naturaleza positiva que se concretan, en este caso, en lo que se denomina la institución positiva. Sánchez-Vera lo expone de la siguiente manera: “[...] no sólo debe ser garantizado que cada cual no resulte dañado, sino además, junto a esto en ocasiones un “ayudarse” y proporcionarse bienestar (Pufendorf), pues nos hallamos ante un deber positivo, precisamente también aunque una organización previa no exista –si no, no sería un deber positivo, sino un deber de actuar proveniente del deber negativo de no dañar–. El rol que entra en juego en estos casos no es únicamente el rol persona [...] sino el de la persona en su rol de padre, madre, tutor, administrador, etc., [...]”¹⁰⁹ Así, estos deberes que ordenan conductas *activas* no son sólo consecuencia de los clásicos deberes derivado del rol de ciudadano fiel al derecho expresado por el principio *neminem laedere*, sino que son expresión de verdaderos *plus* por sobre el ordinario rol general del ser humano, que pueden ser de distinta índole, como por ejemplo el de padre, madre, funcionario público, etc., y –lo que es especialmente importante para este trabajo– *rol de empresario*. Lo significativo en torno a estos deberes positivos es que ellos implican externalizar una conducta con el objetivo de lograr la llamada “construcción de un mundo en común” con el bien jurídico, en donde el sujeto y el bien jurídico comparten “ámbitos de vida ya conformados”,¹¹⁰ de lo que se deriva el deber de ciertos sujetos en expresión de su rol de realizar estas conductas tendientes a cuidar, fomentar y ayudar a ese bien jurídico.

En definitiva, “[e]l Derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber”.¹¹¹ Así las cosas, podemos afirmar que mientras la institución negativa consiste en un “deber negativo de omisión (prohibición),¹¹² en la institución positiva existe un verdadero deber positivo que contiene la llamada edificación de un mundo en común. Asimismo, se debe agregar que la institución negativa es el antecedente pilar de los delitos de “prohibición” y pueden manifestarse de manera activa como

¹⁰⁷ Sánchez-Vera, Javier: *Delito...* (nota 95), p. 93.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 101.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, p. 108.

omisiva. En cambio, en los delitos de infracción de deber el elemento base es la institución positiva que se manifiesta no como los delitos *de prohibición*, sino que como un verdadero *mandato* al sujeto que ostenta la formación del mundo en común con el bien jurídico. Este mandato originario de las instituciones positivas tiene un doble aspecto: por una parte un aspecto relativo al deber de aportar a la *edificación del mundo en común con el bien jurídico* y a su vez la omisión de realizar cualquier conducta que imposibilite y trunque dicha edificación.¹¹³ Esta percepción en torno a las implicancias de las instituciones positivas y el correlato de su mandato con este doble aspecto, viene además a confirmar que en los delitos de infracción de deber existe el mencionado *plus* en el rol del sujeto, pues la persona no se limita únicamente al mandato sino que el mandato *incluye* la prohibición de obstruir el mismo mandato (misma manifestación del doble aspecto). Lo fundamental e interesante de comprender este doble aspecto de la institución positiva es que, según señala Sánchez-Vera, “[...] quien se encuentra obligado por una institución positiva a la instauración y mantenimiento de una relación para fomento y ayuda de un bien jurídico, y viola la institución negativa, *quebranta a la vez la institución positiva*”.¹¹⁴ Con ello, el alcance de la institución positiva impone deberes bastante amplios al sujeto que debe responder por los mismos, pues el mandato derivado de la institución no sólo implica la conducta activa en torno a la construcción del mundo en común, sino que también lleva aparejado el cumplir con la institución negativa en torno a esa institución positiva en particular. Con todo lo expuesto, es posible señalar entonces que en el sistema jurídico, a la luz de la teoría de los delitos de infracción de deber, existen dos instituciones: la negativa reflejo del deber general de omitir “dañar a otro”, y las positivas que imponen un mandato en un doble aspecto al sujeto que tiene la *carga* de realizarlo, consistente en la construcción de un mundo en común con el bien jurídico.

d) Fundamentación de la responsabilidad penal de la persona jurídica contemplada en la Ley N° 20.393 por medio de la Teoría de los *delitos de infracción de deber*

Hasta acá se han revisado los modelos de responsabilidad penal, la Ley N° 20.393 y sus requisitos de atribución de responsabilidad, para luego determinar qué modelo de responsabilidad penal contempla la mencionada norma, terminando por revisar brevemente en qué consiste la llamada teoría de los delitos de infracción de deber. Asimismo, se estableció que desde la perspectiva de este trabajo el único verdadero modelo de responsabilidad penal que permite una correcta congruencia dogmática en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es aquel cuyo fundamento se sostenga en la culpabilidad propia u originaria de la empresa, siendo el modelo propuesto por Carlos Gómez-Jara el que más acertadamente permite establecer algunos fundamentos en torno a dicha configuración. Desde esa perspectiva, se concluyó entonces que el modelo de la Ley N° 20.393, si bien constituye un claro y sustancial avance en el sentido de

¹¹³ Sánchez-Vera, Javier: *Delito...* (nota 95), p. 117.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 119. (El marcado es propio).

llegar a una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, contempla un verdadero modelo heterónomo, pues no asume a la empresa como un sujeto propiamente tal, sino que como ente conducido de forma heterónoma por un cierto grupo de sujetos determinados en la misma norma. Desde esa perspectiva, se trató brevemente la teoría de los delitos de infracción de deber de manera de comprender dicha clasificación de delitos con el objetivo de lograr dar una explicación, bajo sus postulados, al modelo chileno de atribución de responsabilidad. A continuación se tratará de profundizar en esa posición.

En primer lugar, se debe retomar la referencia en torno a que la configuración del modelo que ampara la ley chilena es uno que contempla la conducción heterónoma de la empresa. En efecto, y como señalamos al revisar los requisitos de atribución, sólo un determinado grupo de sujetos, a saber, “*dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión*”, son quienes pueden *gatillar* la responsabilidad penal *de la empresa*. El alcance se amplía en el artículo 5°, inciso 2°, cuando se indica que no sería necesario determinar qué persona realizó la conducta delictiva para atribuir responsabilidad en la medida en que se constate que ese comportamiento delictivo se ejecutó *desde* las esferas de actuación de los sujetos recién citados. De esos antecedentes se desprende que el modelo de la Ley N° 20.393 no observa a la empresa como un verdadero sujeto de derecho penal, a pesar de que se refiera a ella como tal, sin perjuicio de que se pueda caracterizarla como un *ente*, pues de todas formas el legislador si logra dimensionar que la empresa (ente o sujeto) es en la práctica un verdadero “agente social” cuyas actuaciones (de ciertos sujetos según la Ley N° 20.393) pueden vulnerar bienes jurídicos penalmente protegidos. Sin embargo —reiteramos— la ley contempla que los actos de este “agente empresa” son consecuencia directa del actuar de los sujetos que heterónomamente la conducen, pues precisamente es esa la percepción del legislador en torno al agente empresa. Entonces, ¿cómo es posible que por actos de estos sujetos se condene a otro ente, sin perjuicio de la responsabilidad penal personal que puede recaer en ellos? Para responder a esta pregunta primero determinaremos cómo existe y se conforma una verdadera institución positiva que se asocia al grupo de conducción heterónomo de la empresa.

La institución negativa que existe en torno a un determinado grupo de sujetos que conducen la empresa es el elemento esencial para poder configurar el delito de infracción de deber. En la especie, creemos que se desprende de la visión que tiene el legislador de la empresa como un *agente* capaz de vulnerar por medio de *sus* conductas bienes jurídicos protegidos, lo que no es otra cosa que un reconocimiento de la importancia actual de la empresa¹¹⁵ moderna, la que hoy en día cumple no solamente un *rol* de naturaleza económica, sino que influye directamente en la sociedad contemporánea. Así las cosas, al tener la empresa esta característica recién esbozada, el rol que adquiere quien en definitiva tiene la

¹¹⁵ Recordemos que en este caso hablamos de empresa como agente dirigido de manera heterónoma y no como un verdadero sujeto de derecho penal.

responsabilidad de su dirección (empresa como agente) es uno más amplio que el rol propio de un ciudadano común ante el cuidado de bienes jurídicos protegidos penalmente. Incluso, hay una señal clara en este sentido relativa al hecho de que la misma ley limita únicamente a tres delitos la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, lo que a la luz de esta teoría es un claro indicio de que en la especie se contempla un modelo que tiene por objeto el fomento y ayuda a los bienes jurídicos protegidos por los delitos mencionados en el artículo 1°. Dicho de otra manera, no sólo existe una delimitación en torno al sujeto o sujetos *capaces* de atribuir responsabilidad penal a la empresa, sino que también se contempla a un grupo determinado de bienes jurídicos protegidos sobre los cuales el rol de empresario se manifiesta y en el que existe un verdadero *mundo en común* en consonancia con ese rol. A la empresa como ente cabe agregar un segundo aspecto relativo al contenido propio del mandato impuesto al sujeto empresario. Desde la perspectiva de este trabajo, creemos que es posible extrapolar la implementación de programas de prevención de delitos como un verdadero mandato (o deber) que tiene *el empresario en su rol de tal* –y como conductor del ente empresa–, para fomentar la protección y ayuda del bien jurídico protegido por los delitos mencionados en el artículo 1° de la ley. Recordemos que los requisitos básicos de los programas de prevención de delitos se encuentran señalados en el artículo 4° de la ley, por lo que –según lo que aquí se quiere afirmar– la implementación de dichos programas (el cumplimiento del deber) se encuentra delimitada y establecida normativamente. Este verdadero mandato, cuyo destinatario es *el empresario en su rol de tal*, y no todos los sujetos señalados en el artículo 3° –pues no todos ellos conducen heterónomamente a la empresa–, tiene como contenido sustancial el organizar a la empresa de manera que las conductas lesivas que corrientemente pudiesen emanar de la misma sean controladas. En otras palabras, y a modo de ejemplo, todo sujeto puede ser autor del delito de lavado de activos, pero al empresario no sólo se le exige que en su calidad de ciudadano cumpla con la institución negativa de no dañar otro, sino que también en su calidad de empresario tiene un rol especial en la protección de ese bien jurídico, se le exige además que en el ejercicio de ese rol *organice al agente empresa*, esto es, realice una conducta positiva en ayuda de ese bien jurídico. Con ese objetivo, el empresario en su rol de tal fomenta *el mundo en común* que el legislador, por medio de esta ley, le reconoce al mismo, ya sea en relación al delito de lavado de activos, financiamiento del terrorismo o cohecho a funcionario público nacional o extranjero. De esta manera, el *empresario* no sólo tiene un rol en su calidad de ciudadano fiel al derecho, sino que también –a consecuencia de que el legislador lo hace responsable en la conducción heterónoma de la empresa– ostenta un rol precisamente en su calidad de empresario, el que implica un deber especial o mandato al mismo sujeto consistente en fomentar la protección del bien jurídico, mandato que nuestro ordenamiento delimita normativamente por medio de la implementación de programas de prevención de delitos.

Con lo expuesto, ¿cómo se ve infringido este mandato derivado de la institución positiva ya señalada? La infracción de este deber se ve infringida cuando concurriendo los requisitos de atribución de responsabilidad no existe un

programa de prevención de delitos dentro de la empresa, toda vez que en esa circunstancia se manifiesta que el empresario no ha cumplido con el rol derivado de su condición de tal. En la hipótesis contraria, si se comete un delito por el sujeto pertinente en provecho de la sociedad, pero existiendo el plan de prevención de delitos y cumpliendo éste con los requisitos del artículo 4º, entonces no se habrá infringido el deber, y en consecuencia no se castigará al ente empresa. Y es que no puede ser de otra manera, pues en ese caso la conducta lesiva al bien jurídico no ocurrirá como consecuencia de la omisión o del defecto en la ayuda al bien jurídico por parte del *empresario en su rol de tal*, sino que su causa será completamente ajena a los deberes de fomento y ayuda al mismo, siendo imposible entonces atribuirle responsabilidad a la persona jurídica, ya que ésta (empresario en rol de tal) habrá cumplido con el deber de construcción de un mundo común. Así las cosas, el programa de prevención de delitos y su implementación (organización en ese sentido) constituye el cumplimiento del mandato derivado de la institución positiva, en una forma objetivizada según lo establecido en la propia norma. No importa acá el aspecto psicológico del sujeto referente a la implementación del programa –el ánimo si se quiere–, pues es la misma norma la que determina los alcances y efectos de su correcta instalación y continua implementación, esto es, la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a la empresa; cuestión obvia si es que se considera que la implementación del programa por el *empresario en su rol de tal* implica que ha cumplido “en todo momento” con el deber de ayuda y fomento al bien jurídico. Recordemos en este sentido que el artículo 3º señala que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica ocurrirá “*siempre que la comisión del delito fuera consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión [...] Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiera adoptado e implementado modelos de organización [según lo dispuesto en el artículo 4º]*”.

Si bien este artículo establece que es la persona jurídica la que debe implementar dichos planes –como si la ley reconociera autoadministración y autoorganización a la empresa– la verdad es que como en realidad reconoce una conducción heterónoma de la misma según lo ya revisado, se puede desprender que el margen de sujetos que tienen este deber, el que hemos llamado *empresario en su rol de tal*, no puede ser otro que sus dueños, controladores, responsables o representantes. Es decir, el espectro de quienes tienen este deber de adopción e implementación de programas de prevención es más reducido que el alcance de los sujetos que pueden en definitiva atribuir responsabilidad a la empresa, pues dicha atribución puede ser causada por ejecutivos principales, quienes realicen actividades de administración y supervisión, y “*las personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos [recién] mencionados [...]*”. Creemos que esta es la conclusión a la que se puede llegar porque el legislador al concebir a la empresa como un agente de conducción heterónoma no hace otra cosa que reconocer que el empresario –y no la empresa– es el que realmente y concretamente dirige a la persona jurídica. El empresario, desde esa perspectiva, no puede ser otro que el sujeto que tiene y ejerce el control y conducción de la misma, y quien además ostenta el mismo poder necesario para adoptar e

implementar los programas de prevención de delitos, a la luz de la Ley N° 20.393. Así las cosas, no es posible extender *a priori* el mandato aquí tratado a todo el grupo de sujetos mencionados en la ley, sino que únicamente a quienes ejercen dicha facultad, sin perjuicio de que ese mandato sea delegado, lo que no liberará de responsabilidad al “empresario”, pues la falla en la adopción e implementación del programa será de todas formas una infracción del deber, esto es, *un incumplimiento del mandato de organizar un mundo en común con el bien jurídico protegido*.

Efectuadas las conclusiones recién expuestas, cabe por último hacer una breve referencia a cómo se concilian los delitos de infracción de deber con la individualidad o autonomía de la responsabilidad penal entre el agente empresa y el sujeto individual. En primer lugar, es clave tener claro que la responsabilidad del denominado agente empresa se deriva no de la conducta individual de quien efectivamente realiza el delito ni del hecho de no adoptarse el modelo de prevención de delitos, sino que del cúmulo matizado de ambos aspectos. Es decir, no existe aquí propiamente una “transferencia de responsabilidad”, pues no basta la pura conducta para perseguir a la empresa, sino que es necesario que el deber (mandato) en el sentido tratado sea propiamente infringido. Esa infracción se manifestará externamente a raíz de la conducta lesiva realizada por alguno de los sujetos indicados en el artículo 3° en la ley y en interés del agente empresa, pero como consecuencia de la no-adopción e implementación del programa de prevención, esto es, del no cumplimiento con el mandato objetivo-normativo establecido en la ley. Ello porque esta norma subentiende que si existe el programa de prevención de delitos entonces el empresario ha cumplido con su *rol especial de tal* y por lo tanto la conducta emanada del agente empresa no es consecuencia del déficit en el cumplimiento de la institución positiva, sino que se trata de una mera conducta delictiva de un individuo no atribuible al incumplimiento del deber.

Por otro lado, en este caso es correcto y procedente que, si se logra determinar qué sujeto lesionó el bien jurídico protegido y concurren en él todos los elementos necesarios para atribuirle responsabilidad, sea hecho responsable individualmente conforme a las reglas generales. Ello porque en la especie existen dos injustos distintos: el primero relativo a la infracción del deber en los términos recién expuestos, y el segundo relativo al delito cometido por el individuo a consecuencia de su propio defecto organizativo. Es por esa razón que si estaba ya adoptado e implementado el programa de prevención de delitos se libera de responsabilidad al agente empresa, mientras que la responsabilidad individual de la persona natural puede perfectamente subsistir.

Como se adelantó, estas afirmaciones son consecuencia de que en este caso nos encontramos ante dos injustos distintos. La empresa (comprendida como agente conducido heterónomamente por su dueño, controlador, etc.) sufrirá la pena sobre sí misma cuando por ese sujeto no se haya cumplido su *rol de empresario*, esto es, cuando existe una infracción del deber derivado de la institución positiva exteriorizada por medio de la omisión en la implementación de programas de prevención de delitos y el acaecimiento de la conducta delictiva, mientras que la

“clásica” responsabilidad penal individual operará de acuerdo a las reglas generales. En términos amplios, este panorama no debería acarrear mayores dificultades dogmáticas. En efecto, los requisitos normativos establecidos para la atribución de la responsabilidad al “agente empresa” exigen únicamente la procedencia de una conducta desde una determinada esfera organizativa de la persona jurídica –procedencia que alcanza su punto más laxo en el inciso 3° del artículo 5°–, ya que se entiende que la infracción del deber se manifiesta o externaliza únicamente por medio de esa conducta cuando no se han adoptado e implementado los programas de prevención de delitos.

A mayor abundamiento, cabe referirse a la hipótesis más conflictiva en cuanto a incongruencias dogmáticas entre la autonomía de las responsabilidades y la atribución de responsabilidad penal al agente empresa. El supuesto más conflictivo sería el caso de que el mismo *empresario en su rol de tal* infrinja el deber de implementación de los programas de prevención, constituyéndose así el primer antecedente para considerar que se vulnera la institución positiva, y además él mismo sea quien directa e inmediatamente realiza la conducta ilegal, por ejemplo, incurriendo en el delito de lavado de dinero en favor de la persona jurídica. Existe en ese supuesto la concurrencia de dos injustos en los que el mismo sujeto es concretamente responsable. Sin embargo, es preciso aclarar que no es que se cometan dos delitos por el mismo individuo, sino que existe una verdadera extrapolación de una misma persona: por un lado estamos frente al *empresario en su rol de tal*, y por otro, frente al sujeto capaz de atribuir responsabilidad penal por sus actos, pero que actúa como miembro de la empresa. Si bien es el mismo sujeto, actúa en *roles distintos*. En el primer caso, no se le castiga a “él” sino que a la extrapolación ya mencionada de la que la conducción de la empresa es consecuencia: por ello las penas no le afectarán personalmente como miembro de la empresa, sino que en su rol de conductor heterónimo del agente empresa (será la empresa la afectada, lo que perjudicará al empresario pero en su rol de tal, no como sujeto que comete el delito). Asimismo, este sujeto en su rol de miembro de la empresa concurre como un individuo común sobre el que no recae mandato alguno y por lo tanto la responsabilidad se regirá por las reglas generales; simplemente estará obligado a la institución negativa de “no dañar a otro” y en consecuencia cuando concurren los requisitos de atribución de responsabilidad exigidos por el tipo específico incurrirá en responsabilidad penal autónoma y paralela al “agente empresa”.

Así las cosas, y a la luz de lo señalado, no existiría *prima facie* vulneración de los clásicos principios del derecho penal y por lo tanto se podría ser perfectamente consecuente con éstos en el análisis de la atribución de responsabilidad de la Ley N° 20.393, bajo la perspectiva de los delitos de infracción de deber. Aún más, por estas mismas consideraciones no castigar a la persona individual sería un grave error desde el punto de vista de la política criminal, en atención a las impresiones aquí esbozadas. Es que, en efecto, permitiría al empresario precisamente realizar lo que se busca evitar con la Ley N° 20.393, que es que los sujetos individuales se escuden en la empresa para cometer delitos. Si no se mantiene la autonomía de las

responsabilidades, de manera de castigar únicamente a “la empresa”, entonces el sujeto individual se vería sin incentivo alguno a organizarse conforme a derecho. Por lo tanto, desde los pilares aquí expuestos sería posible conciliar la autonomía de responsabilidades con el modelo del delito de infracción de deber, sin a su vez vulnerar los postulados clásicos de la atribución de responsabilidad penal individual.

Una revisión del modelo de atribución de responsabilidad penal contemplado en la Ley N° 20.393, a la luz de la teoría de los delitos de infracción de deber, permite sentar las bases para conciliar la posición del legislador chileno referente a la empresa como ente conducido heterónomamente y la necesidad práctica y dogmática de establecer responsabilidad penal *de la empresa*. En efecto, como pilares esenciales de esta posición se estableció, en primer lugar, que la Ley N° 20.393 si bien se refiere a la empresa como si ésta fuese un sujeto de derecho penal autónomo, concretamente la trata como lo que hemos denominado un *ente de conducción heterónoma*. En segundo lugar, el concepto de *rol* es sustancial, toda vez que permite dilucidar cómo es que el sujeto empresario ejerce un doble rol: el de ciudadano fiel al derecho y el de *empresario en su rol de tal*. En tercer lugar, a la luz de la delimitación de aplicación que la misma ley realiza en el artículo 1° en torno a la protección de ciertos bienes jurídicos, es posible afirmar que el legislador contempló una verdadera institución positiva que implica la construcción de un mundo en común entre el empresario en su rol de tal y los bienes jurídicos especialmente protegidos. Asimismo, el cumplimiento de ese imperativo jurídico se traduce en la adopción e implementación de programas de prevención de delitos según los requisitos del artículo 4° de la ley y, por medio del cumplimiento de ese imperativo, se verifica el rol especial del empresario.

Así las cosas, bajo estos fundamentos o pilares sería posible afirmar que la teoría de los delitos de infracción de deber nos permite interpretar el camino seguido por el legislador nacional en la Ley N° 20.393. En efecto, señalar que la ley en realidad consagra un modelo puro de heterorresponsabilidad traería consigo diversas cortapisas dogmáticas –especialmente en lo referente al principio de culpabilidad– derivadas de la verdadera transferencia de responsabilidad existente en dichos caminos de atribución de responsabilidad. Por otro lado, tampoco sería posible aplicar un modelo de autorresponsabilidad propia de la empresa, pues la misma norma atribuye únicamente a determinados sujetos la *capacidad especial* de gatillar la responsabilidad penal de la persona jurídica, desconociendo a la empresa la verdadera cualidad de sujeto de derecho penal. Es por ello que creemos que el camino de la interpretación por medio de los delitos de infracción de deber permite por un lado argumentar correctamente la percepción del legislador sobre la empresa como ente conducido heterónomamente, y por otro, no vulnerar los clásicos postulados relativos a la conducta, la pena y especialmente la culpabilidad. En ese sentido, según las características de la ley, en la especie existirían en realidad dos injustos: el delito cometido por un individuo y otro injusto derivado del incumplimiento del rol de empresario ejercido por el conductor heterónomo de la empresa, que se manifestaría por medio de la no adopción e implementación de

los programas de prevención de delitos, todo en los términos ya tratados en este trabajo. En concreto, la Ley N° 20.393 no establecería una verdadera responsabilidad penal de la empresa, sin perjuicio de lograr –por medio del establecimiento de un deber especial cuyo destinatario es el empresario en su rol de tal– neutralizar o *ayudar* a neutralizar las comunicaciones defectuosas que emanan de las grandes corporaciones modernas, todo por medio de una interpretación a la luz de los delitos de infracción de deber.

5. Recapitulación

A lo largo de este trabajo se ha tratado de determinar qué, en definitiva, vino a implementar la Ley N° 20.393.

En primer lugar, fue fundamental referirse a las grandes interrogantes dogmáticas que impone la implementación de la responsabilidad penal de la empresa, particularmente referidas a la teoría de la acción y de la culpabilidad, pues tales categorías dogmáticas fueron construidas sobre una determinada concepción de sujeto de derecho penal: el ser humano. En efecto, históricamente la ciencia del derecho se habría limitado al ser humano como sujeto de derecho penal, dando soluciones dogmáticas a la luz de un análisis ontológico del mismo, por lo que encasillar a la persona jurídica dentro de ese esquema adolecería de una cierta circularidad, pues la empresa *jamás* tendrá las características propias de los individuos. Bajo esa perspectiva, se determinó que una percepción funcionalista y no ontológica del sujeto de derecho penal permitiría ampliar ese concepto de sujeto, permitiendo abarcar no sólo a las personas naturales sino que también a las empresas.

En segundo lugar, se revisaron los diversos modelos de atribución de responsabilidad penal y sus presupuestos. En un primer acercamiento, nos referimos a los modelos puros de heterorresponsabilidad propios de los países de cultura jurídica anglosajona o *common law*, cuyos modelos se destacan por una *pura* transferencia de responsabilidad de un miembro de la empresa a la empresa misma. Desde otra perspectiva, se trataron las características de los modelos mixtos de atribución de responsabilidad penal, esto es, aquellos que no son modelos puros ni de heterorresponsabilidad ni de autorresponsabilidad, recogiendo elementos de cada uno de los sistemas extremos. Finalmente, nos referimos a la tesis de Carlos Gómez-Jara cuyo objetivo fue sentar los fundamentos para la construcción de un verdadero modelo de culpabilidad propia de la empresa, pues ella es un verdadero sujeto de derecho penal, se auto-administra y autoorganiza, y por tanto puede ser responsable penalmente por las comunicaciones defectuosas que emanan de ella.

En tercer lugar, se revisaron los requisitos de atribución de responsabilidad penal que consagra la Ley N° 20.393, concluyéndose que consagró un modelo de heterorresponsabilidad atenuada o con vocación hacia un verdadero modelo de

culpabilidad, al cumplirse con los tres elementos propios de los modelos mixtos de atribución de responsabilidad, a saber: i) delimitación de los sujetos *capaces* de gatillar la responsabilidad de la empresa, ii) el interés o provecho en favor de la persona jurídica que debe tener la conducta delictiva, y iii) algún grado de defecto interno que permita fundamentar la *culpabilidad* de la empresa. A la luz del análisis allí realizado se pudo afirmar fehacientemente que el modelo nacional no es otro que uno mixto, pues si bien la ley se refiere a la empresa como un verdadero derecho penal en realidad reconoce a la misma como un *ente* –como hemos llamado– de estricta conducción heterónoma, que imposibilitaría concebir un modelo de autorresponsabilidad.

Finalmente, con el objetivo de poder construir una interpretación de la Ley N° 20.393 acorde con las categorías dogmáticas tratadas, se insinuó que la teoría de los delitos de infracción de deber permitiría conciliar el sistema de heterorresponsabilidad atenuado con la disciplina del derecho penal nacional. Para esos efectos, se trató brevemente la teoría de los delitos de infracción de deber señalando ciertas características claves que permitiesen aplicar esta teoría a la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar se determinó que son en definitiva los delitos de infracción de deber, particularmente en oposición a los delitos de organización de Günther Jakobs. Asimismo, se indicó que ante ellos existen instituciones positivas que implican que el sujeto obligado al resguardo de un determinado bien jurídico tiene el deber de construir un mundo en común con ese bien jurídico. Luego se terminó señalando que, en virtud de ciertos roles que ostentan determinados sujetos de derecho penal, éstos deben cumplir verdaderos mandatos de fomento y ayuda a los bienes jurídicos, y que uno de esos roles que podría existir era la del empresario en su *rol de tal*.

Con todos estos antecedentes, se proyectó la teoría de los delitos de infracción de deber a la Ley N° 20.393. Se señaló que dicho cuerpo legal en realidad estaría estableciendo un *rol especial* a los empresarios en su calidad de conductores heterónomos del agente empresa. Ese rol traería aparejado el deber de fomento y ayuda a los bienes jurídicos protegidos en el artículo primero de la ley, cuyo cumplimiento se manifestaría por medio de la adopción e implementación de programas de prevención de delitos, implementación que no realiza *la empresa* sino que el empresario –como conductor heterónimo– en el ejercicio de su rol de tal. Con ello, la conducta delictiva que cumpla con los requisitos de atribución de responsabilidad penal, infringiendo su deber (implementación del modelo), permitirá no sólo la responsabilidad penal del individuo que incurrió en el delito, sino también del agente empresa (empresario en su rol de tal).

En fin, no obstante que la Ley N° 20.393 contemplaría un modelo mixto de responsabilidad, en este trabajo hemos tratado de señalar que un verdadero modelo de atribución de responsabilidad penal de la empresa será aquel que trate a la misma como sujeto de derecho penal autónomo y, por tanto, le sea aplicable el sinalagma libertad/autorresponsabilidad como núcleo de culpabilidad. En este

sentido se orienta el modelo que concibe a la empresa como un verdadero sistema autopoietico organizativo, se autoadministra, autodirige y autoorganiza, siendo capaz de producir comunicaciones defectuosas que vulneren bienes jurídicos protegidos. Creemos que, de la mano de la teoría de los delitos de infracción de deber, es posible avanzar en el camino para construir una verdadera responsabilidad penal de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ BACIGALUPO, Enrique: *Compliance y derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- ❖ BACIGALUPO, Silvina: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- ❖ BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- ❖ BOLETÍN N° 6423-07: Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en 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.
- ❖ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John: *Curso de derecho penal*, Ed. LexisNexis, Tomo I, Santiago, 2007.
- ❖ _____ *Curso de derecho penal*, Ed. LexisNexis, Tomo II, Santiago, 2007.
- ❖ DISKANT, Edward B: “Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure”, *The Yale Law Journal*, 2008.
- ❖ GÓMEZ-JARA, Carlos: “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006.
- ❖ _____ *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, Ed. Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, 2008.
- ❖ HERNÁNDEZ, Héctor: “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, Volumen 5, N° 9, 2010.
- ❖ NIETO, Adán: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, Resumen de monografía *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- ❖ NÚÑEZ, Elena: “La responsabilidad penal de la empresa”, *Revista de Estudios de Justicia N° 10*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- ❖ _____ “Seminario internacional. Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial”, *Revista de Estudios de la Justicia N° 10*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- ❖ SÁNCHEZ-VERA, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- ❖ SZCZARANSKI, Clara: *Un asunto criminal contemporáneo: rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- ❖ VAN WEEZEL, Alex: “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Política Criminal 5 n° 9*, 2010.
- ❖ VERVAELE, John: “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, 2ª Época, n° 1*, 1998.
- ❖ ZÚÑIGA, Laura: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.